

Contratti con la P.A.

L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato

di **Mauro Pennasilico** (*)

L'Autore, dopo aver indagato le oscillazioni della giurisprudenza circa l'applicabilità dei criteri interpretativi di «diritto comune» ai contratti della P.A. e il preteso ordine gerarchico dei medesimi, analizza il controverso problema della rilevanza in materia della buona fede oggettiva, che si reputa assorbita nell'interesse pubblico. Concezione, questa, che appare ormai superata e non conforme al dettato costituzionale e comunitario, sì che, se da un lato anche la P.A. non può sottrarsi all'obbligo di agire correttamente, dall'altro la regola di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) assume valore primario e non più sussidiario.

L'applicabilità delle regole interpretative di «diritto comune» ai contratti della P.A.: la rilevanza ermeneutica dell'interesse pubblico

Il discorso prende le mosse dalla constatazione di una lacuna: l'assenza, nel c.d. Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., d'ora in avanti «Codice»), di qualsiasi disciplina sull'interpretazione dei contratti. Tuttavia, il comma 4 dell'art. 2 del Codice stabilisce che, per quanto non espressamente previsto dal Codice stesso, l'attività contrattuale deve svolgersi nel rispetto delle disposizioni del codice civile. In questo modo, da un lato, si ha conferma di un dato sistematico e assiologico già reso evidente dagli artt. 1, comma 1-bis, e 11, comma 2, della legge n. 241 del 1990, e cioè che i principi e le regole del diritto civile hanno acquisito ormai la fisionomia di una disciplina di «diritto comune», inteso quale patrimonio di esperienze svincolato dalla rigida dicotomia «diritto privato - diritto pubblico» (1); dall'altro, non si dubita che il giudice, nel suo ruolo di interprete, è tenuto, in linea di principio, al rispetto delle regole ermeneutiche stabilite dal codice civile negli artt. 1362-1371, a riprova della tendenza a limitare situazioni di privilegio o, addirittura, di immunità del potere amministrativo (2).

Note:

(*) Lo scritto rielabora i contenuti della relazione svolta il 14 giugno 2011 alla Giornata di studio sul tema «I contratti della P.A. tra pubblico e privato», organizzata dal Dipartimento di Scienze giuridiche e politico-sociali dell'Università di Cassino, e della lezione inaugurale del corso di Dottorato in Diritto comune patrimoniale, tenuta il 20 settembre 2011 presso il Dipartimento di Diritto co-

mune patrimoniale dell'Università degli studi di Napoli «Federico II».

(1) Così, M. Pennasilico, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 235 ss. e, *ivi* (nota 405), ulteriore bibliografia alla quale si aggiunga la lettura critica di V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, prefazione di N. Irti, Torino, 2011. Particolarmente indicativa di tale tendenza - perché concernente l'interpretazione non già dei contratti della P.A., ma degli atti amministrativi - è una innovativa decisione del Consiglio di Stato, la n. 2378 del 2001, che ha affermato l'applicabilità, in quanto compatibili, delle regole ermeneutiche di diritto comune e, in particolare, l'applicazione congiunta, a favore dell'amministrato, dei canoni oggettivi dell'*interpretatio contra stipulatorem* e dell'*equitas* (artt. 1370 e 1371 c.c.), considerati tradizionalmente non applicabili nell'interpretazione dell'atto amministrativo (v. Cons. Stato, 20 aprile 2001, n. 2378, in *Giur. it.*, 2002, 1519 ss., con nota di L. Maccarrone, *L'azione amministrativa e il principio della interpretatio contra stipulatorem*). Con riguardo, invece, ai contratti della P.A., si afferma che, nella fase di ammissione alla gara, l'amministrazione non può far ricorso all'interpretazione più favorevole al concorrente: «le clausole ambigue del bando devono essere interpretate in modo da favorire la massima partecipazione dei concorrenti, ma tale *favor* non può essere certo invocato ai fini dell'attribuzione del punteggio, cioè in un momento successivo della valutazione comparativa e selezione degli offerenti» (TAR Calabria, Reggio Calabria, 27 gennaio 2004, n. 48, in *Foro amm. TAR*, 2004, 241; sulle oscillazioni giurisprudenziali circa l'applicabilità dell'art. 1370 c.c. ai contratti della P.A., v. S. Tarullo, *L'interpretazione del contratto di appalto pubblico: profili ricostruttivi*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 925 ss., spec. 945 ss.).

(2) Sulla tendenza dell'ordinamento a circoscrivere al massimo le forme di immunità e privilegio concesse al soggetto pubblico, emersa prima sul piano dell'attività negoziale e poi confermata sul piano della responsabilità extracontrattuale, v. A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, 97 ss.; M. Galli, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 14 ss.; M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 428 ss., spec. 433 s.; M. Gnes, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012. Secondo V. Roppo, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 63, grazie al progressivo smantellamento di ingiustificati privilegi, oggi «il diritto privato dei contratti è davvero - pienamente, senza le riserve e le (segue)

Non può sfuggire, peraltro, che l'attività contrattuale della P.A. è pur sempre attività d'interesse pubblico (quand'anche svolta in regime privatistico) (3); sì che, la tendenziale parificazione tra le posizioni dei contraenti e, dunque, la soggezione della P.A. alle regole "sostanziali" ed "ermeneutiche" di diritto comune non significa certo completa svalutazione di ogni aspetto di differenza (4). Anzi, la presenza di un'amministrazione pubblica come controparte del contratto si risolve in un dato rilevante ai fini ermeneutici (5). Se l'interesse pubblico condiziona l'intera attività contrattuale della P.A., assumendo rilievo in tutte le sue fasi, non possono non verificarsi consistenti deviazioni dalla disciplina comune anche con riguardo al regime dell'interpretazione (6). La giurisprudenza, chiamata a mediare tra le opposte esigenze di non derogare alla disciplina interpretativa di diritto comune e di non sottovalutare le peculiarità proprie dell'attività negoziale della P.A. (7),

Note:

(continua nota 2)

smagliature del passato - diritto "comune" agli operatori privati e pubblici»; altri ha giustamente osservato che la «consapevole opposizione» a modelli che assoggettino la P.A. ai medesimi principi dell'agire dei privati deve essere censurata, innanzi tutto, alla luce di una rilettura costituzionale delle categorie fondamentali (interesse pubblico, potere amministrativo e interesse legittimo) sulle quali si fonda l'attività amministrativa (A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 23 ss., spec. 28).

(3) Si allude tanto ai contratti ordinari conclusi *iure privatorum*, quanto ai così detti contratti a evidenza pubblica, la cui conclusione è preceduta da un procedimento amministrativo finalizzato a rendere note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrarre della P.A., la scelta del contraente e la formazione del consenso. La disciplina dell'evidenza pubblica contempera armonicamente due diverse esigenze: assicurare il miglior uso possibile del denaro pubblico; garantire l'attuazione dei principi della concorrenza e del mercato. In tal senso, tra gli altri, S. Polidori, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Di Raimo e V. Ricciuto, Napoli, 2006, 295 ss., spec. 299 s.; V. Ricciuto, in V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, spec. 120 ss.; M. Tiberii, *La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica. Analisi sulla pregiudizialità-dipendenza*, Napoli, 2010, 11 ss.

(4) Così, M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 435 s.; Id., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1052 ss., spec. 1062 s.; nel medesimo senso, E. Capobianco, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, 170 s.; B. Manfredonia, *La tutela del terzo nella confisca c.d. urbanistica*, in *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. Mazzaresse, A. Aiello, Milano, 2010, 361 ss., spec. 380, nota 51; G. Perlingieri, *Compensazione del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c. nei contratti della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 119 ss., spec. 156; B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in

Corr. giur., 2012, 1498 ss., spec. 1500. Se la figura del contratto delineata dal codice civile è connotata dalla funzione retributiva (soddisfazione di un interesse del contraente), dall'autoresponsabilità (chi contrae rischia in proprio) e dalla disponibilità dell'oggetto della negoziazione (e del corrispondente interesse), nessuno di tali caratteri sembra presente nell'attività contrattuale della P.A.: «non la funzione retributiva (i privati contrattano per realizzare il massimo e qualcosa di più al prezzo minimo; gli organi della P.A. sono soltanto interessati alla legittimità della contrattazione, a sua volta, semmai, valutata in ragione del perseguimento di una funzione che non può non essere distributiva); non l'autoresponsabilità (poiché gli effetti del contratto non sono destinati ad incidere su una sfera giuridica privata ma sulla assai meno sensibile sfera pubblica); non la disponibilità, che non si può reputare, almeno in senso assoluto, caratteristica dell'interesse pubblico». Così, R. Di Raimo, *Il «diritto privato» delle funzioni pubbliche: note sui più recenti sviluppi di una tendenza*, in *Studi in memoria di V. E. Cantelmo*, I, a cura di R. Favale, B. Marucci, Napoli, 2003, 698; similmente, F. Addis, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, 106 ss., spec. 107. Sottolinea la persistente asimmetria e autoreferenzialità dell'attività amministrativa c.d. partecipata, L. Franzese, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 272 ss.; v. anche, in chiave problematica, G. Enriquez, *Contrattazione e trasformazione del territorio*, Bari, 2008, 96 ss.; S. Lecca, *L'azione della pubblica amministrazione tra autorità e consenso*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 559 ss., spec. 564 s.; C. Franchini, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, a cura di G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti, Napoli, 2010, 89 ss., spec. 93 ss., il quale osserva che «se l'interesse pubblico condiziona tutta l'attività negoziale della pubblica amministrazione, assumendo rilievo in tutte le sue fasi, non possono non verificarsi consistenti deroghe alla disciplina dettata dal diritto comune» (ivi, 95; in tal senso, già M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss., spec. 417).

