

Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione

Marco Gaetano Pulvirenti

SOMMARIO: 1. Buona fede soggettiva ed oggettiva. – 2. La buona fede nel diritto amministrativo. – 3. Collaborazione e buona fede come principi della funzione amministrativa. – 4. Collaborazione e buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente. – 5. Collaborazione e buona fede come obblighi del privato nei confronti della pubblica amministrazione. – 6. Spigolature su collaborazione e buona fede nel processo amministrativo.

1. *Buona fede oggettiva e soggettiva*

L'art. 12, comma 1, della legge 11 settembre 2020 n. 120, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, ha introdotto il comma 2-*bis* nell'art. 1 della legge n. 241/1990, stabilendo che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede¹.

Per la verità, il richiamo alla “collaborazione” non è nuovo nella legge n. 241/1990, in quanto già indicata all'art. 15 e riferito ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni e con riguardo alle attività di interesse comune².

Sebbene la norma richiami genericamente la “buona fede”³ sembra riferirsi alla buona fede oggettiva che tutela il rapporto tra amministrazione e cittadino

¹ Per un primissimo commento vedi S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, Milano, 2020, 399 ss.

² Cfr. R. Ferrara, *Art. 15*, in M.S. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 779 ss.

³ Come notato da F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 8 «non è un principio costituzionale, è anche un principio costituzionale». Pare opportuno ricordare che la Costituzione federale della Confederazione Svizzera, all'art. 5 *Stato di diritto*, impone agli «Organi dello Stato, autorità e privati» di agire «secondo il principio della buona fede» (comma 3). Sem-

da un «agire sleale o scorretto»⁴, anche se la dottrina civilistica⁵ ha da tempo teorizzato anche la buona fede soggettiva, sulla scorta dell'art. 1147, comma 1 c.c.⁶, quale ignoranza di ledere l'altrui diritto⁷ («condizione gnoseologica di chi versa nella condizione incolpevole di agire iure»⁸) e, più in generale, come stato della coscienza caratterizzato dalla convinzione di agire in conformità al diritto (convinzione derivante da una erronea rappresentazione della realtà). Invero, il nuovo comma 2-*bis* sembra riferirsi più a regole di condotta e di interpretazione nei rapporti tra amministrazione e cittadino, che all'inconsapevolezza di ledere diritti altrui, peraltro difficilmente ipotizzabile con riguardo alle pubbliche amministrazioni⁹, stante l'impossibilità di dare rilevanza, nel loro comportamento, ad uno stato psicologico che non può in nessun caso essere proprio di esse¹⁰.

Invece, riferito al cittadino talvolta assume rilievo la buona fede soggettiva. Ad esempio, nel diritto urbanistico: si pensi alla posizione del terzo acquirente di buona fede dell'immobile in caso di confisca urbanistica per lottizzazione abusiva (formale o materiale)¹¹. La giurisprudenza in queste ipotesi si muove

brano propendere per una lettura unitaria A. Torrente, *Buona fede*, in *Enc. for.*, I, Milano, 1958, 796 ss.; S. Romano, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.

⁴ L. Carraro, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in Aa.Vv., *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950, 435.

⁵ Già F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 266 ss. distingue la buona fede in senso oggettivo come regola, e in senso soggettivo come «guisa dell'intenzione».

⁶ V. L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1988, 154 ss.

⁷ A. Montei, *Buona fede*, in *Novis. Dig. It.*, II, Torino, 1968, 603, scorta di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 69 ss., individua quattro differenti categorie di buona fede alla luce delle disposizioni codicistiche: atteggiamento della coscienza consistente nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto; credenza nell'apparenza di un rapporto qualificante che legittima la controparte a disporre del diritto; lealtà nel trattare nella conclusione delle trattative; criterio ermeneutico di interpretazione del contratto nonché criterio di condotta di adempimento delle obbligazioni.

⁸ A. Piraino, *La buona fede in senso soggettivo*, Torino, 2015, 2.

⁹ S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in Aa.Vv., *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 25 ss.

¹⁰ A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 69.

¹¹ Sul profilo della lottizzazione formale o materiale va richiamata la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 dicembre 2015, n. 5560, per la quale l'art. 30 del T.U. edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) «distingue due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva a scopo edificatorio»: «lottizzazione materiale (o reale), quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»; «lottizzazione formale, negoziale ovvero cartolare», «quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio». La «lottizzazione abusiva materiale» ricorre «nel caso di realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica e edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente da leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione, mentre la lottizzazione abusiva formale o cartolare si verifica quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne siano già realizzati i presupposti con il fra-

tra l'affermazione dell'irrilevanza dello stato di buona o mala fede (fondandosi la lottizzazione abusiva sul dato oggettivo dell'intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti in buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante)¹² e il rilievo all'opposto della relazione tra diligenza e affidamento¹³, con cui ha affermato l'illegittimità del provvedimento in applicazione della regola della diligenza¹⁴. Sulla questione va ricordata la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha affermato che la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale – coscienza e volontà – con i fatti¹⁵. Mentre la Corte costituzionale ha sottolineato come il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca¹⁶.

Altro esempio è quello di somme indebitamente attribuite ai privati ma da essi percepite in buona fede, il cui recupero è considerato illegittimo dalla dot-

zionamento e la vendita (o altri atti equipollenti) del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, e per gli altri elementi riferiti agli acquirenti, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio, creando così una variazione in senso accrescitivo tanto del numero dei lotti quanto di quello dei soggetti titolari dei diritti sugli stessi, col risultato di stravolgere l'assetto del territorio preesistente e di realizzare un nuovo insediamento abitativo, determinando un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione del territorio (che viene posta di fronte al fatto compiuto) e un nuovo e non previsto carico urbanistico».

¹² Si veda la ricordata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 dicembre 2015, n. 5560. Per Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2014 n. 1589, sembrerebbe «irrilevante l'asserita buona fede degli acquirenti, i quali in ipotesi facciano risalire la responsabilità della lottizzazione abusiva esclusivamente ai loro danti causa, trattandosi di una situazione in cui rileva, dal punto di vista urbanistico, la sussistenza di un abuso oggettivo, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante».

¹³ Si consideri che in base a Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2019, n. 3750, è l'amministrazione, nell'emanare l'ordinanza di cui all'art. 30 T.U., a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 gennaio 2009, *Su. Fo. s.r.l. e altri contro Italia*.

¹⁶ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Cfr. E. Marzaduri, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta prescrizione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva*, in *Giust. pen.*, 2016, num. 2, parte III; V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, 421 ss.; E. Nicosia, *Prescrizione del reato e confisca "urbanistica" dopo le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale, nota a Cassazione Penale, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 45428*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1210 ss.; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, n. 2/2015; A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, n. 4/2017; F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019; C. Caruso, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, 1985 ss.; L. Filippi, *Il conflitto tra la Corti europee e la Consulta*, in *Arch. Pen.*, 2015, 840 e ss.; S. Sonelli, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza "trial and error" della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2015, 1155 ss.

trina¹⁷, nonché espressamente escluso per ciò che attiene alla riscossione di rate di pensione erogate dall'INPS e non dovute (in quest'ultimo caso, però, la legge più che alla buona fede fa riferimento all'assenza di dolo dell'interessato)¹⁸. Si pensi, ancora, all'affidamento incolpevole maturato a seguito del comportamento dell'amministrazione, e, infine, alla figura del funzionario di fatto e, in particolare, alla particolare ipotesi del matrimonio putativo disciplinata dall'art. 113 c.c. al fine di tutelare la sfera giuridica delle parti del negozio matrimoniale.

2. *La buona fede nel diritto amministrativo*

Sebbene il principio in parola abbia trovato tradizionalmente la sua sistemazione nell'ambito del diritto civile¹⁹, anche sulla scorta della derivazione romanistica²⁰, il riferimento alla buona fede quale canone del comportamento dell'amministrazione in realtà non è del tutto nuovo, in quanto già da tempo²¹ teorizzato dalla dottrina²² e ammesso in taluni casi anche dalla giurisprudenza. L'innovazione oggi risiede nell'essere adesso anche vizio di legittimità del provvedimento (in quanto la sua violazione determina violazione di legge). Inoltre, il rispetto della buona fede è ora imposto anche al cittadino nei confronti dell'amministrazione²³.

Inizialmente la dottrina non era concorde nella possibilità di riferire il dovere di buona fede alla pubblica amministrazione, escludendolo per via del noto dogma dell'immunità²⁴ ovvero per considerarlo inutile ed inapplicabile²⁵, eviden-

¹⁷ E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 320.

¹⁸ Art. 52, comma 2, della legge 9 marzo 1989, n. 88 e art. 13 legge 30 dicembre 1991, n. 412.

¹⁹ Va sul punto ricordato che il codice civile del 1865 era imperniato sugli elementi della volontà e della libertà negoziale (entrambi tipici di una economia liberale), mentre l'attuale codice del 1942 ha messo al centro l'imposizione di clausole generali, come la buona fede, la correttezza, la diligenza del buon padre di famiglia, il buon costume e l'abuso del diritto.

²⁰ G. Grosso, *Buona fede (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, 661 ss.; P.D. Senn, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1998, 129 ss.

²¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 607, si lamentava dell'assenza all'epoca di ricerche moderne sulla buona fede, come invece era avvenuto nel diritto privato.

²² Cfr. *ex multis* F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 121 ss.; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968; F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 134 ss.

²³ La biunivocità del dovere di buona fede nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione era già stata anticipata da F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione. Atti del Convegno di Copanello, 25-26 giugno 2004*, Torino, 2005, 111 ss.

²⁴ V. G.U. Rescigno, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 ss.

²⁵ E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pub.*, 1936, 556 ss.

ziando il fondamento della certezza del diritto²⁶, salvo ammetterne l'utilizzabilità nell'ambito dei rapporti di diritto privato dell'amministrazione²⁷.

Successivamente l'applicabilità è stata ammessa in quanto considerato espressione del principio di imparzialità²⁸, o comunque perché inteso come elemento dello statuto giuridico dell'azione amministrativa²⁹. È stato del resto sottolineato che, sulla base delle esperienze del *common law*, molti principi sorti nel diritto privato³⁰ sono divenuti canoni generali dell'azione amministrativa³¹. Analogamente, la collaborazione intesa come onere già intercorrente tra le parti del contratto si è ritenuta trasponibile nei rapporti tra istituzioni e cittadino³².

La giurisprudenza tende da tempo a dare rilievo ai principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dei contratti pubblici³³. Nel codice del 2016 (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è infatti espressamente richiamato il principio di correttezza³⁴

²⁶ F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 8.

²⁷ M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, 141 ss. e 371 ss.

²⁸ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 816; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 57 ss.

²⁹ Si vedano le considerazioni in S. Cimini, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.*, in F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, 2015, 124; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, 2003, 472.

³⁰ S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, 36, ha comunque evidenziato che tradizionalmente l'area del diritto amministrativo diminuisce a favore del diritto privato nel senso che figure giuridiche, situazioni giuridiche, atti, hanno la forma del diritto privato, ma sono dominati dal soggetto pubblico e, quindi, dalla volontà pubblica.

³¹ M. D'Alberty, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1023 ss.

³² Così F. Benvenuti, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Dir. e proced. am.*, 2007, 10. Giova ricordare il richiamo, operato dalla Corte di giustizia, all'affidamento quale principio generale dell'ordinamento comunitario (si veda *ex multis*, la sentenza 3 maggio 1978, C-112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*), tenuto conto che ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990 l'attività amministrativa è soggetta ai principi dell'ordinamento comunitario (v. G. Della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, 133 ss.).

³³ Si consideri infatti la sentenza n. 7543 del 2002 della Corte di Cassazione, per la quale: la «buona fede in esecuzione del contratto è dovere di solidarietà, a prescindere dagli obblighi contrattualmente previsti, in ossequio al principio del *neminem laedere*. La buona fede è violata, non solo se la parte agisce in danno dell'altra (con il proposito, cioè, di recare pregiudizio), ma è sufficiente che il comportamento tenuto sia oggettivamente contrario a buona fede e correttezza». Sul principio di collaborazione procedimentale, v. S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008. Si deve ad A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, *Agg.*, Milano, 1998, 984 ss., e a A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, la distinzione tra condotte contrarie alla collaborazione, che danno luogo ad illegittimità del provvedimento finale, e condotte non collaborative, irrilevanti per il contenuto dispositivo del provvedimento.