(5) Ricca di implicazioni sul terreno interpretativo si rivela, per es., la peculiare connessione che s'instaura tra i due diversi procedimenti che assistono la formazione dell'atto, là dove parte ne sia appunto un'amministrazione pubblica: il primo, prodromico e tipico dell'azione amministrativa, coinvolge la decisione di pervenire alla stipulazione del contratto; il secondo, propriamente privatistico, attiene alla fase delle trattative e del perfezionamento del contratto con il privato (così, M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 436).

(6) In effetti, è proprio l'esigenza - avvertita e confermata nell'art. 2, comma 1, del Codice - di assicurare il rispetto dei principi "sostanziali" di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità dell'azione amministrativa, che finisce per orientare o conformare i risultati dell'operazione ermeneutica (in questi termini, M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1063). Una simile affermazione non deve apparire viziata dalla commistione di problematiche che si troverebbero a differenti livelli: il piano "ermeneutico", a ben vedere, non può essere scisso e isolato dal piano "sostanziale", giacché l'interpretazione giuridica, per sua essenza, è in funzione dell'applicazione (sul punto, Id., *Metodo e valori*, cit., 17 ss. e bibliografia ivi citata). In merito ai principi che governano l'attività amministrativa v., anche per ulteriori indicazioni, R. Rolli, *I principi dell'azione amministrativa*, in *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, a cura di F. Luciani, R. Rolli, Napoli, 2008, 7 ss.

(7) Cfr., per es., Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2503, così massimata: «La posizione di au-
(segue)

sembra consolidarsi su posizioni salomoniche. Eloquente, al riguardo, l'orientamento che, da un lato, ha affermato l'applicabilità ai contratti della P.A. dei canoni ermeneutici contemplati dal codice civile e, in particolare, della regola d'interpretazione del contratto secondo buona fede (art. 1366 c.c.) (8); dall'altro, ha confermato la necessità di tener conto della qualità di pubblica amministrazione e del conseguente insopprimibile potere-dovere della stessa di attenersi, anche nei contratti conclusi *iure privatorum*, ad alcune norme regolanti l'attività contrattuale, in particolare quelle sulla contabilità e sui controlli da parte degli organi competenti (9).

Limiti giurisprudenziali all'applicabilità del regime comune sull'interpretazione dei contratti: l'operatività del principio di conservazione

La considerazione delle ragioni di specificità dei contratti conclusi dalla P.A. induce la giurisprudenza a introdurre talune limitazioni all'applicabilità della disciplina comune sull'interpretazione dei contratti. In particolare, i giudici della Corte dei conti hanno negato che la regola ermeneutica "oggettiva" di conservazione del contratto, prevista dall'art. 1367 c.c., possa trovare applicazione qualora essa si ponga in conflitto con i principi di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa (10). La Corte discuteva di un contratto di fornitura (giudicato nullo per impossibilità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c.), che obbligava un'impresa a fabbricare e a mettere a disposizione del committente (nella specie, i Vigili del fuoco) alcune autogrù di soccorso, prive peraltro dei requisiti necessari per ottenere l'omologazione da parte del Ministero dei Trasporti, richiesta da una clausola del capitolato speciale integrante il contratto. I giudici reputano che l'art. 1367 c.c. «non può che avere un campo di applicazione estremamente limitato» (11), non potendo il principio di conservazione essere applicato «qualora ciò avvenga in deroga ad altri e più pregnanti valori costituzionalmente garantiti, quali quelli del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione» (12).

Tuttavia, non sembra che il principio di conservazione sia destinato a subire un'applicazione «estremamente limitata», giacché in conflitto con ben più «pregnanti valori costituzionalmente garantiti». Un simile argomento pare sottendere la mancanza di qualsiasi copertura costituzionale del principio generale di conservazione. Sfugge, al contrario, che l'interesse alla conservazione del rapporto potrebbe essere costituzionalmente fondato sul dovere inde-

rogabile di solidarietà, prescritto dall'art. 2 della Costituzione (13).

Si tratta, allora, non già di un irrimediabile conflitto con valori ben più pregnanti perché costituzionalmente protetti (art. 97, comma 1, Cost.), bensì

Note:

(continua nota 7)

tonomia privata e la legittimazione negoziale delle pubbliche amministrazioni sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche in genere; tuttavia, in conformità dei principi relativi all'evidenza pubblica, le persone giuridiche pubbliche non possono assumere impegni contrattuali se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l'attività, finalizzata al perseguimento di interessi pubblici». Tale connotato è insopprimibile anche nella contrattazione *iure privatorum*, nella quale «non possono non emergere in qualche misura momenti autoritativo-provvedimentali, non fosse altro che con riferimento agli atti preparatori del contratto» (L. V. Moscarini, *I contratti della Pubblica Amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, in Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori, Napoli, 1995, 67); si che, è constatazione diffusa che tutta l'attività della P.A. è comunque strumentale al perseguimento di fini istituzionali: v., tra gli altri, G. Rossi, *Gli enti pubblici*, in *Tratt. Santaniello*, VIII, Padova, 1990, 52 ss.; E. Casetta, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione (a proposito della concessione e dell'appalto di opere pubbliche)*, in *Dir. econ.*, 1992, 275 ss.; R. Caranta, *I contratti pubblici*, in *Sist. dir. amm. it. Scoça, Roversi Monaco e Morbidelli*, Torino, 2004, 24.

(8) Cfr., tra le altre, Corte conti, 7 settembre 1993, n. 126, in *Cons. Stato*, 1993, II, 291 e già Cass., 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2379 ss., con nota di M. Costanza, *Buona fede ed eccezione di inadempimento*, la quale, peraltro, pur ribadendo l'applicabilità dell'art. 1366 c.c. ai negozi dei quali è parte la P.A., sostiene, nella logica volontaristica, la sussidiarietà del criterio; diversamente, il consolidato orientamento della Corte dei conti che valorizza l'applicazione dei criteri di interpretazione oggettiva e, con essi, della buona fede (v., *infra*, §§ 5 e 6).

(9) Si pensi, ad es., per quanto concerne i modi di pagamento dei debiti pecuniari, all'osservanza della procedura speciale contabile relativa alla «formazione del titolo di spesa»: i poteri discrezionali che la P.A. può ancora esercitare in tale fase attengono soltanto alla formazione e liquidazione del titolo di spesa, non già all'«impegno di spesa» sorto nella fase di formazione del contratto (in tal senso, Cass., 21 febbraio 1983, n. 1308, cit., 2386 s.).

(10) Corte conti, sez. controllo St., 11 dicembre 1996, n. 171, in *Cons. Stato*, 1997, II, 458 ss.

(11) Corte conti, sez. controllo St., 11 dicembre 1996, n. 171, cit., 460.

(12) Corte conti, sez. controllo St., 11 dicembre 1996, n. 171, cit., 461.

(13) Cfr. M. Galletti, *Il contratto preliminare e le sopravvenienze contrattuali*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2003, 55. D'altra parte, se presupposto dell'applicazione del principio conservativo in materia negoziale è la serietà dell'intento (sul punto, v. M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., 81 s.), serietà che rimanda alla clausola generale di correttezza (o buona fede), a sua volta diretta espressione del principio costituzionale di solidarietà, si rafforza il collegamento, seppur "mediato" o "indiretto", tra principio di conservazione e principio di solidarietà: in tal senso, M. Pennasilico, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 702 ss., spec. 716 s.

di un bilanciamento tra principi e interessi nessuno dei quali esclude gli altri. Questa diversa lettura, già proposta in altra occasione (14), appare accolta da una pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 1441 del 2007. Il Consiglio chiarisce, capovolgendo la valutazione della Corte dei conti, che «eccede i limiti del controllo giurisdizionale la decisione del giudice di legittimità di annullare in radice la procedura, sulla base di una sua percezione della regola del “buon andamento e della imparzialità dell’Amministrazione” che trascura del tutto il principio di conservazione degli atti (...) in una situazione nella quale nessuno dei partecipanti alla gara è stato in concreto leso (...) sotto il profilo della massima partecipazione, del rispetto delle regole della concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti (...), dell’affidamento degli stessi» (15).

In realtà, si assiste a una soluzione dettata dalla necessità di armonizzare e contemperare il principio di conservazione con la natura dell’attività amministrativa, ossia con le esigenze di interesse pubblico che la medesima attività sottende; sì che, il giudice sarà chiamato a valutare l’adeguatezza, congruità e proporzionalità dell’attività contrattuale della P.A., avendo ben presente che l’interesse pubblico e quello privato, come non possono essere fisiologicamente in conflitto, così non possono non essere presenti ogni qualvolta l’Amministrazione intraprenda un’azione anche con strumenti privatistici (16).

La rilevanza ermeneutica del dato extratestuale: la delibera di autorizzazione a contrarre

Un ulteriore problema, strettamente legato all’interferenza tra il momento pubblicistico e quello privatistico nell’ambito della contrattazione della P.A., concerne la possibilità di valersi dell’elemento extratestuale, costituito dalla delibera di autorizzazione a contrarre (o «determina a contrarre», secondo la dizione dell’art. 53, commi 2 e 4, del Codice), ai fini dell’interpretazione del contratto stipulato con il privato (17).

La giurisprudenza appare prevalentemente orientata a escludere il valore ermeneutico della delibera, intesa quale mero atto interno preparatorio, rilevante «ai soli fini del procedimento formativo della volontà di uno dei contraenti» (18); o, tutt’al più, ad attribuire ad essa un rilievo meramente marginale e, comunque, sussidiario, là dove «il tenore letterale della convenzione non abbia evidenziato in modo univoco e preciso l’intento negoziale» (19).

In realtà, l’opzione restrittiva circa il valore ermeneutico della delibera può rendere certamente utili

Note:

(14) M. Pennasilico, *L’interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 439 ss.