³⁴ La sostanziale equivalenza tra correttezza e buona fede oggettiva è stata ripresa, tra gli altri, da S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. integrata 2004, 119 ss., 132 ss., e F. Mangano, *op. cit.*, spec. 113 ss. Storicamente si è distinto tra buona fede e correttezza, ritenendo la seconda come rela-

nell'affidamento e nell'esecuzione degli appalti pubblici (art. 30), come già prima similmente avveniva con il precedente codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) agli artt. 2 comma 1 e 6 comma 5. Su queste premesse, per la Cassazione «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»³⁵, mentre il Consiglio di Stato ha sottolineato che l'interpretazione delle clausole contrattuali «avviene secondo i principi ermeneutici generali che danno rilevanza alla buona fede»³⁶.

Si è allora ritenuto che «in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono “regole di condotta”, da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica. Le predette regole “di validità” e “di condotta”, come ribadito più volte dalla giurisprudenza amministrativa, operano su piani distinti: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento»³⁷. In altri casi si è ammessa la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione-stazione appaltante che, con la propria condotta, abbia ingenerato nell'interlocutore il legittimo affidamento relativo alla futura conclusione del contratto, anche per effetto della condotta successiva all'e-

tiva a doveri di carattere negativo, mentre la prima imporrebbe obblighi di carattere positivo (E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953, 68). Altri avevano invece proposto che la buona fede trovasse attuazione nei rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza nei rapporti che non hanno origine contrattuale (L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, 2 ss.). La questione sembra essere oramai risolta nel senso della loro analogia anche per la giurisprudenza (Cass., 10 maggio 2002, n. 6763), oltre che per la dottrina (L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, spec. 169; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 9 ss.; L. Rovelli, *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, 423 ss., M. Bessone, A. D'Angelo, *Buona fede*, in *Encicl. Giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1988, 1 ss.

³⁵ Cass. 11 gennaio 2006, n. 264.

³⁶ Cons. Stato 3 marzo 2004, n. 1058. È stato del resto ribadito che le clausole di gara ambigue o equivoche devono essere interpretate nel senso di favorire, anziché limitare, la partecipazione degli aspiranti alla gara: rileva, infatti, un puntuale interesse pubblico a una maggiore concorrenza e a un confronto più ampio possibile di offerte (Cons. Stato 25 marzo 2002, n. 1695), e quindi le offerte «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» (Cons. Stato 15 ottobre 1986, n. 546). V.B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *www.judicium.it*.

³⁷ Cons. Stato sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245 e Cons. Stato sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.

spletamento della procedura selettiva³⁸, come anche nell'ipotesi di ingiustificata rottura delle trattative³⁹. Sul punto va ricordato che la giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si può configurare anche nei momenti precedenti all'aggiudicazione definitiva, sia prima che dopo la pubblicazione del bando⁴⁰.

È stato inoltre riconosciuto il diritto di non sottoscrivere il contratto in caso di inerzia dell'Amministrazione, in applicazione dei principi di buona fede e correttezza⁴¹, così come si è ritenuto che l'amministrazione che decida di non portare a termine la procedura di *project financing* deve comunque rispettare le regole di correttezza e buona fede⁴². Più in generale, la violazione delle regole di correttezza e buona fede è stata spesso ricondotta dalla giurisprudenza nell'ambito della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante⁴³ (per via del generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c. durante lo svolgimento delle trattative prenegoziali), anche in base alla configurabilità del ragionevole affidamento incolpevole del privato ingenerato da un provvedimento di aggiudicazione successivamente annullato in esecuzione di una pronuncia giudiziale⁴⁴. Peraltro, il Consiglio di Stato ha anche ritenuto l'applicabilità dei principi di correttezza e buona fede a "parti invertite" nelle trattative con la pubblica amministrazione, riconoscendo la legittimazione di quest'ultima ad agire per il risarcimento del danno derivante dal comportamento scorretto del privato⁴⁵.

Nello svolgimento dell'attività autoritativa, parte della giurisprudenza ha tradizionalmente escluso l'applicabilità della buona fede, ritenendola, al pari della correttezza, prerogativa solo dei rapporti *jure privatorum*, in quanto speculare 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,

³⁸ T.A.R. Molise, sentenza 26 marzo 2019, n. 117.

³⁹ Cons. Stato Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532

⁴⁰ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha anche chiarito i presupposti concreti per la sua configurabilità, specificando il principio generale per cui il risarcimento è dovuto quando l'ente pubblico non ha adempiuto ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, nonostante l'incolpevole affidamento ingenerato nel privato.

⁴¹ T.A.R. Toscana, Firenze, 9 giugno 2020, n. 687.

⁴² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 27 luglio 2021, n. 8981, in cui si è inoltre evidenziato che qualora emerga che l'amministrazione abbia tenuto un comportamento contrario alle regole di correttezza e buona fede e violativo del diritto ad autodeterminarsi correttamente nell'esercizio dell'attività negoziale, l'interessato potrà far valere la sua responsabilità precontrattuale, senza però che il soggetto individuato come promotore possa pretendere la conclusione positiva del suddetto procedimento sulla base di un ingenerato affidamento.

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. II, 20/11/2020 n. 7237.

⁴⁴ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

⁴⁵ Cons. Stato 31 dicembre 2020, n. 8546. Nella pronuncia ad ogni modo è stato però escluso che la non veritiera compilazione della dichiarazione sostitutiva cumulativa, per mancanza dei requisiti morali richiesti per l'aggiudicazione del contratto pubblico (ossia il comportamento astrattamente scorretto dell'impresa aggiudicataria) fosse in concreto una colpevole omissione, che potesse giustificare la domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale.

«al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo»⁴⁶.

In altri casi la giurisprudenza ha invece configurato l'applicazione della buona fede, quale fonte della responsabilità da comportamento scorretto, «che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza»⁴⁷.

Peraltro, sono considerate normalmente quali declinazioni della buona fede il dovere di informazione incombente sulla pubblica amministrazione (la cui violazione può determinare una responsabilità aquiliana per lesione del legittimo affidamento del privato)⁴⁸, il dovere di soccorso istruttorio (previsto in generale dall'art. 6 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990⁴⁹, e dall'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016 per quanto riguarda gli appalti pubblici), la predeterminazione dei criteri dell'azione amministrativa⁵⁰ e l'ingiustificato allontanamento dalla prassi⁵¹.

3. *Collaborazione e buona fede come principi della funzione amministrativa*

Nonostante si sia evidenziato che la buona fede costituisca una clausola generale che informa l'intera azione amministrativa⁵², il cui fondamento costituzionale viene variamente ricondotto all'art. 2 (e quindi al principio di solidarietà)⁵³,

⁴⁶ Cons. Stato 18 novembre 2002, n. 6389. Cfr. B. Lubrano, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. proc. am.*, 2003, 1247 ss. Successivamente il Consiglio di Stato (sentenza 26 settembre 2003, n. 5495) ha escluso un riscontro di legittimità di una procedura concorsuale «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.)», ritenendolo inconciliabile con la «fisionomia pubblicistica» della procedura. V. M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. dir. am.*, 2004, 404 ss.

⁴⁷ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁴⁸ Cass., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424; cfr. L. Ferrara, *Profili problematici della responsabilità della pubblica Amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pub.*, 2004, 748 ss.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10228.

⁵⁰ A. Police, *op. cit.*, 67 e ss.

⁵¹ L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 61.

⁵² V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 1111; Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384; 26 gennaio 2011, n. 550; Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., ss.uu. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

⁵³ E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, vol. I, 371 ss.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 147; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 125 ss..

all'art. 28⁵⁴ o all'art. 97 e in particolare ai principi di buon andamento⁵⁵ e di imparzialità (nonché a quello di ragionevolezza)⁵⁶, come anche all'efficienza pubblica⁵⁷ (alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸), essa è stata normalmente intesa non come parametro della legittimità degli atti amministrativi, ma solamente come regola di condotta⁵⁹, da valutare essenzialmente in sede risarcitoria. Si riteneva infatti che fosse una “regola di diritto privato” (perché non aveva ad oggetto il provvedimento), che riguardava il comportamento⁶⁰, sebbene collegato indirettamente all'esercizio del potere, e pertanto la sua violazione non dava vita ad invalidità provvedimento, ma unicamente a responsabilità⁶¹. Ancora di recente l'adunanza plenaria⁶² ha del resto ritenuto di distinguere nettamente i piani della legittimità del provvedimento e della correttezza del comportamento, financo assumendo la responsabilità da comportamento scorretto nonostante la legittimità del provvedimento relativamente a profili inerenti alla buona fede. Quest'ultimo orientamento, peraltro, non è nuovo, ma risultava già evidenziato nel 2018, allorché sempre l'adunanza plenaria aveva affermato la dissociazione tra le regole di validità dell'atto, incentrate sulla normativa di carattere pubblicistico e la lesione di interessi legittimi, e le regole di responsabilità dell'Amministrazione, basate sulla violazione dei diritti soggettivi derivanti dalla violazione del

⁵⁴ G.M. Racca, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1533 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VII, 7 novembre 2022, n. 9757 ha inteso collegare i principi di collaborazione e buona fede alla responsabilizzazione dell'operato delle pubbliche amministrazioni, anche nell'ottica della promozione di un rinnovato rapporto di fiducia nell'esercizio dei poteri pubblici.

⁵⁶ A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 223

⁵⁷ C.G.A., sentenza 16 maggio 2022, n. 585.

⁵⁸ Corte cost., sentenze 26 marzo 1990 n. 139 e 27 luglio 1992 n. 379. Cfr. D. Carcano, *Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 379/1992*, in *Cass. pen.*, 1992, 2951 ss.; L. Carlassare, *La giustizia e il "suo" ministro*, in *Giur. cost.*, 1992, 3319 ss.

⁵⁹ Proprio nell'ottica della buona fede come regola di condotta può essere inquadrata quella giurisprudenza che, p. es., ritiene che l'aver ricercato il documento richiesto presso i propri archivi, pur non avendolo ritrovato, integra il rispetto dei principi di collaborazione e buona fede, non potendosi richiedere all'amministrazione una ricerca ulteriore per tentare di rinvenire *alimunde* quanto domandato dal privato con l'istanza di accesso (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 6 ottobre 2022, n. 6184).

⁶⁰ Ricollega la buona fede al comportamento L. Giani, *op. cit.*, 122.

⁶¹ In questo senso si è espressa l'Adunanza plenaria nella sentenza già ricordata 4 maggio 2018, n. 5: «*diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)*».

⁶² Cfr. Cons. Stato, ad. plen., sentenza 29 novembre 2021, n. 21: «*le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltretutto distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi*».

canone che impone un comportamento improntato alla correttezza e buona fede da parte dell'Amministrazione⁶³.

Come principi della buona amministrazione, buona fede e collaborazione invece si declinano in una doverosità che deve informare l'attività dell'amministrazione. In sostanza l'espressa previsione legislativa della buona fede e della collaborazione⁶⁴ ne consente l'utilizzo, in caso di violazione, quale vizio del provvedimento in quanto violazione di norma di legge⁶⁵. In questi termini parrebbe essere orientata, per quanto ancora timidamente, anche la giurisprudenza⁶⁶. In realtà in non poche occasioni i giudici sembrano ammettere ancorché in via teorica l'illegittimità di un provvedimento per violazione del canone di buona fede imposto all'amministrazione nell'esercizio dei propri poteri, salvo poi decidere prescindendo da questo elemento⁶⁷.

Nella pratica ad ogni modo la buona fede tenderà a riguardare ipotesi per lo più già riconducibili a varie figure dell'eccesso di potere, come il legittimo affidamento⁶⁸ o lo sviamento, così rischiando di essere apprezzata solamente come riconoscimento legislativo di parametri di legittimità già noti all'ordinamento, ancorché non espressamente codificati. A tal proposito, si è detto che »nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamen-

⁶³ V. Cons. Stato, ad. plen, 4 maggio 2048, n. 5.

⁶⁴ La collaborazione è già conosciuta nel diritto pubblico come leale collaborazione istituzionale, in cui i soggetti parte del rapporto sono posti su un piano di parità e si è sviluppata soprattutto nei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Ad avviso della Corte costituzionale il principio in parola rende preferibile l'integrazione non conflittuale delle esigenze unitarie con quelle autonomistiche senza contrapposizioni dualistiche (Corte cost. 6 febbraio 2006, n. 63). Come è noto, la formulazione originaria del principio di leale cooperazione, nella forma della *Bundestreue* o della c.d. lealtà federale, si suole far risalire al pensiero di Rudolf Smend (*Unterschiedenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, originariamente apparso in Festgabe Otto Mayer, Tübingen, Mohr, e ora pubblicato in R. Smend, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino, 1968, 39 ss., traduzione di A. Anzon, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano 1995). In generale, sull'argomento, V. C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino 2007; R. Bin, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.; R. Bifulco, *La Cooperazione nello Stato unitario composto: le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione Europea*, Padova 1995, 80 ss.

⁶⁵ La pratica del resto conosce già casi in cui alla violazione delle regole di "comportamento" consegue la illegittimità del provvedimento, come nel caso dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, quando l'omissione impedisce un apporto collaborativo capace di incidere sugli esiti procedurali, o dell'omessa valutazione delle memorie o dei documenti presentati dai privati rilevanti ai fini della decisione. Entrambi gli esempi sono riportati da E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 181.

⁶⁶ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 27 ottobre 2020, n. 8329; Id., 10 novembre 2020, n. 8230; T.A.R. Lombardia, Milano, 7 ottobre 2021, n. 2204.

⁶⁷ V., tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2021, n. 5758; T.A.R. Lombardia, Milano, 1 marzo 2022, n. 654; T.A.R. Sicilia, Catania, 13 luglio 2022, n. 1875.

⁶⁸ V., p. es., Cons. Stato, sez. II, 12 gennaio 2021, n. 1448; T.A.R. Campania, Napoli, 7 novembre 2022, n. 6885. Distingue la buona fede dall'affidamento L. Giani, *op. cit.*, 123, che ritiene quest'ultimo relativo all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Diversamente, E. Zampetti, *op. cit.*, p. 175, ritiene che la tutela del legittimo affidamento rappresenti uno dei principali ambiti di applicazione del principio di buona fede.

to del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi»⁶⁹. Anche l'istituto del soccorso istruttorio procedimentale e la corretta comunicazione del preavviso di rigetto sono stati intesi come applicazioni dei principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione⁷⁰.

Al tempo stesso però il richiamo a buona fede e collaborazione potrebbe favorire riletture in chiave di illegittimità di talune situazioni oggi normalmente considerate legittime. Si pensi, a titolo di esempio, al caso del cittadino che paghi tardivamente la contravvenzione in misura ridotta ex art. 202 C.d.S. senza che l'amministrazione lo informi tempestivamente del ritardo dimodoché il verbale costituisca titolo esecutivo per una somma pari alla differenza fra la metà del massimo edittale e l'acconto e conseguente emanazione di cartella di pagamento (in questo caso l'amministrazione dovrebbe, in buona fede, avvertire tempestivamente il cittadino dell'avvenuto pagamento dopo i cinque giorni per consentirgli di pagare entro il termine ordinario di 60 giorni, senza le maggiorazioni di legge). Si pensi ancora a tutti quei casi, frequenti nella prassi, in cui l'amministrazione faccia decorrere i termini di conclusione del procedimento per poi emanare tardivamente un provvedimento sfavorevole al cittadino (ovviamente nei casi in cui non trovi applicazione il silenzio-assenso): l'esempio tipico riguarda l'ordinanza di demolizione di un immobile ritenuto abusivo, adottata dopo un notevole lasso di tempo dalla comunicazione di avvio del procedimento, senza alcuna giustificazione⁷¹. Ancor più in generale, proprio nel caso di immobili abusivi, potrebbe pensarsi a tutti quei casi in cui l'amministrazione si attivi per l'accertamento dell'abuso dopo che la costruzione risulta da lungo tempo edificata, soprattutto

⁶⁹ Si veda la ricordata sentenza n. 21/2021 dell'adunanza plenaria. Il collegamento tra affidamento (incolpevole) e principio di buona fede è indicato anche in Cons. Stato, ad. plen., 14 luglio 2021, nn. 19 e 20.

⁷⁰ V. Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2022, n. 5825; Id., 19 maggio 2022, n. 5801.

⁷¹ Occorre comunque evidenziare che la violazione del principio del giusto procedimento ed in particolare della declinazione della ragionevole durata di esso è idonea ad ingenerare il legittimo affidamento del proprietario nella regolarità edilizia delle opere in lite (sul legittimo affidamento, va rimarcato che esso, oltre ad essere pacificamente ammesso dai giudici amministrativi – v. *ex multis* Cons. Stato, sez. II, 18 ottobre 2019, n. 7246 –, ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, a dar data dalla sentenza 03.05.1978, causa 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*; v. in particolare la sentenza 17 dicembre 1998, causa C-186/96, *Stefan Demand contro Hauptzollamt Trier*). Va qui ricordato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rimarcato l'importanza della durata ragionevole del procedimento, che decorre dal momento dell'effettiva contestazione (C. eur. dir. uomo, 7 luglio 2014, *Grande Stevens contro Italia*; 22 febbraio 2016, *Olivieri e altri contro Italia*).

in presenza di espresse comunicazioni all'Amministrazione (per esempio, il regolare rilascio del certificato d'agibilità)⁷².

Improntato al rispetto della buona fede potrebbe poi essere inquadrato il caso in cui l'amministrazione decida in autotutela di annullare un provvedimento amministrativo sfavorevole al privato e che non produca effetti diretti nei confronti di terzi, pur dopo il decorso del termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies* legge n. 241 del 1990.

In ogni caso, comunque, buona fede e collaborazione rappresentano adesso modalità di svolgimento della funzione, anzi può ritenersi che il perseguimento dell'interesse pubblico presupponga il dispiegarsi dell'attività⁷³ in buona fede, senza però che quest'ultima si esaurisca nel primo⁷⁴. La buona fede (ma anche il principio di collaborazione) infatti non va intesa come un duplicato dell'interesse (pubblico) perseguito dall'amministrazione ma come un principio generale che deve ispirare ogni attività, sia che si svolga nelle forme del diritto pubblico o di quelle del diritto privato⁷⁵. In questo senso può allora non concordarsi del tutto con l'orientamento che, sul presupposto che la soggezione dell'amministrazione alle regole di diritto comune non può determinare la completa svalutazione delle differenze tra le posizioni dei contraenti⁷⁶, riteneva che la sua attività in quanto di pubblico interesse, ammetteva consistenti deroghe alla disciplina di diritto privato⁷⁷. In realtà, quantomeno con riguardo alla buona fede, andrebbe valorizzata

⁷² In questi casi la giurisprudenza ha comunque avuto modo di sottolineare che «nel caso in cui, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e per il protrarsi della inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato, si ravvisa un onere di congrua motivazione dell'ordine di demolizione dell'opera abusiva che, avuto riguardo anche alla entità e alla tipologia dell'abuso, indichi il pubblico interesse, evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato» (V. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 12 aprile 2011 n. 2266; Cons. Stato sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2705; Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2006; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I *Quater*, sentenza 26 gennaio 2005). Del resto nel caso in cui la situazione del privato si sia consolidata per effetto dell'inerzia protrattasi nel tempo dell'amministrazione, quest'ultima è tenuta a motivare compiutamente il provvedimento sanzionatorio, onde dimostrare l'attualità dell'interesse a ripristinare la situazione di fatto antecedente l'esecuzione delle opere, in quanto non sarà sufficiente un corredo motivazionale che renda ragione della mera illegittimità dell'opera, ma dovrà anche essere dimostrato che persiste l'interesse pubblico a ricondurre la situazione di fatto alle previsioni urbanistiche (T.A.R. Piemonte, Sez. I, sentenza 20 aprile 2005, n. 1094).

⁷³ F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1119 ss.

⁷⁴ L'esaurimento della buona fede nell'interesse pubblico è illustrato da F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 39 ss.

⁷⁵ Si vedano le riflessioni di G. Clemente Di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006.

⁷⁶ G. Perlingieri, *Compenso 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. am.*, 2011, 119 ss.

⁷⁷ M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss.; C. Franchini, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 89 ss.; L.V. Moscarini, *I contratti della Pubblica Amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della l. 7.8.1990, n.*

la prospettata⁷⁸ unificazione delle regole del diritto privato e del diritto pubblico, così favorendo un «diritto comune che è diritto e basta»⁷⁹.

4. *Collaborazione e buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*

La norma costituisce una generalizzazione (seppur con almeno un distinguo, di cui si dirà appresso) della regola già introdotta nell'art. 10, comma 1, l. n. 212/2000 («i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede») a volte richiamata anche dalla giurisprudenza amministrativa prima dell'introduzione della disposizione oggi contenuta nella legge n. 241/1990⁸⁰. La previsione inserita nello Statuto dei diritti del contribuente vi aveva infatti dato pieno e formale riconoscimento in ambito tributario nei rapporti tra amministrazione finanziaria e contribuente, tanto che la giurisprudenza li ha considerati «criteri guida» dell'interpretazione delle norme tributarie, anche anteriori⁸¹. Anche in diritto tributario, comunque, non erano mancate voci dottrinarie favorevoli al riconoscimento dell'operatività della buona fede, pur prima dello Statuto, per via del carattere generale del principio⁸².

La previsione dell'art. 10 intende tutelare, come è ovvio, l'affidamento del contribuente circa la coerenza dei comportamenti dell'amministrazione finan-

241, in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, 67.

⁷⁸ F. Rinaldi, *Contributo allo studio della buona fede eterointegrativa e rimediabile: da fenomeno pregiudiziale a regola, pubblica e privata, di validità degli atti?*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2019.

⁷⁹ Il riferimento è alle tesi di S. Pugliatti in materia di proprietà. Cfr. M. Trimarchi, *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e Diritto Amministrativo*, Napoli, 2017, 23 ss. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 1 ss., riprendendo il pensiero di Ranelletti e Kelsen, pone in evidenza l'ambiguità di una ripartizione per interessi: notando che «pubblico è ciò che attiene allo Stato, diceva Ranelletti. Pubblico è ciò che ha di mira gli interessi della collettività e non dei singoli (...)», sottolineando che nel pubblico la «gestione degli interessi» è eteronoma, cioè, «imposta dall'esterno (la "nozione eteronoma di norma secondaria", evidenziata da Kelsen)». Del resto, «sulla base di questi principi (anche se ragionevolmente e correttamente intesi, al di là delle contraddizioni e delle reticenze delle leggi che si sono sovrapposti negli ultimi anni), lo spazio del diritto privato nell'amministrazione pubblica resta uno spazio stretto, sia per i suoi limiti esterni (ciò che può essere privatizzato), sia per i suoi limiti interni (ciò che, una volta "privatizzato", può svolgersi immune da condizionamenti pubblicistici, dal subire l'ingresso di istituti pubblicistici)».

⁸⁰ Si veda la ricordata sentenza dell'adunanza plenaria n. 5/2018, oltre a T.A.R. Lazio, Roma, 31 ottobre 2018, n. 11561; Id., 20 marzo 2013, n. 3771; T.A.R. Campania, Napoli, 26 settembre 2018, n. 6345.

⁸¹ Cass. civ., sentenza 2 maggio 2005, n. 9407: le norme dello Statuto hanno determinato «un nuovo assetto dei rapporti tra amministrazione e contribuente, ispirato essenzialmente a principi di collaborazione, di cooperazione e di buona fede, che permeano tutto il tessuto normativo dello Statuto e che, seppur non sono in grado, in linea di principio di produrre veri e propri obblighi a carico dell'amministrazione anteriormente all'entrata in vigore della legge, costituiscono, tuttavia, criteri guida per orientare l'interprete nell'esegesi delle norme tributarie, anche anteriormente vigenti».

⁸² G. Marongiu, *Contributo alla realizzazione della "Carta dei diritti del contribuente"*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, 584 ss.; C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, 232.

ziaria. Al tempo stesso, però, essa riguarda anche la condotta del privato, il quale dovrebbe evitare comportamenti dilatori e capziosi o addirittura elusivi della pretesa tributaria. Questo è anche l'orientamento della giurisprudenza che ha più volte ribadito come il principio in parola riguardi sia l'amministrazione sia il contribuente in quanto entrambi devono ispirare la loro condotta ai canoni della lealtà e della collaborazione⁸³.

La norma contenuta nello Statuto ha sostanzialmente ripreso la giurisprudenza costituzionale⁸⁴ sul carattere di elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto della sicurezza del cittadino nella certezza giuridica, come anche le considerazioni della Corte di Cassazione⁸⁵ e della Corte di giustizia⁸⁶ sulla tutela dell'affidamento e del principio di ragionevolezza. Si tratta di una linea evolutiva che ha portato la Corte di Cassazione a ritenere che correttezza e buona fede debbano essere osservate non solo dall'amministrazione, ma anche dal legislatore nell'emanazione di norme tributarie⁸⁷.