(15) Cons. Stato, 28 marzo 2007, n. 1441, in *Urb. e app.*, 2007, 994 ss., con nota di L. Lombardi, *Clausole ambigue ed impugnazione del bando di gara*, e in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1165 ss., spec. 1169, con nota di B. Manfredonia, *Clausole ambigue del bando di gara e bilanciamento di principi*. La lettura da me avanzata (alla quale aderiscono E. Capobianco, *Il contratto*, cit., 172; B. Manfredonia, *op. ult. cit.*, 1175 ss.; D. Rosito, *L’“inserzione automatica” della clausola revisionale negli appalti pubblici tra rinnovo e proroga contrattuale*, nota a TAR Puglia, Lecce, 9 febbraio 2012, n. 262, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 578 ss., spec. 585) privilegia, così, il criterio dell’interpretazione teleologica e conservativa, «intesa nel peculiare senso di “restituire razionalità ed utilità al sistema delle regole di gara” e di salvaguardare la “coerenza con lo scopo” perseguito dalla *lex specialis* unitariamente intesa» (M. Monteduro, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l’esclusione: il labile discrimen tra «integrazione» e «modificazione»*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3697, al quale non sfugge, del resto, che l’interpretazione conservativa assume spesso come parametri proprio i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, privilegiando così l’*interpretatio secundum Constitutionem*, anziché le opzioni ermeneutiche che conferirebbero all’atto un senso contrastante con tali principi: v. Id., *Interpretazione del bando*, in *Repertorio degli atti pubblici*, a cura di L. R. Perfetti, II, Padova, 2005, 764 ss., spec. 774 ss.; Id., *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica, I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, 297 ss., spec. 300 s., nota 75, ove anche riferimenti giurisprudenziali).

(16) In tal senso, v. P. Perlingieri, *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, (1985), in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 259 ss., spec. 265; Id., *L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata*, (1986), in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 55 ss., spec. 58 s.; A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., 39, il quale osserva che «il soddisfacimento dell’interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie oggetto dell’intervento dell’Amministrazione»; M. Mazzuca, *Incidenza degli interessi pubblici e privati nel contratto di appalto: il recesso*, Napoli, 2010, 33 ss., spec. 40; in giurisprudenza, Cons. Stato, 16 aprile 1998, n. 515, in *Riv. giur. edil.*, 1998, I, 957 ss., spec. 961.

(17) Al riguardo, v. M. Pennasilico, *L’interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 442 ss.

(18) Così, tra tante, Cass., 5 giugno 2001, n. 7584, in *Cons. Stato*, 2001, II, 1487.

(19) Cass., 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 904; in dottrina, cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini della interpretazione e della validità dei contratti privati della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, III, 512 ss.; A. Piraino Leto, *Qualificazione e interpretazione del contratto*, in *Mon. trib.*, 1972, 1097 ss., secondo il quale il contratto della P.A. «va interpretato anche alla stregua di tutti gli atti anteriori, costituenti il necessario procedimento amministrativo preparatorio» (ivi, 1102); N. Distaso, *I contratti in generale*, III, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980, 1596; C. Cicero, *Sul diritto civile dell’ente pubblico*, Napoli, 2010, 108 s.; Id., *Interesse pubblico e anamorfose del contratto. I principi di diritto privato nel contratto dell’ente pubblico*, in *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, a cura di C. Cicero, Padova, 2011, 17, ove si esclude il ricorso a deliberazioni dell’organo pubblico per accordare prevalenza all’interpretazione letterale dell’atto contrattuale. Coglie, nell’argomentazione della Corte di legittimità, un ingenuo richiamo alla “univocità” e “precisione” del tenore letterale della convenzione, come se una formulazione normativa potesse considerarsi immediatamente chiara e comprensibile (segue)

servigi, qualora sia l'amministrazione a voler attribuire al contratto, in virtù del ricorso agli atti preparatori, un significato divergente da quello testuale e, ovviamente, sfavorevole al privato (20).

Non mancano, peraltro, fattispecie nelle quali è il privato stesso ad aver fatto legittimo affidamento, secondo il canone di buona fede oggettiva (21), nelle condizioni contrattuali stabilite dalla delibera a contrarre, ma non espressamente trasposte nel testo negoziale. Il caso classico è l'omissione di un obbligo di conguaglio integrante l'indennità provvisoria di espropriazione, conguaglio previsto nella delibera a contrarre, ma scomparso nel successivo contratto di cessione di un'area privata occupata d'urgenza (22). Negare, in tale ipotesi, il rilievo interpretativo dell'atto autorizzatorio significa limitarsi all'accezione letterale del testo contrattuale, senza ricostruire il senso della complessiva operazione economica (23), e violare il combinato disposto degli artt. 1362, 1366 e 1367 c.c., che assicura, in particolar modo attraverso la sinergia dei criteri di buona fede e di conservazione, la stabilità degli effetti (24).

L'interpretazione degli atti del procedimento di conclusione del contratto

Un cenno è opportuno fare anche al problema dell'interpretazione degli atti che costituiscono il procedimento di conclusione del contratto, quali il bando di gara pubblica (art. 64 del Codice) e le lettere di invito a una licitazione privata (definita dal Codice «procedura ristretta»: artt. 55 e 67) o a una procedura di «dialogo competitivo» (artt. 58 e 67 del Codice) (25).

Ferma, in linea di principio, l'applicabilità dei criteri codicistici (26), la giurisprudenza amministrativa ha elaborato alcune puntuali linee interpretative, idonee a valorizzare le peculiarità dell'atto oggetto di interpretazione e degli interessi sottesi al procedimento ermeneutico (27), nella convinzione che l'interpretazione delle clausole contrattuali e del bando di gara «avviene secondo i principi ermeneutici generali che danno rilevanza alla buona fede», criterio che impone «senz'altro la considerazione

(21) Alla connessione tra affidamento e buona fede è dedicata l'opera di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, *passim*, il quale rammenta che il Consiglio di Stato, fin dai primi decenni del secolo scorso, «aveva frequentemente emanato decisioni che non potevano trovare altra spiegazione razionale, se non nell'esistenza, implicitamente affermata, di un principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo che imponeva alla pubblica amministrazione di tener conto e di tutelare gli affidamenti da essa ingenerati in capo al cittadino» (*ivi*, 271); e già *Id.*, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, 1991, 215 ss.; v. anche le considerazioni critiche di R. Di Raimo, *Il «diritto privato» delle funzioni pubbliche*, *cit.*, 698 ss., e di F. Addis, *Legittimità dell'affidamento*, *cit.*, 107 ss. Per un'ampia e documentata indagine comparatistica sull'interpretazione secondo buona fede come interpretazione ragionevole del contratto, rivolta a tutelare l'affidamento della controparte, v. F. Viglione, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011, 91 ss.; quanto all'evoluzione della buona fede nel temperamento tra autonomia negoziale e intervento regolamentare del giudice, v. ora G. Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, 15 ss.

(22) Cfr. Cass., 12 agosto 1995, n. 8866, in *Dvd Juris data*. Nel caso di specie, un privato aveva ceduto a un ente pubblico un'area di sua proprietà, occupata d'urgenza per la costruzione di una scuola media. Quale corrispettivo aveva ricevuto una somma piuttosto esigua che, ai sensi della legge 29 luglio 1980, n. 385, poi dichiarata incostituzionale, e della delibera di autorizzazione a contrarre emessa dalla giunta municipale, avrebbe dovuto essere integrata da un successivo conguaglio. Sennonché, di tale obbligo di conguaglio non si faceva alcuna menzione nel contratto, sebbene fossero esplicitamente richiamati tanto il procedimento espropriativo in corso, quanto i relativi provvedimenti del sindaco e della giunta comunale. La S.C. ha cassato la sentenza impugnata, giacché il giudice di merito, violando i canoni di ermeneutica contrattuale, «ha interpretato l'atto di cessione limitandosi al senso letterale delle parole senza indagare quale fosse la comune intenzione delle parti emergente dal complesso dell'atto», dal quale risultava che il corrispettivo pattuito non soltanto corrispondeva all'indennità provvisoria di espropriazione, ma era anche soggetto a conguaglio.

(23) Per il superamento del primato del criterio letterale e del connesso metodo del gradualismo nell'applicazione delle regole di ermeneutica contrattuale, si rinvia a M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 725 ss.; *Id.*, *Metodo e valori*, *cit.*, 17 ss., 135 ss., 302 ss., 353 ss., 441 ss.; *Id.*, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, 3 ss., 45 ss., 76 ss.

(24) È la conclusione cui si perviene in M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, *cit.*, 444; v. anche *Id.*, *Il ruolo della buona fede*, *cit.*, 1067. Sulla segnalata interazione dei criteri ermeneutici v., ancora, *Id.*, *Metodo e valori*, *cit.*, spec. 359 ss., 418 ss., 441 ss.

(25) Su tale innovativa procedura, eccezionale in quanto utilizzabile soltanto per gli appalti particolarmente complessi, v. P. Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, VII ed., Rimini, 2006, 685 ss.; G. D. Comperti, *Articolo 58*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 565 ss.; E. Mele, *Art. 58*, in AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Torino, 2007, 151 s.

(26) Cfr., in sintesi, R. Laschena, voce *Interpretazione IV*, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 4; in giurisprudenza v., ad es., Trib. Roma 5 luglio 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 3721 ss., con nota di V. Molaschi, il quale osserva che a un'interpretazione complessiva e di buona fede «non sfuggono gli atti amministrativi e quelli di invito per licitazione privata» (*ivi*, 3730).

(27) Cfr., al riguardo, G. Resta, *I contratti della pubblica Amministrazione*, *cit.*, 502 ss.

Note:

(continua nota 19)

le, rimuovendo a priori ogni dubbio sul senso, M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, *cit.*, 443 (per ragguagli sul superamento del brocardo *in claris non fit interpretatio v.*, *infra*, nota 34).

(20) Lo segnala G. Resta, *I contratti della pubblica Amministrazione*, in *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, II ed., a cura di G. Alpa, G. Fonsi, G. Resta, Milano, 2001, 498.

delle finalità complessive perseguite dall'amministrazione» (28).