La Corte di Cassazione ha del resto fatto varie volte applicazione dell'art. 10 citato, richiamandolo in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, avendo avuto cura di precisare che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento determina di per sé l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus* «poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva»⁸⁸. Inoltre, in materia di imposta comunale sugli immobili ha ritenuto che «l'inosservanza di un adempimento che costituisce un presupposto solo formale per il godimento di un'agevolazione non impedisce di riconoscere il diritto al beneficio del contribuente che abbia i requisiti per usufruire dello stesso, tanto più ove essi risultino da documentazione in possesso dell'Amministrazione»⁸⁹.

⁸³ Cass. Civ., sez. V, ord. 18 giugno 2020, n. 11835; Cass. Civ., sez. VI, ord. 8 marzo 2019, n. 6792.

⁸⁴ Corte cost., sentenze 22 novembre 1985, n. 1349 e 14 luglio 1988, n. 822. Cfr. C. Garofalo, *La neutralizzazione dei periodi contributivi per disoccupazione al vaglio della Corte costituzionale: una sentenza dall'esito già scontato*, in *Riv. giur. lav. previd. soc.*, 2018, parte II, 96 ss.; R. Gindre, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in peius*, in *Giur. cost.*, 1988, parte I, 3878 ss.

⁸⁵ Cass. civ., sentenza 23 maggio 2003, n. 8146

⁸⁶ Corte di giustizia, sentenza 24 settembre 2002, c-255/2000, *G.I. s.p.a. contro Ministero delle Finanze*.

⁸⁷ Si vedano le sentenze della Cassazione 10 dicembre 2002 n. 17576 e 14 aprile 2004 n. 7080.

⁸⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. V, ord. 25 giugno 2019, n. 16971; Cass. Civ., sez. VI, ord. 9 dicembre 2019, n. 32081; Cass. Civ., sez. VI 4 dicembre 2018, n. 31366; Cass. Civ., sez. VI, ord. 13 settembre 2018, n. 22299.

⁸⁹ Cass. Civ., sez. V, sent. 18 luglio 2019, n. 19316.

5. *Collaborazione e buona fede come obblighi del privato nei confronti della pubblica amministrazione*

La novella del 2020 parrebbe particolarmente innovativa soprattutto perché adesso, come anticipato, i principi della buona fede e della collaborazione sono imposti non solo all'amministrazione, ma anche al privato⁹⁰, il quale deve improntare i suoi comportamenti al rispetto di questi canoni⁹¹. Potrebbe allora leggersi la norma nella continuità con il principio costituzionale di democraticità (art. 1 comma 2 Cost.) da intendersi soprattutto in una prospettiva relazionale, piuttosto che unicamente garantista⁹², in quanto più che garantire i cittadini da un «potere» deve portare anzitutto alla costruzione di una «relazione» amichevole, ad un leale «confronto» tra cittadini e amministrazione⁹³.

La previsione del nuovo comma 2-*bis*, quindi, comporta adesso una ulteriore declinazione del principio di buona fede, che va inteso più che come canone della correttezza⁹⁴, come strumento della collaborazione tra il privato e la pubblica amministrazione. Non è infatti casuale che la norma accosti i due termini (collaborazione e buona fede) nella stessa previsione seppur tenendoli distinti. Sotto questo profilo apparirebbe più adeguata quella contenuta nello Statuto del contribuente,

⁹⁰ Cons. Stato, sez. II, 23 febbraio 2021, n. 2869. G. Taccogna, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro am., Cons. Stato*, 2008, 1313 ss., aveva già anticipato il carattere bilaterale del principio di leale collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione. La collaborazione del privato con l'amministrazione era già indicata in G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, 4; e in F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. am.*, 1993, 21 ss.

⁹¹ Con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, la giurisprudenza era già pervenuta alla soluzione per cui non sussistevano ragioni per escludere che, nello svolgimento della procedura di gara, anche le parti private, concorrenti nella gara, erano impegnate all'osservanza, secondo la migliore diligenza, dei doveri di correttezza e lealtà propri di questa fase, tra i quali quello, pienamente esigibile e riconducibile al dovere di informazione, di far valere tempestivamente le ragioni di illegittimità o di irregolarità della gara che potessero condizionarne lo svolgimento al punto da decretarne la ripetizione integrale (T.A.R. Lazio, Roma, 30.11.2017 n. 11875), sul presupposto che la procedura di gara, essendo rivolta a selezionare un contraente dell'amministrazione, doveva inquadrarsi in un ambito che, ancorché soggetto ad una rigida procedimentalizzazione, restava oggettivamente precontrattuale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 04 aprile 2017, n. 1803; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 27 marzo 2017, n. 310; Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797).

⁹² G. Romeo, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. am.*, 1989, 411.

⁹³ S. Licciardello, *Il rapporto fra amministrazione e cittadino nel pensiero giuridico di Ignazio Maria Marino*, in *Jour. App. Cer. Com. Manag.*, 2016, 72.

⁹⁴ Proprio richiamandosi alla reciprocità del dovere di correttezza, il Consiglio di Stato ha rilevato che qualora non ricorrano fatti nuovi, sopravvenuti o meno, il cittadino non può reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o illustrare ulteriormente le sue ragioni; in questi casi l'amministrazione può limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non essendo configurabile, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato e amministrazione, che quest'ultima sia tenuta indefinitamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità (così Cons. Stato, ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6).

che non a caso accomuna la collaborazione e la buona fede in un unico principio⁹⁵. Al contrario, il comma 2-*bis*, in base alla sua dizione letterale, sembra introdurre due differenti principi, quando invece pare più opportuno ricondurli, sotto il profilo sopra segnalato, ad unità. Intendere la buona fede come mezzo di collaborazione consente altresì di rivalutare il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) ed in particolare le sue accezioni in chiave sociale (artt. 36, 37, 39, 41 e 42 Cost.)⁹⁶. Come è stato notato⁹⁷, infatti, la buona fede si sostanzia nei doveri di lealtà e di salvaguardia, intendendosi il primo come dovere di tutelare il reciproco affidamento, non inducendo o speculando su fraintendimenti della controparte, e il secondo quale tutela degli interessi che la controparte ha inteso perseguire attraverso la conclusione contrattuale, mirando alla conservazione dell'utilità del contratto non solo per sé ma anche per la controparte in un'ottica di reciproca solidarietà.

È innegabile che il comma 2-*bis* costituisca una ulteriore dimostrazione della attuale recessione dell'impostazione autoritativa dei rapporti tra amministrazione e cittadino⁹⁸, dal momento che esso, come peraltro già notato sopra, trova applicazione non soltanto nei rapporti paritetici, ma anche in quelli connotati dall'esercizio del potere pubblico. È in altri termini un elemento della declinazione del "diritto amministrativo paritario"⁹⁹ evolutosi a partire soprattutto dalla legge n. 241 del 1990, come una delle principali linee di trasformazione del diritto-

⁹⁵ Sulla norma dello Statuto dei diritti del contribuente V. M. Logozzo, *I principi di buona fede e del legittimo affidamento: tutela «piena» o «parziale»?», in *Dir. prat. trib.*, 2018, 2325 ss., per il quale collaborazione e buona fede costituiscono «un principio unico, una sorta di endiadi rafforzativa, in quanto il termine buona fede ricomprende quello di collaborazione».*

⁹⁶ A tali espressioni di solidarietà sociale adesso occorre aggiungere quella intergenerazionale della tutela dell'ambiente, di cui all'ultimo comma dell'art. 9 Cost. Peraltro già F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. am.*, 2002, 215 ss., aveva anticipato questo aspetto parlando di "antropocentrismo dei doveri".

⁹⁷ A. Crosetti, *Principio di buona fede e contrattazione pubblica*, in corso di pubblicazione su *Dir. e proc. am.*, 2022.

⁹⁸ S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, cit., 401.

⁹⁹ Il riferimento di cui nel testo è ovviamente al noto saggio *Per un diritto amministrativo paritario*, originariamente pubblicato negli *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 807 ss., e poi successivamente inserito in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3223 ss., e da ultimo in *Riv. giur. mezz.*, 2018, p. 1301 e ss., in cui l'A. individua nel dualismo tra diritti ed interessi il percorso per la "parità".

to amministrativo¹⁰⁰, in attuazione della Costituzione repubblicana del 1948¹⁰¹, caratterizzata dalla centralità della persona umana¹⁰² e in cui la solidarietà richiede che ogni interesse fatto valere da ciascun componente sociale trovi il suo limite nella giusta considerazione degli interessi delle altre componenti sociali¹⁰³. Del resto, la buona fede e l'affidamento costituiscono oramai valori fondanti dell'ordine giuridico moderno¹⁰⁴, declinandosi quale regola aurea nei rapporti negoziali¹⁰⁵ e, più in generale, nei rapporti umani¹⁰⁶. Non a caso, la buona fede è intesa quale

¹⁰⁰ V. S. Licciardello, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 3 ss. Va rilevato che la dottrina, partendo dal preminente tratto autoritativo dell'amministrazione nell'età liberale borghese ha sottolineato il progressivo mutamento dei rapporti nello Stato pluriclasse (nell'ambito della dicotomia Stato di benessere – Stato sociale). L'origine dell'autoritarismo dell'amministrazione viene spesso indicata nella lotta che si verificò in Francia alla fine dell'*Ancien Régime* fra la monarchia (e la sua amministrazione) e il Parlamento (che intendeva sindacare l'amministrazione). Il principio dell'insindacabilità dell'amministrazione venne riconfermato nel corso della Rivoluzione Francese, basti pensare all'art. 7 della legge del 22 dicembre 1789, in base alla quale «le amministrazioni di dipartimenti e di distretti non potranno venire turbate, nell'esercizio delle loro funzioni amministrative, da alcun atto del potere giudiziario», nonché la legge 16-24 agosto 1790, secondo cui «La Costituzione sarebbe violata se il potere giudiziario potesse intromettersi nelle cose dell'amministrazione e turbare in qualsiasi maniera i corpi amministrativi nell'esercizio delle loro funzioni», per cui «i reclami di incompetenza dei corpi amministrativi non saranno portati avanti ai tribunali ma avanti al re capo dell'amministrazione generale. Nessun amministratore potrà venire tradotto avanti i tribunali salvo che esso non sia stato rinviato dall'autorità superiore in conformità alla legge». Come ricorda S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, cit., 31, verso la fine del XIX secolo la necessaria superiorità dell'interesse pubblico e la forza vincolante della decisione amministrativa comportarono il passaggio alla nozione di supremazia della pubblica amministrazione. Come ha evidenziato V. Ottaviano, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988, 481 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, «il prevalere della concezione secondo cui l'amministrazione impersonava l'interesse pubblico unitariamente inteso, e che perciò in confronto di essa i cittadini non potevano vantare pretese giuridiche vere e proprie, si spiega agevolmente tenendo presente che la classe che era uscita vittoriosa dalla rivoluzione francese era stata la borghesia, e che la configurazione dell'amministrazione di cui si è detto, era quella che meglio corrispondeva ai suoi interessi». Sul passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse in termini di evoluzione dei rapporti di interesse V. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 308 ss. Lo Stato di benessere riguarda l'impegno dello Stato nell'economia al fine di garantire il pieno impiego e la coesione sociale; lo Stato sociale è il modello costituzionale che riconosce ai cittadini un insieme di diritti di prestazione con lo scopo di assicurare ai medesimi una vita sicura e degna. In argomento cfr. V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 369 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 53 ss.; I.M. Marino, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuov. auton.*, 2007, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 2015, 1338 ss.

¹⁰¹ V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, cit.

¹⁰² S. Licciardello, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008, 9.

¹⁰³ I.M. Marino, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 80.

¹⁰⁴ V. A. Crosetti, *op. cit.*

¹⁰⁵ G. Bianca, *La nozione di buona come regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 205 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

¹⁰⁶ Cfr. A. Crosetti, *op. cit.*; R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; M. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989; C. Amato, *La buona fede nella formazione del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 1085 ss.; E. Moscati, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano*, in Aa.Vv., *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967.

“dovere” imposto durante le trattative (art. 1337 c.c.), nell’interpretazione (art. 1366 c.c.), e nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Il comma 2-*bis* si inserisce nel percorso di sviluppo della concezione del rapporto tra cittadini ed amministrazione improntato all’«amministrazione condivisa»¹⁰⁷, che si rinviene ad esempio nella disciplina dei beni comuni¹⁰⁸. Si tratta di interventi caratterizzati da procedure partecipative e collaborative con le quali favorire una gestione comune dei beni (tra amministrazione e cittadini) funzionale al benessere collettivo ed individuale. Da un lato, infatti, l’amministrazione interviene, più che come proprietaria del bene, in quanto ente che garantisce la fruibilità comune del bene e delle connesse utilità garantendo il coordinamento e la tutela; dall’altro lato, la cittadinanza (c.d. “attiva”) si caratterizza per l’assunzione di responsabilità da parte di individui, singoli o associati, che si attivano nell’interesse generale, spesso senza che derivi per essi un vantaggio personale.