Si è, così, ripetutamente affermato che le lettere di invito o le clausole di gara ambigue o equivoche devono essere interpretate, ancora una volta a norma degli artt. 1366 e 1367 c.c., nel senso di favorire, anziché limitare, la partecipazione degli aspiranti alla gara: vi è, infatti, un ben preciso interesse pubblico a una maggiore concorrenza e a un confronto più ampio possibile di offerte (29), sì che le stesse «non possono essere assoggettate a processi di adattamento e di trasformazione o anche di presuntiva interpretazione della reale volontà dell'offerente, diversa in ipotesi da quella obiettivamente manifestata, in quanto così facendo si violerebbe il (...) principio di buona fede e si lederebbe, inoltre, il criterio della *par condicio* dei concorrenti» (30).

Bilancio critico della casistica giurisprudenziale: priorità dei criteri di interpretazione oggettiva e relatività delle regole ermeneutiche

La ricognizione critica della casistica persuade che, dietro l'apparente affermazione della generica applicabilità delle regole ermeneutiche contenute nel codice civile (31), si celano, in realtà, declamazioni meramente di principio. Non poche decisioni, pur movendo da tale conclamata applicabilità, finiscono, poi, per negarla o risolverla nella sola applicazione della regola dell'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) (32); laddove gli orientamenti relativi a bandi di gara e inviti a partecipare a procedure di evidenza pubblica talvolta si limitano all'interpretazione testuale o strettamente letterale (33) (che sconta, peraltro, l'obsoleto e apodittico brocardo *in claris non fit interpretatio*) (34), talaltra si valgono di criteri oggettivi, ispirati all'interesse pubblico: dalla più ampia partecipazione di concorrenti alle procedure (*favor participationis*) (35), alla *par condicio* dei concorrenti medesimi (36), fino alla conformità della dichiarazione dell'offerente al bando di gara (37).

Note:

(28) Cons. Stato, 3 marzo 2004, n. 1058, in *Dvd Juris data*.

(29) «In ipotesi di incertezza delle clausole relative all'ammissione alla gara per l'aggiudicazione di un contratto della pubblica amministrazione va prescelta l'interpretazione favorevole alla massima partecipazione al concorso, e ciò non soltanto in omaggio al generale principio di conservazione degli atti, ma anche in conformità del più specifico interesse dell'Amministrazione ad un confronto più ampio possibile tra le offerte»: così, nella massima, Cons. Stato, 25 marzo 2002, n. 1695, in *Cons. Stato*, 2002, I, 615; cfr., tra le altre, Cons. Stato, 3 settembre 1990, n. 789, *ivi*, 1990, I, 1107; Cons. Stato, 23 aprile 1991, n. 659, *ivi*, 1991, I, 735; TAR Piemonte, 20 maggio 1993, n. 192, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 2418; Cons. Stato, 26 giugno 1993, n. 753, in *Cons. Sta-*

to, 1993, I, 702; TAR Calabria, 5 settembre 1995, n. 865, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 4662; T.A.R. Calabria, 9 settembre 1997, n. 763, *ivi*, 1997, I, 4185; Cons. Stato, 6 marzo 2002, n. 1351, in *Cons. Stato*, 2002, I, 533 s.; Cons. Stato, 18 marzo 2002, n. 1558, *ivi*, 590; Cons. Stato, 4 aprile 2002, n. 1857, *ivi*, 739 ss.; Cons. Stato, 28 marzo 2007, n. 1441, cit., 1165 ss.; TAR Lombardia, Milano, 6 giugno 2007, n. 4755, in *Dvd Juris data*; TAR Abruzzo, Pescara, 21 giugno 2007, n. 630, *ivi*; Cons. Stato, 17 ottobre 2008, n. 5064, *ivi*.

(30) Cons. Stato, 15 ottobre 1986, n. 546, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1533. In questa prospettiva di stabilità degli effetti, si è puntualizzato che la regola secondo la quale il responsabile del procedimento amministrativo può invitare a rettificare eventuali irregolarità formali (art. 6, lett. b, l. 7 agosto 1990, n. 241; art. 1, comma 5, d.m. 28 febbraio 1992, n. 303; art. 5 d.p.r. 25 gennaio 1994, n. 130; v. ora art. 10 del Codice) «è applicabile anche ai procedimenti di gara d'appalto per l'aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione, a condizione che non sia turbata la *par condicio* dei concorrenti e non vi sia una modificazione del contenuto della documentazione presentata» (Cons. Stato, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Giur. it.*, 2002, 184; conf., TAR Puglia, Lecce, 10 maggio 2006, n. 2439, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, 11 aprile 2007, n. 1653, *ivi*; TAR Lombardia, Milano, 22 novembre 2007, n. 6410, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3664 ss., con nota critica di M. Monteduro, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando*, cit., spec. 3674 ss., 3683 ss.). Per la prevalenza del principio della *par condicio* su quello del *favor participationis*, applicabile soltanto nell'ipotesi di clausole ambigue o arbitrarie, v. Cons. Stato, 27 marzo 2009, n. 1822, in *Urb. e app.*, 2009, 821 s., con nota di I. Filippetti, *Par condicio e favor participationis nell'interpretazione degli atti di gara*.

(31) Cfr., ad es., Cass., 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 901 ss.; Cass., 19 maggio 1990, n. 4532, in *Arch. loc. cond.*, 1991, 87 ss.; Cass., 12 agosto 1995, n. 8866, in *Dvd Juris data*; Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2387 ss., con nota di F. Gritti, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*.

(32) Cfr. Cass., 21 febbraio 1983, n. 1308, cit., 2379 ss.

(33) Cfr. Cons. Stato, 15 ottobre 1986, n. 546, cit., 1532 ss.; TAR Friuli-Venezia Giulia, 23 febbraio 1993, n. 91, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1995, 888 ss.; Cons. Stato, 3 giugno 1994, n. 599, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 684 ss.; Cons. Stato, 19 febbraio 1998, n. 1253/97, in *Cons. Stato*, 1998, I, 246 ss.; Corte conti, 28 maggio 1998, n. 62, *ivi*, II, 1323 ss.

(34) La chiarezza è non già il presupposto, ma il risultato dell'interpretazione: sul punto v., anche per ulteriori indicazioni, M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., spec. 43 ss., 220 ss., 285 ss., 423 ss.

(35) Cfr., *supra*, § 4 e nota 29.

(36) Cfr., *supra*, § 4 e nota 30.

(37) TAR Puglia, Bari, 12 gennaio 2004, n. 41, in *Foro amm. TAR*, 2004, 214: «In tema di appalto, in ossequio al canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici - operante in tutti i settori dell'ordinamento giuridico - secondo cui la dichiarazione ambigua deve essere interpretata nel senso che la renda idonea a produrre qualche effetto giuridico, piuttosto che nel senso che la privi di tale capacità, la contraddizione in merito ad un medesimo elemento di una stessa offerta non comporta la radicale esclusione dell'impresa offerente, se la dichiarazione resa sia conforme al bando di gara in uno dei due aspetti, che, in inconciliabile contraddizione tra di loro, hanno creato una situazione di obiettiva incertezza sull'effettivo contenuto della volontà espressa». Cfr., in applicazione del principio di conservazione, anche Cons. Stato, 23 gennaio 2000, n. 327, in *Foro amm.*, 2000, 74 ss., e Cons. Stato, 18 giugno 2002, n. 3332, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 153 ss., con nota di S. Verzaro, *Il rapporto tra giudizio di ottemperanza ed azione risarcitoria nei confronti della pubblica*

(segue)

Lo stesso criterio del comportamento complessivo delle parti (art. 1362, comma 2, c.c.) (38) non assume una valenza soggettiva, giacché gli elementi di fatto considerati sono deliberazioni e atti formali della P.A., i quali devono reputarsi non tanto espressivi della “volontà” negoziale della P.A., quanto, in senso oggettivo, dati di identificazione in concreto dell’interesse pubblico (39).

Si mostra, così, del tutto inadeguato e inessenziale, benché ancora valorizzato da numerose decisioni (40), il canone dell’intento soggettivo delle parti contraenti. Anzi, tale intento soggettivo non sembra nemmeno configurabile con riguardo alla P.A., la quale trova una propria regola oggettiva di azione e di interpretazione nell’interesse pubblico concretamente ravvisabile al fondo di ciascuna negoziazione (41); con l’eversiva conseguenza che, anche in ordine all’attività consensuale della P.A., non è più ipotizzabile la subordinazione delle regole di interpretazione oggettiva alla preventiva ricerca dell’elemento intenzionale, come invece sembra indicare l’art. 1362 c.c. secondo un malinteso quanto pervicace principio (o, meglio, «pseudoprincipio») del gradualismo delle regole d’interpretazione soggettiva e oggettiva (42).

In questa prospettiva, che conferma pienamente l’importanza di cogliere la “relatività” delle regole che governano il procedimento ermeneutico (43),

Note:

(continua nota 37)

amministrazione. Sui criteri interpretativi applicabili ai bandi di gara, v. anche C. M. Saracino, *Ermeneutica contrattuale ed auto-interpretazione del bando: la Babele delle clausole di gara tra chiarificazione ed innovazione*, nota a TAR Lombardia, Brescia, 15 marzo 2007, n. 263, in *Foro amm. TAR*, 2007, 1253 ss.

(38) Cfr. Cass., 21 novembre 1983, n. 6935, in *Dvd Juris data*; Cass., 17 febbraio 1987, n. 1689, *ivi*; Coll. arb., 13 marzo 1992, n. 35, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1993, 301; Coll. arb., 2 maggio 1995, n. 60, *ivi*, 1997, 137; per ulteriori indicazioni, v. l’ampia disamina di S. Tarullo, *L’interpretazione del contratto di appalto pubblico*, cit., 928 ss.

(39) In tal senso, R. Di Raimo, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell’«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000, 183. Qualifica la disposizione del secondo comma dell’art. 1362 c.c., anziché regola d’interpretazione “soggettiva”, regola d’interpretazione oggettiva o extratestuale, F. Carresi, *Accertamento e interpretazione nel contratto*, in *Contr. impr.*, 1989, 936; v. anche G. Alpa, *Alle origini della teoria moderna dell’interpretazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 329, secondo il quale l’interpretazione di una clausola contrattuale mediante il comportamento dei contraenti «tradisce il ricorso alla interpretazione oggettiva»; G. Palermo, *L’autonomia negoziale*, Torino, 2011, 61, il quale nota come «già sul piano dell’interpretazione - in principio dichiarativa (art. 1362, comma 1, c.c.) si manifesti l’esigenza di plasmare la regola negoziale in modo oggettivo (arg. ex art. 1362, comma 2)»; M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., 43 s.; *Id.*, *Contratto e interpretazione*, cit., 8.

(40) Cfr., ad es., Cass., 3 gennaio 1970, n. 7, in *Rep. Foro it.*, 1970, voce *Obbligazioni e contratti*, 1489, n. 171; Cass., 25 maggio 1973, n. 1552, *ivi*, 1973, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, 623, n. 151; Corte conti, 8 ottobre 1996, n. 133, in *Cons. Stato*, 1997, II, 57; Cass., 13 ottobre 2003, n. 15279, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1133 ss., con nota di B. Manfredonia, *Del gradualismo nell’interpretazione dei contratti: uno pseudoprincipio?* (ma con data 23 ottobre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 1843 ss., con nota di M. D’Auria, *Il principio del gradualismo tra attività e risultato interpretativo: profili critici*).

(41) In tal senso, R. Di Raimo, *Contratto e gestione*, cit., 184 (e v. anche L. Maccarrone, *Sull’interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007, 135). Ancora una volta, un criterio “sostanziale” (l’interesse pubblico) si rivela, al tempo stesso, criterio “ermeneutico”: «in fondo anche la percezione dell’interesse pubblico (nelle sue variegate forme di interesse alla celerità nell’esecuzione dell’appalto, alla sicurezza dei cantieri, all’affidabilità dei materiali e quant’altro) costituisce un tassello del patrimonio di nozioni e di esperienze che mediamente possono riconoscersi in capo ad un’impresa che operi nel settore interessato dal contratto d’appalto di volta in volta assoggettato al vaglio interpretativo» (S. Tarullo, *L’interpretazione del contratto di appalto pubblico*, cit., 945); ed è la stessa clausola di buona fede «a reclamare che l’operazione interpretativa (...) venga filtrata attraverso l’esigenza di non frustrare l’interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante» (*ivi*, 944).

(42) Così, M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1071, e già *Id.*, *L’interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 448, con il quale concorda E. Capobianco, *Il contratto*, cit., 169 ss. Per tale evoluzione dell’ermeneutica contrattuale, incentivata dall’impatto del diritto comunitario, si rinvia, ancora, a M. Pennasilico, *L’interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri, E. Caterini, Rende-Napoli, 2004, 145 ss.; *Id.*, *L’interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, cit., 743 ss.; *Id.*, *Metodo e valori*, cit., spec. 302 ss., 319 ss.; *Id.*, *Contratto e interpretazione*, cit., 47 ss.

(43) La migliore dottrina attira, da tempo, l’attenzione su una teoria dell’interpretazione «consapevole della relatività delle sue regole, mutabili non in forma arbitraria ed indipendente ma in relazione tanto alle più diverse circostanze storico-culturali, quanto alla funzione e all’oggetto da interpretare»: P. Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista*, (1988), in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., 334; e già M. S. Giannini, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939 (rist. in *Id.*, *Scritti*, I, Milano, 2000), 58; G. Oppo, *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, (1943), in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 117 ss., 133 ss., 149 ss.; L. Mosco, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 56 ss., 64; M. Casella, *Il contratto e l’interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, 176 ss.; *Id.*, voce *Negozio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 28 s.; P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, (1975), in *Id.*, *Scuole tendenze e metodi*, cit., 34 s.; G. Alpa, *Alle origini della teoria moderna*, cit., 327; ampiamente, V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, spec. 59 ss., 222 s., 496 ss.; v. anche A. Di Amato, *L’interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, 45 e 75; M. Pennasilico, *L’interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, cit., 725 ss.; *Id.*, *Metodo e valori*, cit., 135 ss., 321 s., 441 ss.; *Id.*, *Contratto e interpretazione*, cit., 37 ss. Riconosce, in giurisprudenza, la relatività del processo ermeneutico e la possibilità di giungere a più interpretazioni, parimenti incensurabili dinanzi al giudice di legittimità, Cass., sez. lav., 11 luglio 1996, n. 6327, in *Lav. giur.*, 1997, 78; v. anche Cass., sez. lav., 7 gennaio 2004, n. 47, in *Corr. giur.*, 2004, 1335 ss., con nota di C. Consolo, *L’interpretazione della sentenza (di Cassazione con rinvio) - e in genere degli atti “causativi” - come “atto di volontà particolare” e così secondo gli artt. 1362 ss. c.c.*

la Corte dei conti, con la citata decisione n. 171 del 1996, ha dichiarato - ed è affermazione dirimpente, poiché capovolge l'indirizzo dominante incentrato sulla priorità dei criteri di interpretazione c.d. soggettiva (44) - che «nell'interpretare i contratti della pubblica amministrazione debbono essere privilegiati i cosiddetti metodi di interpretazione oggettiva, dando minimo valore a quelle regole di interpretazione soggettiva tese a ricostruire la volontà delle parti anche in contrasto con il dato letterale» (45).

La rilevanza ermeneutica «primaria» della clausola generale di buona fede come filtro di principi personalistici e solidaristici

La decisiva indicazione offerta dai giudici amministrativi trova svolgimento anche con riguardo all'interpretazione secondo buona fede, criterio che deve essere applicato al fine non soltanto di tutelare l'affidamento dell'aggiudicatario di una fornitura, ma anche di garantire «l'effettiva possibilità per tutti gli interessati di partecipare alle gare, conoscendo ciò che l'Amministrazione esattamente richiede, con la conseguente esigenza di interpretare il contratto non già privilegiando il significato che ad esso può dare un imprenditore particolarmente avveduto, quanto piuttosto il senso che determinati termini rivestono obbiettivamente nel linguaggio comune alla maggior parte dei soggetti che operano in un determinato settore economico e che siano interessati ad entrare in contatto con l'Amministrazione» (46).

La buona fede si conferma, così, regola interpretativa non già sussidiaria, bensì «primaria» (47), idonea ad accertare la compatibilità del programma negoziale con i valori espressi dall'ordinamento e, in particolare, con i principi costituzionali e comunitari (48). Certo, l'operatività della buona fede deve essere armonizzata con la funzione amministrativa (49): è quasi un luogo comune pensare, in proposito, alla fase contrattuale della scelta del contraente privato, che risulta fortemente procedimentalizzata (artt. 11, 54 ss. del Codice) (50); oppure all'azione ammini-

ra per sua essenza, ma sempre, in maggiore o minor misura, determinata da fatti estrinseci che ne condizionano il formarsi».

(46) Corte conti, sez. controllo St., 11 dicembre 1996, n. 171, cit., 460; in termini, Cons. Stato, 20 novembre 1998, n. 1619, cit., 11 s.; Cons. Stato, 23 gennaio 2002, n. 397, cit., 70; Cons. Stato, 24 febbraio 2005, n. 657, cit., 1269; Cons. Stato, 16 marzo 2005, n. 1080, in *Foro amm. CdS*, 2005, 821 s.

Parte della dottrina amministrativistica non esita anch'essa a manifestare perplessità circa la valorizzazione dei criteri d'interpretazione soggettiva, reputati in contrasto con gli elementi oggettivi dell'agire procedimentale della P.A. (v., per tutti, B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. Santaniello*, III, Padova, 1993, 454). Il momento soggettivistico, «necessariamente sbilanciato verso la lettura del volere della parte pubblica autrice dell'atto, se privo di adeguate limitazioni, rischia, per un certo verso, di rompere gli argini, già cedevoli, delle regole interpretative, accentuandone l'ambiguità» (C. M. Saracino, *Ermeneutica contrattuale ed auto-interpretazione del bando*, cit., 1261, nota 19, il quale paventa che possa così aprirsi il varco all'enfatizzazione dell'arbitrio interpretativo ad opera della P.A.). Per ulteriori considerazioni critiche, v. M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., 235 ss.

(47) Cfr., sul punto, M. Pennasilico, *op. ult. cit.*, 105 ss. e, *ivi*, ulteriori indicazioni.

(48) Si tratta, in materia contrattuale, della funzione propria dell'interpretazione c.d. evolutiva (o, meglio, sistematico-assiologica: in tal senso, M. Pennasilico, *op. ult. cit.*, 185 ss., spec. 213 ss.). Riconosce nell'art. 1366 c.c. il tramite mediante il quale far valere, nell'interpretazione negoziale, i principi normativi, espressione di valori costituzionali, vincolanti per l'interprete, V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti*, cit., 293 ss.; in questa direzione, *ex multis*, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, (1969), rist. integrata, Milano, 2004, 150 ss.; L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, spec. 14 s., 213 s.; A. Di Amato, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, cit., 174 ss., 195 s., 225 s.; F. D. Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 548 e 556, ove si definisce la buona fede «norma-ponte per il raccordo con i principi esprimenti i valori fondanti del sistema, e in particolare con i principi costituzionali»; M. Pennasilico, *op. ult. cit.*, 83 ss., 324 ss.