Per certi versi, sono esperienze che esaltano ulteriormente il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale e che favoriscono percorsi di eguaglianza sostanziale (art. 3 comma 2 Cost.) mediante la individuazione di condizioni per il pieno sviluppo della persona umana¹⁰⁹. È, in altre parole, un mezzo di democra-

¹⁰⁷ Anticipavano la concezione dell’amministrazione condivisa F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; L. Franzese, *L’autoamministrazione come superamento di privato e pubblico*, in appendice a Id., *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Padova, 2001, 223 ss. Più di recente vedi G. Arena, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss.; G. Guetta, *Amministrazione condivisa*, in *Nuov. rass. leg. dott. giur.*, 2010, 2105 ss.; S. Giovannini, *Sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa*, in *Riv. am. Rep. it.*, 2011, 5 ss.

¹⁰⁸ La tematica dei beni comuni nasce dall’esigenza di sottrarre la circolazione giuridica di determinate categorie di beni dalla logica economica, essendo essenziali per un’esistenza libera e dignitosa e pertanto connaturati al valore della persona umana di cui agli artt. 2, 3, 36 comma 1 e 41 comma 2 Cost. Essa è divenuta attuale sulla scorta delle teorie economiche nordamericane di Elinor Ostrom (*Governing the commons: The Evolution of Institutions for collective action*, New York, 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006), per quanto anticipata, in Italia, da M.S. Giannini (*Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1993, 92 ss.), il quale vi faceva rientrare l’etere, l’aria ed il mare, ed evidenziava la rilevanza, tra l’altro, delle concessioni di pesca marittima costiera, distinguendole dalle concessioni di valli di pesca lagunare, su cui poi si concentrerà l’attenzione della Cassazione (sentenza ss.uu. 16 febbraio 2011, n. 3813). Elemento caratteristico dei beni comuni è del resto la loro “funzione sociale” (Per A. Mignozzi, *La proprietà culturale. Strumenti privatistici di gestione e valorizzazione dei beni culturali*, Napoli, 2007, 52 ss.; e per L. Nivarra, *I beni culturali sullo sfondo del ripensamento dello statuto dei beni pubblici*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *op. cit.*, 66 ss., la garanzia di conservazione e accessibilità costituisce la funzione sociale della proprietà culturale. Secondo R. Di Raimo, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, *ivi*, 82, la destinazione, nell’individuare una funzione oggettiva del bene, «interrompe il rapporto dominicale tra esso e il soggetto di esso titolare») intesa come funzionalizzazione del valore della persona. La categoria dei beni comuni, allora, risulta maggiormente idonea (rispetto alla tradizionale classificazione dei beni demaniali e patrimoniali) a garantire la conservazione e il godimento collettivo delle utilità di natura esistenziale, come pure il controllo dell’ordinamento sulla meritevolezza degli interessi. Da ciò conseguono le molteplici caratteristiche di detti beni, tutti orientati generalmente ad essere sottratti alle ordinarie logiche del mercato, caratteristiche del resto confacenti alla generalità dei beni culturali.

¹⁰⁹ Cfr. G. Arena, *Il Welfare di comunità*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L’Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 103.

zia diretta, non nel senso (assolutamente utopistico) della partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni¹¹⁰, ma quale insieme di strumenti accordati ai cittadini per influire sulle decisioni pubbliche nell'ambito dell'esercizio delle funzioni amministrative¹¹¹.

È però all'interno del procedimento che l'obbligo di buona fede e di collaborazione rileverà meglio, tramite gli strumenti di partecipazione e di esercizio del diritto di accesso, impedendo un uso abusivo del procedimento stesso¹¹². Come ha recentemente ribadito l'adunanza plenaria, del resto, «il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo»¹¹³; da ciò, per via del necessario apporto dei soggetti a vario titolo interessati, collaborazione e buo-

¹¹⁰ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 37, ha evidenziato il carattere "insensato" della partecipazione di tutti a tutte le decisioni, rilevando che «l'individuo rousseauiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri di cittadino sarebbe non l'uomo totale ma il cittadino totale. E il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale».

¹¹¹ V. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 23

¹¹² Gli strumenti di partecipazione procedimentale già consentono al cittadino di realizzare un controllo sociale dell'amministrazione (v. S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2011, 298). Va del resto rilevato che il cittadino tende sempre più a non essere un mero soggetto passivo dell'agire pubblico, ma è coinvolto nello svolgersi dell'attività (V. Ottaviano, *Oggettivizzazione e partecipazione nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 187, considera l'amministrato il «protagonista» dell'attività amministrativa). In quest'ottica il cittadino non è più inteso solo nell'ottica della sua configurazione come destinatario del provvedimento, vista la sua capacità di fornire apporti all'efficacia e all'efficienza amministrativa (con conseguenti ricadute pratiche di diniego o scarse possibilità di partecipazione tutte le volte in cui la capacità dell'apporto del privato è stata considerata poco rilevante); Cfr. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. VIII, *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, Firenze, 2016, 298. Del resto, la partecipazione costituisce una forma rilevante di strumento democratico (si veda U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, IV, *Ann.*, Milano, 2011, 295 ss.; I.M. Marino, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, cit., 1338 ss.) di legittimazione dell'esercizio del potere e dello svolgimento della funzione amministrativa (sia consentito rinviare al nostro *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, 15 ss.), ed essere cittadino presuppone la garanzia di «possibilità adeguate di vita e di manifestazione» (in questi termini C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. am.*, 2002, 485), potendo rappresentare il proprio punto di vista nel procedimento (cfr. F. Saitta, *Il procedimento amministrativo «paritario» nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 459 ss.). Gli amministrati sono infatti chiamati a partecipare all'attuazione della democrazia (Cfr. U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e valori costituzionali*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, 1994, 378. G. Berti, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 258 ha evidenziato il coinvolgimento dei cittadini nella "nuova" organizzazione, a seguito dell'adozione della legge sul procedimento), pur perdurando il pericolo pratico di disuguaglianze tra i cittadini e, soprattutto, nei confronti dell'amministrazione, con il rischio di una cittadinanza asimmetrica (si veda F. Salvia, *Una cittadinanza asimmetrica (tra supplie privilegiate e garanzie)*, in *Dir. soc.*, 2010, 509 ss.). La legittimazione elettorale, del resto, è solo uno dei possibili strumenti di democrazia (v. G. Ferrara, *I presupposti della democrazia*, in *www.costituzionalismo.it*, 2009, n. 3.

¹¹³ Si veda la richiamata sentenza n. 21/2021 dell'adunanza plenaria. In senso analogo anche la ricordata sentenza n. 20/2021.

na fede assumono portata bilaterale¹¹⁴, perché sorgono nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata.

Il cittadino pertanto nel partecipare al procedimento non potrà essere falso, sleale o reticente¹¹⁵; il rapporto di cittadinanza impone infatti responsabilità reciproche sia dell'amministrazione sia del privato¹¹⁶, con la conseguenza che il soddisfacimento delle proprie pretese non deve impedire la realizzazione delle esigenze degli altri soggetti coinvolti.

Il caso più immediato è quello delle osservazioni che ai sensi dell'art. 10-*bis* legge n. 241 del 1990 l'istante può presentare dopo aver ricevuto il preavviso di rigetto. In questi casi si è sostenuto che l'amministrazione non potrebbe rigettare l'istanza avanzata sulla base di motivi diversi da quelli adottati nella comunicazione¹¹⁷, o comunque estranei a quelli già fissati¹¹⁸.

Sulla base del comma 2-*bis* potrebbe allora ritenersi che, a sua volta, anche il cittadino è tenuto a rappresentare nelle osservazioni tutti i motivi in base ai quali l'amministrazione dovrebbe accogliere l'istanza presentata, non potendo più non rivelare tutti gli elementi che potrebbe riservarsi di rendere noti al momento dell'impugnazione del provvedimento negativo e che, se comunicati all'amministrazione, potrebbe indurla a motivare diversamente il diniego. Più in generale, il privato, alla luce dei principi di collaborazione e buona fede, potrebbe dover rap-

¹¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 19 dicembre 2022, n. 11066.

¹¹⁵ Per la giurisprudenza, «corollario della partecipazione al procedimento è quello della valorizzazione del principio di correttezza giacché la relazione che si instaura non può essere fonte in via esclusiva della tutela dell'affidamento del privato, ma deve produrre necessariamente effetti su di un piano di reciprocità» (cfr. T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 1 luglio 2010, n. 2817).

¹¹⁶ F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 241 ss., sulla questione ebbe a rilevare che «qualora il cittadino ritenga di esercitare la facoltà di partecipazione, la sua paritarietà con l'Amministrazione gli impone di agire secondo lo stesso principio di imparzialità che domina l'agire dell'Amministrazione» nonché di comportarsi secondo buona fede «anche nell'ambito dell'esercizio della funzione».

¹¹⁷ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 04 marzo 2015, n. 477, in base alla quale «la PA non può fondare il provvedimento finale su ragioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle che sono state già rappresentate all'istante con la comunicazione ex art. 10 bis. L'inserimento, nel diniego, di motivi, assenti nel cd. preavviso di rigetto frustra lo scopo partecipativo dell'istituto e priva l'interessato di una fondamentale garanzia, tipica del "giusto" procedimento, ovvero della possibilità di articolare valide controdeduzioni alle argomentazioni ostantive. In siffatta ipotesi viene, infatti, impedito all'istante di accedere alla facoltà di fornire alla pubblica amministrazione precedente un utile contributo partecipativo, atto a mettere a disposizione della stessa ogni elemento valido anche ai fini di una eventuale rideterminazione dell'agire amministrativo».

¹¹⁸ V. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sentenza 27 agosto 2016, n. 4111, per cui «i motivi ostantivi all'accoglimento dell'istanza, come comunicati nel c.d. preavviso si ritrovino o, comunque, si presentino in linea di coerenza logica con la parte motiva del provvedimento negativo, che magari potrà anche risultrne arricchito con l'aggiunta di ulteriori rilievi conseguenti alle osservazioni presentate dall'interessato, ma non potrà contenere una motivazione del tutto estranea ai motivi in precedenza comunicati ex art. 10-*bis*». Si aggiunga che il D.L. Semplificazioni ha inoltre fissato che in caso di annullamento in giudizio del provvedimento negativo adottato nonostante le osservazioni presentate alla pubblica amministrazione, questa, «nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostantivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

presentare nel procedimento tutti i fatti e gli interessi di cui abbia notizia tramite gli strumenti dell'art. 10 (memorie scritte e documenti). In altri termini, il privato non potrebbe proporre in giudizio contestazioni su circostanze conosciute già durante il procedimento e mai o non adeguatamente rappresentate in quella sede¹¹⁹. In questo senso parrebbe militare quella giurisprudenza in base alla quale in sede di ricorso giurisdizionale proposto contro una decisione adottata a seguito di ricorso gerarchico sono inammissibili i motivi nuovi di ricorso che non siano stati già proposti nella predetta sede contenziosa amministrativa¹²⁰. Le ragioni che giustificano il suddetto orientamento giurisprudenziale vengono normalmente ricercate nella necessità di evitare che la mancata impugnativa di un atto asseritamente illegittimo attraverso il rimedio giustiziale e la sua successiva impugnativa (*per saltum*) con il rimedio giurisdizionale possa costituire la via attraverso la quale eludere l'onere di impugnare tempestivamente l'atto nell'ordinario termine decadenziale. È stato però opportunamente notato¹²¹ che questo orientamento determina una limitazione alla tutela giurisdizionale difficilmente compatibile con gli artt. 24 e 113 Cost., improntati all'effettività ed alla pienezza della tutela giurisdizionale¹²², nonché con una giurisdizione amministrativa soggettiva¹²³.

In realtà, i principali motivi che sembrerebbero spingere nel senso di non considerare inammissibili motivi non indicati nelle osservazioni al preavviso di rigetto sono essenzialmente due, e cioè l'assenza di una difesa tecnica nella elaborazione delle memorie *ex art. 10-bis* e nel più breve termine rispetto a quello usualmente fissato per l'impugnazione del provvedimento. Se il primo motivo sembrerebbe essere superato dalla prassi del privato di rivolgersi già al proprio difensore di fiducia per la predisposizione delle memorie *ex art. 10-bis*, rimane comunque il nodo della eccessiva brevità del termine di dieci giorni ivi indicato.