(49) Il Consiglio di Stato reputa, al riguardo, che la mancanza nel diritto amministrativo di un espresso principio di *favor* contrattuale imponga «la ricerca di un equilibrio fra la necessità di introdurre nuove modalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di salvaguardare in capo all'amministrazione le prerogative sue proprie»: Cons. Stato, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Dvd Juris data*. Si potrebbe anche dire, mutuando le parole di un noto autore, che «il contratto, o per meglio dire lo spirito contrattuale, pervade la stessa amministrazione di autorità, ma mette in movimento un gioco di reciproche falsificazioni. Per un certo aspetto si falsifica la discrezionalità amministrativa e per un altro, uguale ma opposto, l'autonomia privata» (G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 60; v. pure F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.). Per la discussione intorno al potere discrezionale, nell'orizzonte dell'ermeneutica, v. L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, spec. 64 ss. e, *ivi*, ulteriore bibliografia.

(50) Il Codice, nel recepire la normativa comunitaria, elimina ogni riferimento alle consuete procedure di gara (o asta) pubblica, licitazione privata, appalto-concorso, trattativa privata e introduce le procedure «aperte», «ristrette», «negoziate» e il «dialogo competitivo» (art. 54). Per un'ampia panoramica su tali procedure di scelta del contraente, anteriormente all'entrata in vigore del Codice, cfr. S. Buscema, A. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, II ed., in *Tratt. Santaniello*, VII, Pa-

(segue)

Note:

(44) Cfr., *supra*, nota 40.

(45) Corte conti, sez. controllo St., 11 dicembre 1996, n. 171, cit., 460; conformi, Cons. Stato, 20 novembre 1998, n. 1619, in *Foro amm.*, 1998, 11 s.; TAR Toscana, 22 giugno 1999, n. 526, *ivi*, 2000, 1433 ss., spec. 1437; Cons. Stato, 23 gennaio 2002, n. 397, in *Foro amm. CdS*, 2002, 69 s.; Cons. Stato, 24 febbraio 2005, n. 657, in *Riv. giur. edil.*, 2005, I, 1266 ss., spec. 1269. Per una penetrante analisi delle aberrazioni cui conduce, sul piano della teoria generale del negozio applicata alla contrattazione preparatoria, un esasperato rispetto del c.d. dogma della volontà, si veda G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 21 ss., spec. 23, ove si chiarisce che «la volontà non è affatto libe-

strativa, anche se di diritto comune, che rimane sottoposta al principio, nonché al conseguente controllo, di economicità (51). Il vincolo dello scopo pubblico assume, dunque, rilevanza causale nella contrattazione della P.A. e permea le fasi della conclusione, dell'interpretazione e dell'esecuzione dei contratti (52).

A tal proposito, se è indubbio che la P.A. debba sempre ispirare la propria azione contrattuale al criterio della massima economicità di gestione (53), una significativa breccia all'ingresso di valori sociali e ambientali, coerente proprio con la concezione assiologica della clausola di buona fede quale filtro dei principi personalistici e solidaristici dell'ordinamento, è aperta, sulla spinta della legislazione comunitaria, dall'art. 2, comma 2, del Codice, là dove afferma che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti espressamente previsti dalle norme vigenti, a criteri «ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». Subordinazione, questa, rispondente a un'opportuna rivisitazione del concetto stesso di economicità, non più legato al conseguimento immediato e acritico del profitto, ma conformato a valori sociali, ambientali e, dunque, a interessi ed esigenze meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (54).

Centralità della buona fede oggettiva nella costruzione di un «diritto comune» delle situazioni pubbliche e private: le oscillazioni giurisprudenziali e la concezione dell'«amministrazione condivisa»

La buona fede oggettiva costituisce, così, un criterio esorbitante dalla stretta disciplina codicistica delle obbligazioni e dei contratti, pervasivo del sistema in qualsiasi ipotesi di situazione giuridica ispirata alla relazionalità (55) e, dunque, centrale nella costruzione di un «diritto comune», capace di integrare le lacune presenti nella disciplina pubblicistica delle obbligazioni e dei contratti (56). Non sorprende, pertanto, che il giudice amministrativo, in più occasioni, abbia confermato questo dato sistematico: basti pensare alla decisione del Consiglio di Stato, n. 70 del 1982, che ha chiarito il preminente rilievo dell'esigenza di conservazione del rapporto concessorio, «anche alla luce di quei fondamentali canoni di buona fede, correttezza e cooperazione, che devono intendersi validi nello svolgimento del rapporto di concessione come nella esecuzione di un qualunque tipo di rapporto contrattuale» (57).

Sconcertante, allora, è l'affermazione di un giudice

Note:

(continua nota 50)

dova, 1994, 373 ss.; A. Massera, *I contratti*, II ed., in *Tratt. Casseese, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1579 ss.; Id., *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Tratt. Roppo*, VI, *Interferenze*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 927 ss.; successivamente, v. R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento*, a cura di R. De Nictolis, Milano, 2007, 675 ss.

(51) Cfr. Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, cit., 2387 ss.

(52) Per la rilevanza causale dell'interesse pubblico nella contrattazione della P.A., v. A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., spec. 119; R. Di Raimo, *Contratto e gestione*, cit., spec. 182; F. Parente, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, 2006, 93, 114 ss.; G. Enriquez, *Contrattazione e trasformazione del territorio*, cit., 105, 142 ss.; A. Nervi, in V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., spec. 209 ss.; M. Pennasilico, *La «pianificazione per accordi» tra ambiente e mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 513 ss., spec. 515 e nota 6 (ora in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2012, 1113 ss.).

(53) Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, cit., 2387, ove si osserva che i contratti della P.A. sono di regola conclusi con procedure complesse, «volte ad assicurare la pattuizione più vantaggiosa e l'esecuzione nelle condizioni di migliore sicurezza ed economicità».

(54) Così, M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1074; in linea, G. Perlingieri, *Compenso del professionista*, cit., 184; per l'esegesi della disposizione richiamata, cfr. anche V. Italia, *Articolo 2*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, cit., 36 ss.; M. Monteduro, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando*, cit., 3672, il quale registra la crescente importanza strategica dell'innesto, nei bandi di gara, di obiettivi sistematici di natura «sociale» o «ambientale» sui tradizionali scopi immediati delle gare pubbliche, in modo che «stabilire riserve di accesso alle gare o meccanismi premiali di valutazione in favore di imprese «virtuose» sotto il profilo sociale o ecologico possa fungere da volano per indurre l'intero sistema economico ad adeguarsi a più elevati standards sociali o ecologici, nell'ottica di una competitività che deve conquistarsi anche sui terreni - finora alieni se non addirittura conflittuali rispetto alla logica del mercato - della solidarietà verso categorie deboli o svantaggiate o dell'attenzione agli impatti sull'ambiente». La S.C. ha già posto in evidenza che, nell'interpretazione di un contratto tra due enti pubblici (nella specie, tra Enel e Ferrovie dello Stato per la fornitura di elettricità a seguito della nazionalizzazione dell'energia elettrica), non possono non avere rilievo gli scopi sociali perseguiti (fornitura di elettricità per il trasporto su rotaie), sì che «la regola del contemperamento degli interessi deve applicarsi dando prevalenza agli interessi extra economici che escludono l'esigenza di una necessaria corrispondenza tra prezzo e costo di fornitura, secondo la mera logica di mercato» (Cass., 29 novembre 2000, n. 15306, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, 871, n. 471).

(55) Cfr. R. Di Raimo, *Contratto e gestione*, cit., 186; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 120 ss., con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità precontrattuale della P.A.; per la centralità dell'interpretazione secondo il criterio della buona fede, già N. Irti, *Brevi note sulla interpretazione dei contratti di diritto privato conclusi dalla P.A.*, nota a Cass., 28 gennaio 1960, n. 101, in *Foro amm.*, 1960, II, 164; v. anche, *supra*, nota 8.

(56) Al riguardo, v. M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1061 ss., 1089 e, *ivi*, ulteriori riferimenti ai quali si aggiunga F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 304 ss.

(57) Cons. Stato, 9 febbraio 1982, n. 70, in *Foro amm.*, 1982, I, 215 ss., spec. 217 (e in *Cons. Stato*, 1982, I, 156 ss. e *Giur. it.*, 1982, III, 1, 324 ss.); per ulteriori riscontri giurisprudenziali, v. M. Pennasilico, *Metodo e valori*, cit., 116 ss.

monocratico (58), il quale, nel dolersi della mancata prospettazione in atto di citazione della responsabilità della convenuta amministrazione comunale in termini di violazione della clausola di buona fede nelle trattative (art. 1337 c.c.), precisa «sempre nei limiti in cui possa ritenersi ammissibile nei confronti di soggetti pubblici» (59), così dubitando dell'applicabilità stessa della clausola ai rapporti contrattuali della P.A.

Dubbi che, invece, non sfiorano, come notato in precedenza, la Corte dei conti, il cui consolidato orientamento dichiara applicabile l'art. 1366 c.c. anche ai contratti conclusi con la P.A. (60), e non assalgono nemmeno il Consiglio di Stato nella decisione n. 339 del 1996 (61). Sennonché, qualche anno dopo, il medesimo giudice amministrativo, nel censurare il tribunale di primo grado, pur esso incline a considerare la buona fede precetto operativo anche nei rapporti tra privati e P.A. (62), ha confinato l'applicabilità della clausola generale ai soli rapporti tra privati: «Buona fede e correttezza sono infatti parametri propri ed esclusivi della autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo» (63).

Tuttavia, il sopravvenuto Codice dei contratti pubblici smentisce definitivamente l'orientamento contestato: se il quarto comma dell'art. 2 evoca soltanto implicitamente la buona fede oggettiva mediante la generica previsione dell'applicabilità suppletiva delle regole comuni, esplicito è invece il riferimento, tra i principi ordinatori dell'azione amministrativa, alla clausola di correttezza (artt. 2, comma 1, e 6, comma 5), della quale è nota la sostanziale equivalenza alla buona fede oggettiva (64). E già lo «Statuto dei diritti del contribuente» (l. 27 luglio 2000, n. 212), al primo comma dell'art. 10, ha sancito inequivocabilmente che: «I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede» (65); laddove la legge 11 febbraio 2005, n. 15, nel modificare il primo comma dell'art. 1 l. n. 241 del 1990, ha espressamente richiamato il vincolo dell'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comu-

(59) Trib. Salerno, 28 marzo 2006, cit., 439.