Inoltre, il rispetto degli obblighi di collaborazione di buona fede dovrebbe portare il privato a non tenere più condotte dilatorie al solo fine di cercare di vanificare i termini di conclusione del procedimento, così da cercare di conse-

¹¹⁹ In questi termini già G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 7. Si aggiunga che il T.A.R. Sicilia – Palermo, 12 febbraio 1998, n. 156, ha escluso che il privato potesse far valere in giudizio il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell'omessa valutazione di soluzioni alternative, qualora questi, a seguito del ricevimento dell'avvio del procedimento di esproprio di terreni di sua proprietà, abbia ommesso di segnalare all'amministrazione dette soluzioni alternative che avrebbero consentito una adeguata localizzazione dell'opera con minor sacrificio della proprietà privata. V. F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la p.a. e delle sue possibili implicazioni*, cit., 123 ss.

¹²⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6491; Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2286; Sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3504; Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3756; sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1603.

¹²¹ S. Licciardello, *Ricorso gerarchico e motivi del ricorso giurisdizionale*, in *In jure pres.*, 1990, 152 ss.

¹²² Sul principio di effettività della tutela, anche alla luce delle indicazioni comunitarie, v. S. Tarullo, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, t. 1, *Ann.*, Milano, 2008, 377 ss.

¹²³ Sulla distinzione tra giurisdizione soggettiva ed oggettiva, cfr., di recente, N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. am.*, 2020, 237 ss.

guire un silenzio-assenso o comunque un silenzio impugnabile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Occorre in generale che il cittadino eviti condotte tenute per indurre l'amministrazione ad emettere provvedimenti viziati (p. es., per travisamento dei fatti o errore nei presupposti) al solo fine di preconstituirsì motivi di impugnazione del provvedimento. È soprattutto nell'area, spesso difficilmente definibile *a priori*, dell'eccesso di potere e del difetto di istruttoria che può spiegare effetti la condotta del cittadino non rispettosa della buona fede.

Una volta ammessa la configurabilità di un obbligo anche del cittadino di collaborazione e buona fede verso l'amministrazione risulta difficile individuare le conseguenze del mancato rispetto del comma 2-*bis*. La disciplina dell'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente non offre spunti particolarmente risolutivi. L'art. 10-*bis*, nel prevedere il c.d. abuso del diritto tributario, dispone la inopponibilità di varie operazioni (operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario) all'amministrazione finanziaria, la quale ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni. La disciplina contenuta nello Statuto è del resto lo sviluppo di un percorso avviato sin dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso¹²⁴ per effetto dell'impossibilità di applicare alle condotte di elusione fiscale l'art. 1344 c.c. e quindi la illiceità della causa negoziale per i mezzi adottati per eludere l'applicazione di una norma imperativa¹²⁵. Le Sezioni Unite nel 2008¹²⁶ ripenseranno la questione ritenendo che «non può non ritenersi insito nell'ordinamento, quale diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'uso distorto, pur se non contrastante con

¹²⁴ La prima disciplina dell'elusione fiscale è infatti contenuta nell'art. 10 comma 1 legge 29 dicembre 1990, n. 408, che consentiva all'amministrazione finanziaria la possibilità di disconoscere, ai fini fiscali, gli effetti di talune operazioni «poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta», cui ha poi fatto seguito l'art. 37-*bis* d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, con il quale si è espressamente prevista l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli atti, dei fatti e dei negozi, anche collegati tra loro, «privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti».

¹²⁵ Cass. 18 aprile 1975, n. 1459; Cass. 28 giugno 1976, n. 2464; Cass. 24 ottobre 1981, n. 5571; Cass. 27 ottobre 1985, n. 5515; Cass. 26 gennaio 2000, n. 3979; Cass. 3 settembre 2001, n. 11351; Cass. 7 marzo 2002, n. 3345.

¹²⁶ Cass., ss.uu., 23 dicembre 2008, n. 30055., n. 30056 e n. 30057.

alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale», richiamandosi all'orientamento che tramite il recupero del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.), riconduce le condotte abusive in argomento nell'alveo dei negozi realizzati in frode ad una legge imperativa fiscale¹²⁷.

Peraltro, l'art. 30 comma 3 c.p.a. richiama il «comportamento complessivo delle parti» ai fini della determinazione dell'entità del risarcimento del danno. In questo caso, pertanto, adesso il giudice non solo potrà tenere conto della condotta dell'amministrazione, la quale è comunque obbligata a comportarsi con diligenza e correttezza, ma dovrà altresì valutare il comportamento del privato non rispettoso della buona fede e dell'obbligo di collaborazione. Più in generale, pare potersi ritenere che la violazione egli obblighi di collaborazione e buona fede da parte del cittadino potrà anche consentire all'amministrazione di avanzare azioni risarcitorie (similmente a quanto è tradizionalmente ammesso a parti invertite), con l'ovvio limite in questi casi di doversi dimostrare non solo la violazione degli obblighi suddetti, ma anche la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa)¹²⁸, pur nella diversità della riconduzione di queste fattispecie ad ipotesi di responsabilità contrattuale (eventualmente, da contatto sociale qualificato)¹²⁹, eventualmente precontrattuale¹³⁰ o extracontrattuale¹³¹.

Al tempo stesso comunque pare opportuno concepire una responsabilità da inesatta informazione a carico del cittadino reticente¹³² o, in generale, in mala fede, dovendosi a questo punto ammettere la vigenza nell'ambito del procedimento dell'obbligo di *disclosure*; in questo senso pertanto il diritto del privato di "gestire" la propria strategia procedimentale al fine di influire a proprio favore sulle decisioni *in fieri* dell'amministrazione¹³³ può ancora essere sostenuto, a condizione di ritenere che l'influenza non si possa spingere oltre i limiti della buona fede e della collaborazione.

In realtà, manca una disciplina generale delle conseguenze della violazione da parte del cittadino dell'obbligo di collaborazione e buona fede. Ammettere l'u-

¹²⁷ V. F. Gallo, *Abuso del diritto (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, X, *Ann.*, Milano, 2017, 6 ss., il quale evidenzia che successivamente la Corte di Cassazione ha parzialmente mutato il proprio convincimento ritenendo, a partire dalla sentenza n. 27087 del 2014, che i primi due commi dell'art. 37-bis avrebbero un'autonomia portata precettiva e, contemporaneamente, alle operazioni elencate al comma 3 la funzione di condizione di applicabilità dei primi due commi.

¹²⁸ F. Fracchia, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, 23.

¹²⁹ Cass., ss.uu., n. 8236/2020; Id., n. 615/2021.

¹³⁰ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

¹³¹ Si vedano i richiami in S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, cit., 38 ss.

¹³² F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, cit., 111 ss.

¹³³ V. S. Puddu, *La revoca: profili problematici alla luce del nuovo art. 21-quinquies, comma 1-bis, l. n. 241 del '90*, in *Dir. e procedura am.*, 2008, 583 ss.

so dell'*exceptio doli generalis* da parte dell'amministrazione nei confronti del privato che contesti il provvedimento invocando una differente realtà dei fatti che avrebbe potuto (ma, a questo punto, dovuto) prospettare durante il procedimento (e quindi in applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*)¹³⁴, risolve solo in parte la questione, in quanto lascia irrisolta l'ipotesi in cui l'atto amministrativo sia risultato favorevole al privato per effetto delle sue dichiarazioni in mala fede. In questi casi una possibile soluzione potrebbe esser l'annullamento in autotutela, in applicazione del ricordato comma 2-*bis*, per quanto in realtà il provvedimento in sé non sarebbe in violazione del principio di collaborazione e buona fede, che invece andrebbe riferita alla condotta del privato. Altrimenti potrebbe ipotizzarsi la revocabilità dell'atto, ma in senso contrario depone il fatto che la malafede del privato può aver determinato una falsa rappresentazione della realtà o degli interessi in gioco, ma questo non necessariamente integra gli estremi del «mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento» o i «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» o la «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» richiesti dall'art. 21-*quinquies*.

6. *Spigolature su collaborazione e buona fede nel processo amministrativo*

Anche nel processo amministrativo le parti devono agire secondo buona fede. È questo il senso innanzitutto del richiamo ai doveri di lealtà e probità nel codice di procedura civile (art. 88, comma 1 c.p.c.), sebbene la formula utilizzata abbia sollevato più dubbi che certezze¹³⁵ e sembri consentire di superare l'affermazione goldschmidtiana¹³⁶ secondo cui nessun comportamento processuale può essere oggetto di valutazione etica (*moralinfreie prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*). Si tratta di una norma evidentemente applicabile al processo amministrativo

¹³⁴ In questo senso già P. Patrito, «Exceptio doli generalis» e diritto amministrativo, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1546 ss.

¹³⁵ P. Calamandrei, *Un caso tipico di malafede processuale*, ora in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 477 ss., ravvisava due esigenze antitetiche «fra le quali un sistema processuale cerca l'equilibrio: l'esigenza puramente giuridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali, dalla quale dipende la certezza del diritto, e l'esigenza morale di introdurre anche nel processo, al di sopra delle forme, la tutela della buona fede». Individuare il giusto punto di equilibrio sarebbe davvero arduo: «perché, se talvolta coll'essere troppo rigidi difensori della forma si rischia di sacrificare le ragioni sociali e politiche della norma giuridica, tal'altra col dar la prevalenza a considerazioni moralistiche, si rischia di distruggere le basi stesse della legalità».

¹³⁶ Cfr. J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 292. Va ricordato che l'art. 26 del Progetto preliminare (dal quale sarebbe poi derivato l'attuale art. 88) mirava a sostituire al generico dovere di probità, un più specifico e più particolareggiato dovere di dire la verità in tutte le dichiarazioni che le parti sono chiamate a fare, nel corso del processo, sulla scorta delle indicazioni di Calamandrei, ma poi il testo adottato si è limitato a prevedere a carico delle parti e dei loro difensori il dovere di probità e lealtà. Cfr. G. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 129.

per via del rinvio alle norme “compatibili” e alle disposizioni “espressione di principi generali” del codice di rito civile (art. 39, comma 2 c.p.a.). Per la verità l’attenzione della giurisprudenza pare essere particolarmente accentrata sul rispetto dei doveri di lealtà e probità da parte dei difensori¹³⁷, anche al fine di individuarne il collegamento con l’irrogazione di sanzioni disciplinari al professionista¹³⁸. Non mancano comunque casi in cui lealtà e probità siano stati intesi come rivolti direttamente alle parti processuali¹³⁹ (anche se in questi casi appare difficile discernere quanto il comportamento censurabile è della parte e non comunque del suo difensore). Più in generale, il codice di procedura civile attribuisce al giudice un potere valutativo sul “contegno delle parti nel processo” (art. 116, comma 2 c.p.c.)¹⁴⁰.

Proprio la previsione del generale dovere di lealtà e probità potrebbe spiegare la particolarità per cui nel codice di procedura civile l’espressione “buona fede” ricorra soltanto due volte, e per giunta riferita in entrambi i casi alla buona fede *soggettiva*, ossia nell’art. 111, con riferimento agli acquisti di buona fede dei terzi nel caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, e nell’art. 742, con riferimento ai diritti dei terzi acquistati in buona fede, mentre addirittura non viene mai utilizzata nel codice del processo amministrativo. La “mala fede” è invece positivizzata nell’art. 96, comma 1 c.p.c., ai sensi del quale «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza».

Il dovere di lealtà delle parti si riverbera sulle varie disposizioni che fissano oneri a carico delle parti, dal cui mancato assolvimento derivano conseguenze per queste svantaggiose, a volte automatiche, a volte rimesse alla prudente valutazione del giudice, ma comunque idonee fungere da deterrente dal tenere condotte sleali o non collaborative, e da far sorgere nella parte la convinzione che «a lungo andare, anche nel processo l’onestà finisce coll’essere un buon affare»¹⁴¹. Da queste impostazioni deriverà anche la nota tesi della dottrina processualciviltistica (sostenuta, tra gli altri, da Micheli e da Grasso) dell’immanenza del dovere di non

¹³⁷ V., p. es., Cass., ss.uu., 1 giugno 1993, n. 6067 sul dovere di lealtà imposto agli avvocati nell’interesse della giustizia; Cass., ss.uu., ordinanza 2 marzo 2012, n. 3338 sul dovere dell’avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di un’istanza chiara e ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera comprensibile.

¹³⁸ V. Cass., ss.uu., 9 giugno 1989, n. 2784; Id., 8 ottobre 1990, n. 9863.

¹³⁹ V., p. es., Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247, sulla prospettazione di tesi giuridiche e sulla ricostruzione di fatti operate dalle parti in contrasto ai doveri di lealtà e probità; Id., 14 dicembre 1949, n. 2596, sulla falsa indicazione della propria residenza.