(60) Cfr., *supra*, § 6 e nota 46.

(61) Cons. Stato, 5 marzo 1996, n. 339, in *Foro amm.*, 1996, I, 937.

(62) TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro it.*, 2002, III, 2 ss., spec. 25, con note di V. Molaschi, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e di E. Casetta, F. Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici*.

(63) Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1244, con nota di B. Lubrano, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*. In seguito, il Consiglio di Stato ha ribadito che: «Non è confortato dal dato positivo e mal si concilia con il permanere di una fisionomia pubblicistica della procedura concorsuale un riscontro di legittimità della stessa alla stregua dei principi di imparzialità e trasparenza, a cui si aggiungono, con una sorta di *vis expansiva*, quelli (della comune disciplina di diritto privato) della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)» (così, nella massima, Cons. Stato, 26 settembre 2003, n. 5495, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 403, con nota critica di M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*).

Di segno opposto, peraltro, Cons. Stato, 5 febbraio 2003, n. 585, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1045 ss., con nota di A. G. Orofino, M. Marino, *Sull'irraggiungibilità delle sanzioni per ritardato o mancato pagamento dei contributi concessori in ipotesi di omessa escussione del fideiussore da parte dell'amministrazione creditrice*; Cons. Stato, 26 maggio 2003, n. 2854, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1509 ss., spec. 1510, ove si afferma che «l'interpretazione degli accordi tra le parti va compiuta secondo principi di ragionevolezza e di buona fede, quanto meno nelle ipotesi in cui gli atti formali risultino ambigui o lacunosi»; Cons. Stato, 26 settembre 2003, n. 5494, in *Dir. giust.*, 2003, n. 40, 68 ss., con nota di M. Alesio, *L'indizione dei concorsi nell'ambito della potestà organizzativa*, *ivi*, 64 ss.; Cons. Stato, 12 ottobre 2004, n. 6583, in *Foro amm. CdS*, 2004, 2874 s.

(64) Alla clausola di correttezza è possibile ascrivere un contenuto sostanzialmente identico alla buona fede, facendo entrambe rinvio a un medesimo principio generale (o "criterio oggettivo di valutazione"): in tal senso, U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, I, 157 ss., spec. 161 e 162 ss. Entrambe le clausole, come espresse dagli artt. 1175 e 1375 c.c., «hanno una comune area d'incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà»: S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, 150, e già E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 63. Considera una «inutile complicazione» insistere ancora sul doppio criterio buona fede-correttezza, anziché limitarsi alla buona fede, S. Patti, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. contr.*, 2010, 329 s.; assimila correttezza e buona fede sotto forma di «endiadi», V. Carbone, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, 153 ss., spec. 155. Al riguardo, v. anche F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, spec. 113 ss.; G. Meruzzi, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 183 s.; nella più recente giurisprudenza, Cass. 23 maggio 2011, n. 11295, in www.italggiure.giustizia.it. Sul nesso tra buona fede oggettiva e solidarietà costituzionale, v. pure M. Mantello, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, spec. 250 ss.

(65) Sul punto, v. G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, (2005), in www.sspa.it, 1 ss., spec. 82 ss.; in giurisprudenza, Cass., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Foro it.*, 2003, I, 1104 ss.

Note:

(58) Trib. Salerno, 28 marzo 2006, in *Corti salernitane*, 2007, 437 ss., con nota critica di B. Manfredonia, *La presunta inapplicabilità della clausola di buona fede ai soggetti pubblici*.

nitario, tra i quali il criterio dell'affidamento o buona fede, che «costituisce pacificamente un principio generale del diritto comunitario applicabile sia alle procedure pubblicistiche che a quelle privatistiche» (66).

In realtà, l'orientamento criticato sconta la risalente concezione che considerava il criterio di buona fede già assorbito dall'interesse pubblico (67), criterio che presupporrebbe un rapporto paritario tra le parti, originariamente assente nel diritto amministrativo (68). Si tratta, tuttavia, di argomentazioni ispirate a una visione ormai superata della P.A. e della sua attività (69): reputare assorbita la tutela della buona fede nel perseguimento dell'interesse pubblico significa confondere quest'ultimo con l'interesse soggettivo della singola amministrazione precedente (70), là dove proprio l'operatività della buona fede può consentire una regolazione del rapporto idonea a garantire un equo contemperamento degli interessi in gioco (71). Soluzione, questa, co-

Note:

(66) A. Di Giovanni, *L'applicazione dei principi comunitari alle procedure contrattuali*, in *La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo*, XXV Congresso UAE, Pescara, 16-18 giugno 2011, in www.giustizia-amministrativa.it, 1 ss., spec. 6; in precedenza, v. R. Caranta, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, nota critica a Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urb. e app.*, 2003, 569 ss., spec. 573, il quale osserva che la tendenza contestata, «anziché sfruttare il margine di manovra inevitabilmente offerto da canoni generali di giudizio come la buona fede e l'affidamento, sostanzialmente riconosce alla pubblica amministrazione il potere di agire in mala fede senza sopportarne conseguenze risarcitorie» (ivi, 575). Sul nesso tra affidamento e buona fede, oltre alla letteratura citata, *supra*, in nota 21, v. S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006, spec. 136 ss.; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008. Per un'analisi dei principi generali dell'ordinamento comunitario, v. G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

(67) Cfr., in particolare, M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., 373 s.; per una ricostruzione critica del pensiero di Guicciardi, di Giannini, si veda F. Manganaro, *Principio di buona fede*, cit., 39 ss., 44 ss.

(68) Invero, si registra oggi una duplice e opposta traiettoria evolutiva, della quale «segmenti essenziali sono, da un lato, la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo a configurarsi come diritto dell'uguaglianza; dall'altro, la produzione di regole di diritto privato pensate per riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale». Così, A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, 371 ss., spec. 383. Del resto, lo stesso canone di buona fede, sul piano storico, «trovò originariamente applicazione nell'ambito di relazioni fondate su situazioni di disuguaglianza tra le parti e non, come generalmente si ritiene, nell'ambito di rapporti contrattua-

li paritari»: F. Manganaro, *op. cit.*, 14. Esprime l'aspirazione a un diritto amministrativo paritario, F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, (1975), in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3223 ss.; su tale tendenza, v. anche G. Napolitano, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in *Il diritto civile, e gli altri*, cit., spec. 405 ss.

(69) Invero, continuare a denunciare le presunte, «inevitabili forzature» conseguenti all'innesto degli istituti civilistici nella realtà del diritto amministrativo, connotata da «caratteri specifici e differenti» (così, E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 326), significa, da un lato, disconoscere la dialettica perenne, o necessaria circolarità, tra i due poli pubblico-privato che non sono contrapposti, ma costituiscono i due volti dell'unitario, ancorché complesso, ordinamento giuridico vigente (così, M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1062; *Id.*, *La «pianificazione per accordi»*, cit., spec. 517 ss., 526 ss.; per il superamento della contrapposizione, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 132, 134 ss., 403 ss.); dall'altro, destituire di fondamento l'autorevole tendenza a costruire un «diritto comune» (M. Giannini, *Il diritto privato*, cit., spec. 413 ss.). Già Massimo Severo Giannini indicava che il nostro tempo «spinge ogni giorno di più alla formazione di un diritto comune a privati e a pubblici operatori»: M. S. Giannini, *Prefazione*, in *Id.*, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, IX (ora in *Id.*, *Diritto amministrativo*, III ed., I, Milano, 1993, XI; v. anche *Id.*, voce *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 855 ss., spec. 867); ed è Pietro Rescigno a rilevare che diritto comune significa «escludere zone di monopolio di situazioni attive, o di esenzione o dispensa da doveri o da oneri»: P. Rescigno, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (Note minime di diritto privato)*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, 631; sottolinea, a sua volta, la necessità di approfondire il rapporto tra autonomia negoziale e discrezionalità della P.A., «secondo quella costruzione di un diritto comune degli atti di autonomia che la nostra società richiede». P. Perlingieri, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti*, cit., 15. Per una lettura di «pubblico» e «privato» come termini di una dialettica interna al diritto amministrativo, considerato nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico, v. G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. VIII, 63 ss., 137 ss.; *Id.*, *Miti e funzioni del diritto privato*, cit., 393 ss.; v. anche L. Franzese, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, II ed., Padova, 2001; D. Memmo, *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contr. impr.*, 2006, 1175 ss.

(70) In realtà, come notava autorevole dottrina, «ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia condotto da *corretto amministratore*, ma se si sia condotto da *corretto contraente*, non di accertare se abbia bene o male apprezzato il pubblico bisogno, ma se, nel comportamento conseguito a tale apprezzamento o ad esso afferente, si sia comportato in modo tale da violare il principio posto nell'art. 1337». Così, M. Nigro, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Cass. 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass., Sez. Un., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, 457 ss., spec. 462.

(71) Cfr. F. Addis, *Legittimità dell'affidamento*, cit., 110, in sintonia con l'opinione di F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 115 ss.; v. anche C. Franchini, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle «interferenze» tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, II, 237 ss., secondo il quale i principi di diritto comune tendono, con sempre maggiore intensità, a disciplinare l'azione della P.A., «come si evince chiaramente dai numerosi rinvii effettuati dal giudice amministrativo - in sede di verifica del vizio di eccesso di potere - ai canoni della buona fede, della correttezza, della diligenza, dell'adeguatezza e della proporzionalità, che da sempre sono a fondamento dei rapporti interpretati» (ivi, 254); G. Grasso, *Sul rilievo (segue)*

stituzionalmente obbligata, ove si consideri che il principio di imparzialità, stabilito dall'art. 97 Cost. come canone fondamentale dell'agire amministrativo, impone di superare qualsiasi interpretazione che si ispiri al rigido autoritarismo dell'attività della P.A., per valutare, invece, l'apporto di tutti i soggetti interessati all'adozione del provvedimento amministrativo (72).