¹⁴⁰ Per P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 485 ss., oltre che in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss., e ora in Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537 ss., il giudice «sorveglia continuamente dal balcone dell’art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito».

¹⁴¹ Così P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 558.

mentire scientemente¹⁴², anche se poi in parte rivista ed attenuata¹⁴³. Il dovere di verità (adesso contemplato dall'art. 50 del nuovo codice deontologico e già previsto dall'art. 14 del pregresso) peraltro si scontrerebbe con la valenza confessoria delle dichiarazioni della parte¹⁴⁴; quest'ultima altrimenti «avrebbe il dovere (di essere completa e) di dire la verità se questa le nuoce; ma non il diritto di essere creduta quando questa le giova»¹⁴⁵.

Appare a prima vista più complesso richiamare la collaborazione (trattandosi di soggetti evidentemente in conflitto tra loro), ma in realtà, come si vedrà, è senza dubbio da ammettere un dovere di collaborazione delle parti con in giudice¹⁴⁶, come anche dei rispettivi difensori, rivalutandosi così l'assunto per cui questi ultimi esercitano comunque una funzione di carattere pubblico¹⁴⁷. Il ricordato comma 2 dell'art. 88 c.p.c. è invero il precipitato di una ben precisa idea di processo, nell'ambito della quale l'obiettivo di ottenere un'effettiva cooperazione fra giudice e parti induce ad accrescere i doveri di comportamento delle parti, in aperta rottura con la tradizionale ricostruzione liberale del processo come «cosa delle parti»¹⁴⁸. Nel processo amministrativo le parti, per esempio, cooperano con il giudice per la realizzazione della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 c.p.a.)¹⁴⁹.

Anche nel processo amministrativo, del resto, occorre affermare la parità delle parti (che è addirittura attuata tramite il processo amministrativo, in base all'art. 2, comma 1 c.p.a.), dato certamente acquisito nel processo civile (pur nel-

¹⁴² G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 144 ss.

¹⁴³ G.A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, 101.

¹⁴⁴ Sia consentito rinviare al nostro *Riflessioni sull'abuso del processo*, in *Dir. e proc. am.*, 2016, 1098.

¹⁴⁵ Così V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 244, che riprende quanto scritto da P. Calamandrei, *Parere della Università di Firenze al Ministero della Giustizia sul Progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937, 98 ss. Peraltro, ricorda F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1915, 31 che la verità nel processo scaturisce dal contraddittorio.

¹⁴⁶ E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 600 ss., che ricorda il noto aforisma di Bulgaro *Iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*, che riassume il congiunto operare del giudice e delle parti che è l'essenza del principio di collaborazione quale criterio organizzativo di forze che operano nel processo.

¹⁴⁷ V. P. Calamandrei, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921, 9, per il quale «Finché nel processo si scorgeva soltanto un conflitto tra due interessi privati, bene l'avvocato si trasformava, purché il suo cliente vincessesse, in azzecgarbugli; ma oggi, quando si pensa che anche il processo serve a riaffermare nella sentenza l'autorità dello Stato, l'esistenza dei professionisti legali non si giustifica più se non quando si veda in essi dei collaboratori, anziché dei mistificatori, del giudice, ufficio dei quali non tanto è quello di battersi per il cliente quanto quello di battersi per il diritto». Già G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milano, 1920, 56, aveva ammesso che la funzione degli avvocati è una funzione pubblica.

¹⁴⁸ L'antecedente storico di doveri di lealtà e probità è infatti nella ZPO austriaca del 1895, come ricorda A.D. De Santis, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civ. Proc. Rev.*, 2021, 137.

¹⁴⁹ Per Cass., ss.uu., n. 2488/2008, il principio della ragionevole durata impone all'interprete «una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale». In argomento, cfr. S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. am.*, 2015, 817.

le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione). Per la verità, il Consiglio di Stato ha tradizionalmente inteso la parità delle parti in senso eminentemente formale e cioè come parità di posizione delle parti nel processo a salvaguardia del contraddittorio¹⁵⁰, più che come parità degli interessi sostanziali. A seguito della novella dell'art. 111 Cost. e alla esplicita costituzionalizzazione del giusto processo (comma 1) e alle «condizioni di parità» delle parti come elemento ultroneo rispetto al «contraddittorio» (comma 2), appare quantomeno dubbio la giustificazione di una disparità processuale¹⁵¹ tra gli interessi in conflitto, per via del carattere “pubblico”¹⁵² di uno di essi. Del resto, se distinguiamo la legittimazione della parte dalla titolarità dell'interesse¹⁵³, le condizioni di parità introdotte dal comma 2 del novellato art. 111 Cost. sono condizioni di pari ordinazione e pari trattamento degli interessi davanti al giudice¹⁵⁴. Non possono del resto sottacersi i richiami alla «mala fede» e alla colpa grave indicati nel nominato art. 96 c.p.c. ai fini della condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata.

Buona fede e collaborazione nel processo però tendono a immedesimarsi nelle figure dell'abuso *del* processo e dell'abuso *nel* processo¹⁵⁵, dal momento che vi rientrerebbero tutti quei comportamenti delle parti già ricordati contrari ai doveri di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.)¹⁵⁶, specialmente quelli dilatori o determinanti eccezioni manifestamente infondate e che «si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue»¹⁵⁷ nell'ottica della c.d. ragionevole durata¹⁵⁸ del processo. L'abuso del processo si concreterebbe in una

¹⁵⁰ V., p. es., Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, n. 467.

¹⁵¹ F. Ledda, *La giustizia amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 318, ricorda la disparità “fisica” tra le parti rappresentata dallo scanno dell'Avvocatura dello Stato, collocato un po' più in alto degli altri. Lo stesso per rappresentare la distanza delle parti dal giudice ha utilizzato la metafora del triangolo scaleno, in cui la parte pubblica si trova nel vertice più vicino a quello del magistrato rispetto alla parte privata.

¹⁵² Va ricordato che per U. Allegretti, *Procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 7, l'interesse pubblico apparterebbe al corpo sociale anziché all'amministrazione, per effetto dell'evoluzione della democraticità e dell'eguaglianza.

¹⁵³ S. Satta, *Il concetto di parte*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 700.

¹⁵⁴ I.M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. Parisio, A. Perini (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, 27 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 2015, II, 1004 ss.

¹⁵⁵ Sulle condotte abusive nel processo amministrativo sia consentito rinviare ai nostri *Riflessioni sull'abuso del processo*, cit., 1091 ss.; *La contestazione del difetto di giurisdizione in appello tra abuso del processo e soccombenza*, in *www.giustamm.it*, 2016, n. 12.

¹⁵⁶ In questo senso anche la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 14 gennaio 2009, n. 553 in tema di mutamento in appello della domanda di risoluzione del contratto e risarcimento del danno in domanda di recesso e ritenzione della caparra.

¹⁵⁷ Così le Sezioni Unite nella sentenza 23 febbraio 2010, n. 4309. Analogamente Cass. 18 febbraio 2010, n. 3830; 3 novembre 2008, n. 26373; 19 agosto 2009, n. 18410; 8 luglio 2009, n. 15985.

¹⁵⁸ Nell'ottica di ridurre la durata dei giudizi, limitando pratiche processuali meramente dilatorie scoraggiando ricorsi che appaiono evidentemente inammissibili o improcedibili ovvero manifestamente infondati nel merito, è adesso previsto all'art. 380-bis c.p.c. un rito più celere per i processi dinanzi alla Corte di Cassazio-

attività processuale pregiudizievole alla solidarietà sociale (art. 2 Cost.)¹⁵⁹ e, in particolare, per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso.

Correttezza e buona fede cioè assumono rilevanza all'interno della riconduzione del processo (e, più in generale, della giustizia) a servizio, ricostruzione su cui peraltro oggi non solo non è più lecito dubitare, ma di cui vi è sostanziale concordia¹⁶⁰, seppur con alcune autorevoli precisazioni¹⁶¹ (dovuti, da un lato, alla facoltà del giudice scegliere fra la tradizionale istruttoria cartolare e la nomina di consulenti, sia nella forma della verifica da parte di un'altra amministrazione, sia nella forma della consulenza tecnica d'ufficio nelle forme in uso nel processo civile o penale, e dall'altro, al problema dell'efficienza del processo a seguito dell'aumento esponenziale del contenzioso, problema cui il legislatore ha tentato di porre rimedio con l'aumento dell'imposizione fiscale sui giudizi¹⁶²).

L'accostamento tra giustizia amministrativa e servizio deriva soprattutto dalla trasformazione del processo amministrativo da giudizio per la cassazione degli atti dell'autorità a processo anche di cognizione¹⁶³ (soprattutto a seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo), e dalla connessa individuazione di pretese che il cittadino può far valere nei confronti della pubblica amministrazione al di fuori e in aggiunta al tradizionale annullamento dell'atto amministrativo¹⁶⁴, su tutte il riconoscimento di un danno risarcibile in caso di lesione di un interesse legittimo (per quanto le sentenze di condanna al risarcimento del danno sono ad oggi un numero estremamente limitato)¹⁶⁵. Del resto è proprio nei termini della giustizia amministrativa quale servizio al cittadino (nonché dell'effettività della tutela giurisdizionale) che può leggersi la recente rimes-

ne per la decisione sull'inammissibilità del ricorso. Nella stessa logica già l'art. 375 comma 2 c.p.c. prima delle modifiche del 2009, come ricordano V. Ansanelli, *Abuso del processo*, cit., 4; F. Cordopatri, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249 ss.

¹⁵⁹ M. De Cristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Gius. proc. civ.*, 2009, 993 ss.

¹⁶⁰ Basti in questa sede ricordare il titolo evocativo di uno dei volumi che raccoglie gli studi sul 150° anniversario dell'unificazione amministrativa italiana, ossia G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016.

¹⁶¹ V. F. Merusi, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 248 ss.

¹⁶² S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, cit., 814, ha evidenziato come i continui aumenti del contributo unificato e l'uso disinvolto della condanna alla spesa (che talvolta assume i connotati della condanna punitiva) costituiscono forti limitazioni all'accesso alla giustizia e sono sintomo dell'atteggiamento di sfiducia nei confronti del giudice amministrativo da parte del sistema politico.

¹⁶³ V. F. Merusi, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, cit., 234.

¹⁶⁴ G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 9 ss.

¹⁶⁵ G. Pericu, *Giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 256.

sione nuovamente all'adunanza plenaria da parte della terza sezione del Consiglio di Stato della questione dell'ammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato di una sentenza del T.A.R. Sicilia¹⁶⁶, avendo dubitato del tradizionale orientamento per cui l'appello sarebbe in questi casi inammissibile (con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata)¹⁶⁷, e ritenendo invece l'idoneità a instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*.

Rimane comunque il problema della limitatezza delle risorse da destinare al "servizio" giustizia, problema cui a volte si è tentato di dare soluzione tramite strumenti processuali, come il ricordato abuso del processo o anche valorizzando, seppur nell'ambito del processo civile, l'art. 393 c.p.c. sull'estinzione dell'intero processo a seguito della mancata riassunzione del giudizio a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione (salvi comunque gli effetti della sentenza della Cassazione nel nuovo processo riproposto)¹⁶⁸.

Le ipotesi di abuso nel processo sono comunque già sanzionabili (senza peraltro dover invocare la figura dell'abuso), sulla base degli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c. e dell'art. 26 c.p.a.¹⁶⁹, come strumenti risarcitori o addirittura sanzionatori delle conseguenze patrimoniali¹⁷⁰, eventualmente da aggiungersi alla condanna alla rifusione delle spese di lite. Oltre a queste previsioni occorre considerare quelle del codice deontologico forense (artt. 9, 50 e 66). Soprattutto l'art. 92 c.p.c. appare rilevante nella misura in cui consente di escludere la ripetizione

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. III, ordinanza 16 giugno 2022, n. 5921.

¹⁶⁷ Cons. Stato, ad. plen., sentenza 4 luglio 1978, n. 21; Id., ordinanza 19 novembre 2012, n. 34; Id. sentenza 22 aprile 2014, n. 12; Cons. Stato, sez. III, 1 giugno 2018, n. 3304; Id., 3 maggio 2016, n. 1710; sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5088; sez. V, 17 giugno 2014, n. 3062. Detto orientamento prende origine dall'idea per cui l'erronea individuazione del giudice legittimato a decidere dell'impugnazione non è inquadrabile quale questione di competenza, ma di ammissibilità del gravame. La questione è già stata rivista per gli appelli nel processo civile da Cassazione, ss.uu., 14 settembre 2016, n. 18121. Va detto che la giurisprudenza maggioritaria della Corte di cassazione (ss.uu., 18 giugno 2020, n. 11866; sez. III, 15 maggio 2018, n. 11740; Id. 16 ottobre 2017, n. 24274) si è conformata a questo orientamento.

¹⁶⁸ Per Cassazione, sez. II, sentenza 31 agosto 2018, n. 21469, la cancellazione dal ruolo della causa, non seguita dalla riassunzione nel termine prescritto, determina l'estinzione dell'intero processo, ma non preclude la riproposizione della domanda; in tal caso, la precedente statuizione della Corte di cassazione è ancora vincolante, ma, poiché la decisione di annullamento ha effetto soltanto sulle parti della decisione di merito in relazione alle quali essa è operante, e cioè soltanto sulle parti cassate, i capi di pronuncia non cassati non sono travolti dall'estinzione e acquistano autorità di giudicato. Già prima Cassazione, sez. V, sentenza 6 dicembre 2002, n. 17372, aveva rilevato che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., l'estinzione non solo di quel giudizio ma dell'intero processo, con conseguente caducazione di tutte le sentenze emesse nel corso dello stesso, eccettuate quelle già coperte dal giudicato, con la conseguenza che la sentenza riformata in appello resta anch'essa definitivamente caducata, senza possibilità di reviviscenza a seguito della cassazione della sentenza di appello.

¹⁶⁹ L'evoluzione dell'art. 26 c.p.a. e, in generale, della disciplina della condanna al pagamento delle spese nel processo amministrativo è illustrata da G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 536 ss.

¹⁷⁰ F. Cordopatri, *op. cit.*, 260 ss.

delle spese eccessive o superflue sostenute dalla «parte vincitrice», così consentendo al giudice un controllo sull'operato processuale di entrambe le parti¹⁷¹.

Gli abusi *del* processo si riferiscono a quelle situazioni in cui la singola parte o entrambe le parti agiscono per perseguire fini estranei alla funzione del processo e del giudice, in quanto in questi casi «il problema dell'abuso [...] si presenta piuttosto nei casi in cui il processo (e il relativo accertamento, o l'effetto costitutivo che ne scaturisce) serve, formalmente, ad un certo scopo e sostanzialmente miri invece a realizzare interessi immeritevoli di tutela»¹⁷². Un esempio paradigmatico potrebbe essere quello del giudizio instaurato da un'impresa al solo fine di prendere visione di documenti coperti da segreto industriale posseduti da un'amministrazione pubblica, documenti che quest'ultima dovrebbe produrre per resistere in giudizio, inserendoli negli atti di causa e divenendo così conoscibili per le altre parti del processo¹⁷³.

¹⁷¹ Tipicamente l'abuso nel processo è stato invocato nei casi di proposizione per la prima volta in appello della contestazione del difetto di giurisdizione del giudice adito, eventualmente dalla stessa parte che ha poi sollevato l'eccezione (Si veda per tutte la sentenza 7 febbraio 2012, n. 656 della quinta sezione del Consiglio di Stato. La Corte di Cassazione ha invece normalmente ammesso la contestazione sulla giurisdizione anche per la prima volta in appello, ritenendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito (ss.uu., 27 dicembre 2010, n. 26129), consentendo che la questione possa essere posta pure dalla stessa parte che ha adito un giudice e ne ha successivamente contestato la giurisdizione in base all'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito (ss.uu., 27 luglio 2011, n. 16391)). Si tratta di una questione che comunque pare risolvibile il combinato disposto degli artt. 9 e 104 c.p.a. Infatti, ai sensi dell'art. 9, il difetto di giurisdizione non può essere rilevato d'ufficio in appello e la relativa questione può essere esaminata solo se dedotta con specifico motivo avverso il capo della pronuncia che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione, mentre il successivo art. 104, comma 1 non consente la proposizione in appello di nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Facendo leva su dette disposizioni il Consiglio di Stato nella sentenza 9 aprile 2014, n. 1692, ha dichiarato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in appello. Sulla questione occorre dar conto della pronuncia dell'Adunanza plenaria 21 giugno 2017, n. 4, che ha a sua volta richiamato la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato, ritenendo che la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁷² P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 87 ss. Peraltro già Salvatore Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss., aveva collegato l'abuso del diritto all'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso.

¹⁷³ Sia consentito rinviare al nostro *Informazioni e mercato nell'Unione europea*, in *Dir. e proc. am.*, 2011, 292 ss. Sulla questione, v. J.M. Joshua, *Balancing the Public Interests: Confidentiality, Trade Secrets and Disclosure of Evidence in EC Competition Procedures*, in *Europ. Com. Law Rev.*, 1994, 68 ss. In base alla giurisprudenza di cui alla sentenza 24 giugno 1986, *AKZO Chemie BV contro Commissione*, causa 53/85, la Commissione europea ha elaborato una prassi (recepita nella propria comunicazione del 23 gennaio 1997, punto II, A), in base alla quale essa chiede di precisare quali siano i documenti coperti dal segreto commerciale o abbiano comunque carattere riservato, motivandone le ragioni, e fornendo di essi una versione non riservata. Altrimenti, in caso di mancata partecipazione dell'impresa, la Commissione decide in via interinale sulla fondatezza della qualificazione operata dal soggetto privato. Se risulta necessario l'accesso a un documento, l'istituzione in parola richiederà allora all'impresa interessata una versione comunicabile del documento. La Commissione, sempre nella citata comuni-

A queste andrebbero aggiunte altre condotte processuali, anch'esse espressione di una (probabile) assenza di buona fede processuale, come come l'aver presentato il ricorso poche ore dopo la scadenza del termine entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere¹⁷⁴, oppure l'espunzione arbitraria di parte della documentazione in appello o la falsa esposizione di fatti rilevanti nel giudizio o il silenzio serbato in udienza su talune questioni, che possono essere ricondotte alla nozione, timidamente richiamata in giurisprudenza¹⁷⁵, della c.d. etica processuale¹⁷⁶, riferita in dottrina anche a condotte previste da norme che stabiliscono le forme per giungere alla risoluzione dei conflitti, e quindi come "giustizia nella norma processuale"¹⁷⁷.

Sono state ricondotte al principio di collaborazione anche condotte rientranti nell'ambito del rapporto processuale trilaterale tra le parti e il giudice, come il c.d. divieto dei giudizi di terza via¹⁷⁸, ossia il divieto di decisioni assunte dal giudice "a sorpresa", senza cioè aver investito le parti di una questione decisiva per il giudizio che non era stata oggetto di interlocuzione tra di loro. Si tratta di rico-

cazione (punto II, D), ha precisato che i terzi che denunciano una violazione delle norme sulla concorrenza non hanno diritto di accesso al fascicolo, salvo che la denuncia sia respinta. In questo senso v. M. Megliani, *La trasparenza nelle regole procedurali in materia di concorrenza nella Commissione europea alla luce dei principi del Trattato di Amsterdam*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Trasparenza – Riservatezza – Impresa. Studi su democrazia rappresentativa, diritti dell'uomo e attività economica nell'Unione europea*, Torino, 2001, 120. Di diverso avviso è invece G.M. Roberti, *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, vol. II, 1239 ss. Nel caso di rigetto della domanda, invero, è possibile un accesso limitato ai documenti sui quali la Commissione basa la propria decisione, ma non alle informazioni riservate e ai segreti commerciali. La questione è analizzata anche da A. Mattfeld, *Access to and Communication of the File*, in AA. VV., *Droit de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 1994, 248. Critica è invece la posizione di B. Vesterdorf, *Complainants Concerning Infringements of Competition Law Within the Context of European Community Law*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 88 ss.

¹⁷⁴ T.A.R. Campania, Napoli, 3 ottobre 2022, n. 6050.

¹⁷⁵ L'espressione "etica processuale" è richiamata in alcune pronunce giurisprudenziali, tra le quali Cassazione civile sez. III - 12/04/2018, n. 9059; Cassazione civile sez. lav. - 30/11/2012, n. 21520; Cassazione civile sez. I - 04/01/2000, n. 8; Corte appello di Palermo sez. III, 10/06/2019, n. 1183; Tribunale di Roma 22/05/2015; Tribunale di Trieste, 04/04/2019, n. 196. Probabilmente il ritardo nell'elaborazione teorica dell'etica del processo deriva dalla minore sensibilità del contesto socio-culturale latino su questi temi, come rilevato da A. Dondi, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 24.3.2001, n. 89)*, in *Nuova giuris. viv.*, 2003, 20062 ss.

¹⁷⁶ La tesi dell'etica nel processo civile è esposta, tra gli altri, in S. Satta, *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 291 ss.; l'argomento è stato riproposto in tempi recenti da V. Ferrari, *Etica del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 471 ss., ora in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015, 23 ss.

¹⁷⁷ A.J.D. Perez Ragone, *Profili della giustizia processuale (procedural fairness): la giustificazione etica del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1033 ss.

¹⁷⁸ In questi termini, v. S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 575 ss.; Id., *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss. Il principio di collaborazione è stato inteso inizialmente quale condizionamento reciproco degli atti processuali, e successivamente quale effettiva combinazione delle attività delle parti e del giudice. In questo senso v. G. Capograssi, «*Honeste vivere»*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926; E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.

struzioni tuttavia variamente contestate¹⁷⁹, individuandosi nel contraddittorio il fondamento del divieto¹⁸⁰. Ritenere che il divieto di sentenze di terza via risiedesse nel principio di collaborazione o nell'etica processuale comportava infatti che la pronuncia non fosse nulla ma meramente ingiusta, essendo la mancata trattazione delle questioni imputabile anche al giudice e considerando la sanzione della nullità sproporzionata¹⁸¹.

La questione è oggi risolta dall'art. 73 comma 3 c.p.a. per cui il giudice, qualora ritenga di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, «la indica in udienza dandone atto a verbale». Qualora invece la questione emerga dopo il passaggio in decisione, egli la riserva e «con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie». Quest'ultima disposizione ha, tra l'altro, definitivamente permesso di superare le perplessità circa l'applicazione della regola dell'art. 183 comma 4 c.p.c. nel processo amministrativo, stante la espressa previsione della sottoposizione della questione alle parti¹⁸². Similmente, nel processo civile, il comma 2 dell'art. 101 c.p.c. commina la nullità per l'ipotesi in cui il giudice, che ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, ometta di fissare «un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni», riservando la decisione.

¹⁷⁹ Sulla confutazione delle due tesi, v. A. Giordano, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 914 ss.

¹⁸⁰ Vd., *ex multis*, L. Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 930; L.P. Comoglio, «*Terza via» e processo «giusto»*, *ivi*, 758 ss. In questo senso cfr., tra le altre, le sentenze della Cassazione, sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577 e Sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194.

¹⁸¹ Si considerava di conseguenza una facoltà del giudice l'indicazione delle questioni rilevate d'ufficio. V. le sentenze nn. 2654/1953, 1276/1954 e 4401/1954 della Cassazione, citate da A. Giordano, *op. cit.*, 912. Ricostruendo diversamente il divieto (su cui v. *infra* nel testo), è stata sostenuta invece la tesi della nullità della pronuncia. V., tra gli altri, V. Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.; L. Montesano, *op. cit.*, 932; C. Ferri, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 783 ss.; L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 71 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99.

¹⁸² Sia consentito, sul punto, rinviare al nostro *La translatio iudicii per questioni di competenza inderogabile tra esigenze di giustizia e garanzie del contraddittorio*, in *Foro am.*, C.d.S., 2010, 1696.

Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione

Il contributo esamina i principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e amministrazione collocati dall'art. 12 della legge 11 settembre 2020 n. 120 tra i principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, l. n. 241/1990. Collaborazione e buona fede, se riferiti all'amministrazione, declinano non solo comportamenti doverosi, ma anche introducono parametri di legittimità del provvedimento amministrativo; analogamente, possono essere riferiti al cittadino, imponendo anche a quest'ultimo condotte da tenere nei confronti dell'amministrazione. Il saggio si sofferma infine su alcuni aspetti della buona fede nelle dinamiche del processo amministrativo.

Considerations on the principles of collaboration and good faith in relations between citizens and public administration

The contribution examines the principles of collaboration and good faith in relations between citizens and the administration set by art. 12 of the Law 11 September 2020 n. 120 among the general principles of administrative activity referred to in art. 1, Law n. 241/1990. Collaboration and good faith, when referring to the administration, do not only concern proper conduct. They introduce parameters of legitimacy of the administrative measure. Similarly, they can be referred to the citizen, imposing conduct to be held towards the administration. Finally, the essay focuses on some aspects of collaboration and good faith in the dynamics of the administrative process.