La giurisprudenza più recente e avvertita non manca di condividere una simile posizione: dalla Cassazione n. 264 del 2006, ove si afferma che «l'obbligo di correttezza e buona fede deve improntare tutti i comportamenti giuridici, traggano gli stessi titolo da rapporti di natura contrattuale, da rapporti in cui ad uno dei soggetti viene attribuita una posizione di preminenza, da diritti potestativi, o anche in ipotesi di rapporti non nati da un contratto» (73), al Consiglio di Stato n. 2318 del 2007, secondo il quale, in tema di silenzio, può sussistere l'obbligo di provvedere della P.A., con conseguente inadempimento in caso di inerzia della medesima, anche qualora «l'obbligo di provvedere non sia normativamente sancito, ma vi siano ragioni di giustizia ed equità che impongono l'adozione di un provvedimento in ossequio al dovere di correttezza e buona fede (art. 97 Cost.)» (74); dal Consiglio di Stato n. 3536 del 2008, che, con riguardo a un contenzioso nel quale la P.A. aveva indotto in errore l'interessato in buona fede, ha affermato che «l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde (...) l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento» (75), al Consiglio di Stato n. 3963 del 2012, il quale, in materia di interpretazione di un contratto di concessione d'uso esclusivo di un'area di proprietà comunale da adibire a canile, ha fatto ricorso al criterio del comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto (art. 1362, comma 2, c.c.), «in quanto espressivo di un principio di buona fede che costituisce canone ermeneutico fondamentale del contratto (art. 1366 c.c.)» (76); fino allo stesso Tribunale di Salerno, il quale riconosce ora che la clausola, con cui la P.A. esclude la propria responsabilità precontrattuale in ordine al mancato perfezionamento o alla mancata approvazione del contratto, «si risolve in una clausola di esonero della responsabilità, contrastante con il disposto dell'art. 1229 c.c., la cui nullità va sostenuta non soltanto con riguardo all'esonero da responsabilità per dolo o colpa

grave, bensì anche con riguardo all'esonero da responsabilità per colpa lieve, dovendosi riferire il corretto adempimento, nella fase procedimentale di scelta del contraente, degli obblighi di correttezza e buona fede della P.A. e di tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi, ad esigenze di ordine e di interesse pubblico, che trovano fondamento nei principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., cui deve ispirarsi l'azione amministrativa» (77).

Note:

(continua nota 71)

del principio del legittimo affidamento, cit., 6 ss.; L. Maccarrone, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, cit., 178 ss., 215; M. Mazzuca, *Incidenza degli interessi pubblici*, cit., 82 ss.; diversamente, M. Micheletti, *Il significato del richiamo alla "buona fede" in un ordinamento pubblicistico pluralistico (ed alcune note sul richiamo ai principi)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 949 ss., il quale vorrebbe dimostrare che la buona fede è un «concetto vuoto», «idoneo ormai a legittimare operazioni di sopraffazione dell'interprete sui componenti dell'ordinamento» (ivi, 980).

(72) In tal senso, ancora, F. Addis, *op. loc. ult. cit.*, il quale aggiunge che la clausola di buona fede integra il principio di legalità, «al cui rispetto, come è noto, la P.A. è vincolata». D'altra parte, se è possibile riconoscere una rilevanza costituzionale al criterio di buona fede, quale espressione del dovere di solidarietà sociale (v., *supra*, § 6), «non si può disconoscere allo stesso una portata più ampia, che superi i limiti civilistici, per estendersi ad altri settori del diritto» (L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, 221); sì che, «la pubblica amministrazione, come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, non può ritenersi sottratta all'obbligo di agire correttamente, qualunque sia il modo in cui espliciti la propria attività» (F. Manganaro, *Principio di buona fede*, cit., 119; v. anche L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 154 ss., spec. 176 s.; P. Grauso, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 161 ss., 167; G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009, 229 ss.; ampiamente, con riguardo all'amministrazione finanziaria, M. Trivellin, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Milano, 2009, spec. 17 ss.). In questa prospettiva, «la buona fede opera sul piano interpretativo per orientare l'azione amministrativa prima, ed il giudice eventualmente poi, ad individuare, tra le varie possibili "alternative" offerte dalla combinazione delle norme positive e dei principi, la regola di azione conforme ai valori fondanti del sistema costituzionale» (Id., *op. cit.*, 40).

(73) Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ.*, 2006, I, 518 ss., spec. 522.

(74) Cons. Stato, 11 maggio 2007, n. 2318, in *Guida dir.*, 2007, n. 31, 72.

(75) Cons. Stato, 15 luglio 2008, n. 3536, in www.giustizia-amministrativa.it.

(76) Cons. Stato, 6 luglio 2012, n. 3963, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1264 ss., spec. 1267, con nota di B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*.

(77) Trib. Salerno, 18 marzo 2011, in www.comparazione.diritto.civile.it, con nota di A. G. Parisi, *La responsabilità della pubblica amministrazione, tra norme e orientamenti giurisprudenziali*, e in *Corti salernitane*, 2012, 564 ss., con nota di B. Manfredonia, *Trattative e recesso della P.A.: il tempo ha fuggato ogni dubbio sull'applicabilità della buona fede*. Per la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., già Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2691, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 888 ss.;

(segue)

Diversamente, sarebbero messi seriamente in pericolo proprio quei momenti di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e privati, e di determinazione negoziata dell'assetto dei rispettivi interessi, dei quali gli accordi introdotti dalla l. n. 241 del 1990 sono eloquente strumento. In tal senso, trova peculiare applicazione e valorizzazione il generale principio di intervento del cittadino nel procedimento amministrativo (art. 7 ss. l. n. 241 del 1990), principio che, nell'impegnare la P.A. a tener conto degli interessi dei cittadini e delle loro osservazioni durante la procedura che condurrà all'adozione del provvedimento finale, legittima l'idea di un'amministrazione partecipata e impone, di conseguenza, obblighi di correttezza e buona fede a carico della P.A. (78).

Note:

(continua nota 77)

Cass., 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce Contratti della P.A., 632, n. 50; Cass., 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1242 ss.; nella giurisprudenza amministrativa, TAR Lombardia, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869 e 31 luglio 2000, n. 5130, in *Urb. e app.*, 2000, 1249 ss., con nota di F. Busatta, *Responsabilità precontrattuale della P.A. dopo la sentenza n. 500/99*; Cons. Stato, 12 settembre 2001, n. 4776, *ivi*, 2002, 199 ss., con nota di G. M. Racca, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*; TAR Calabria, 9 giugno 2009, n. 627, in *Corr. giur.*, 2010, 536 ss., con nota di A. di Majo, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la P.A.*; TAR Piemonte, 4 marzo 2011, n. 230, in *Corr.*

merito, 2011, 1113 ss., con nota di M. Didonna, *Fatti vecchi e nuovi in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*; in argomento, v. anche l'ampia indagine di G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

(78) Invoca, nella giurisprudenza ordinaria, «la nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, che s'impone dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990, in virtù della quale la pretesa alla regolarità dell'azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede», Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss., con nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione* (si cita dalla massima, *ivi*, 79); conf., Cass., 28 luglio 2004, n. 14198, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2559 ss., spec. 2563, e in *Contratti*, 2005, 555 ss., spec. 558, con nota di M. Carnevale, *Contratto condizionato e buona fede*; più di recente, Cass. 13 febbraio 2009, n. 3559, in *Fisco*, 10/2009, 1547 ss., con nota di P. Turis, *Struttura organizzativa dell'Amministrazione finanziaria e principi di collaborazione e buona fede*, considera la correttezza un dovere dell'amministrazione, in quanto tenuta a operare, nella prospettiva del servizio, come «assistente dei cittadini» (*Helper des Bürgers*). Del resto, se già il principio costituzionale del buon andamento richiede la partecipazione e il consenso, anziché l'autorità, tale impostazione è ancor più valorizzata dall'ingresso nella Costituzione del principio di sussidiarietà (art. 118), «segnatamente laddove impone di fare spazio ai cittadini nell'esercizio diretto di attività di interesse generale» (V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., 21). Sulla concezione dell'amministrazione "condivisa" o "paritaria", v. M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede*, cit., spec. 1080 s. e, *ivi*, ulteriore bibliografia alla quale si aggiunga R. Morea, *Gli accordi amministrativi tra «norme di diritto privato» e principi italo-comunitari*, Napoli, 2008, 10 ss.; P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; M. Angelone, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela risarcitoria*, Napoli, 2010, 14 ss.

LIBRI

Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari

Settembre 2013

Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie



Il volume raccoglie gli Orientamenti in materia societaria elaborati dalla Commissione Società del Comitato Triveneto.

La nuova edizione è aggiornata con gli orientamenti approvati nel 2012 e nel 2013, con le relative motivazioni, i quali affrontano e risolvono numerose questioni applicative generate dalle più recenti riforme del diritto delle società. In particolare sono trattati i temi del **sindaco unico**, delle **s.r.l. semplificate**, delle **società tra professionisti**, del **concordato in bianco** e del **trasferimento della sede all'estero**, oltre ai consueti approfondimenti su questioni pratiche di interesse generale.

Ipsoa 2013, pagg. 480

Prezzo: € 35,00

Codice carta: 148088

Codice ebook: 148091

ISBN carta: 978-88-217-4525-6

ISBN ebook: 978-88-217-4526-3

Per informazioni e acquisti

- **On line:** www.shopwki.it
- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **Librerie professionali**