



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA**  
**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Dottorato di ricerca in Diritto Privato, Diritto Romano e Cultura  
Giuridica Europea**

**XXXV ciclo**

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE NELL'EVOLUZIONE DEI RAPPORTI TRA  
DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO**

*Tutor:*

**Ch.mo Prof. Giovanni Stella**

**Ch.ma Prof.ssa Daniela Maria Frenda**

Tesi di dottorato di  
**Giulia Guglielmi**

Anno accademico 2021-2022

# INDICE

## CAPITOLO I

### L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO PUBBLICO: DAGLI ATTI UNILATERALI ALLE FORME CONSENSUALI

1. PREMESSA.....	4
2. IL PRIVILEGIO DELLA P.A.: L'UNILATERALITÀ E L'IMPERATIVITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA.....	7
3. LA CRISI DEL MODELLO TRADIZIONALE: CAUSE E CONSEGUENZE. IL RIFERIMENTO AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.....	10
4. ... (SEGUE) ED IL RIFERIMENTO AL PROCESSO AMMINISTRATIVO. ....	14
5. EVOLUZIONE DEL RAPPORTO IN SENSO PARITARIO: LA CAPACITÀ NEGOZIALE E LA LEGGE 11 FEBBRAIO 2005, N. 1520	
6. LA NEGOZIABILITÀ DEL POTERE E IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO .....	24
7. GLI ACCORDI TRA P.A. E PRIVATO NELL'OTTICA DELL'EVOLUZIONE DEL LORO RAPPORTO .....	30
8. VERSO UNA SVOLTA NELL'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELLA P.A .....	37

## CAPITOLO II

### L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. ESAME DELLA RESPONSABILITÀ AQUILIANA DELLA P.A .....	40
2. IL "DOGMA" DELL'IMMUNITÀ DELLA P.A., NELL'ESERCIZIO DEL PROPRIO POTERE .....	47
3. LETTURA UNITARIA DELL'EVIDENZA PUBBLICA, ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO .....	54
4. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A. IN PRESENZA DI UN PROVVEDIMENTO LEGITTIMO (O IN MANCANZA DI UN PROVVEDIMENTO).....	63
5. I LIMITI ALL'AFFIDAMENTO DEL PRIVATO (ED AL RISARCIMENTO DEL DANNO) .....	70
6. LA POSIZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA DEL PRIVATO. IL PROBLEMA DELLA GIURISDIZIONE .....	79
7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	86

## **CAPITOLO III**

### **LE NUOVE FORME DI RESPONSABILITÀ DELLA P.A. TRA PUBBLICO E PRIVATO**

<b>1. LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE .....</b>	<b>89</b>
<b>2. LA RESPONSABILITÀ DA MERO RITARDO .....</b>	<b>98</b>
<b>3. LE “FRONTIERE MOBILI” TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO: LE INFLUENZE PUBBLICISTICHE SUL DIRITTO PRIVATO .....</b>	<b>109</b>
<b>4. RIFLESSIONI FINALI SULLA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DA LESIONE DELL’AFFIDAMENTO DELLA P.A.....</b>	<b>117</b>
<b>5. PRIVATIZZAZIONE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO O CONTAMINAZIONE RECIPROCA? .....</b>	<b>130</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>137</b>

## CAPITOLO I

### L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO PUBBLICO: DAGLI ATTI UNILATERALI ALLE FORME CONSENSUALI

SOMMARIO: 1. **Premessa.** – 2. **Il privilegio della p.a.: l'unilateralità e l'imperatività dell'azione amministrativa.** – 3. **La crisi del modello tradizionale: cause e conseguenze. Il riferimento al procedimento amministrativo.** – 4. ... (segue) **ed il riferimento al processo amministrativo.** 5. – **Evoluzione del rapporto in senso paritario: la capacità negoziale e la legge 11 febbraio 2005, n. 15.** – 6. **La negoziabilità del potere e il contratto di diritto pubblico.** – 7. **Gli accordi tra p.a. e privato nell'ottica dell'evoluzione del loro rapporto.** – 8. **Verso una svolta nell'evoluzione della responsabilità della p.a.**

#### 1. Premessa.

Nell'ultimo ventennio si è assistito, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, ad una crescente applicazione di canoni e istituti privatistici ad altri rami del diritto e, in particolar modo, al diritto amministrativo.

A tal proposito, il fenomeno di privatizzazione ha dapprima investito l'organizzazione della pubblica amministrazione – con riguardo alla quale si pensi alla privatizzazione del pubblico impiego avvenuta con d.lgs. 65/2001<sup>1</sup> – e, in seguito, si è esteso anche all'attività della stessa, in merito alla quale l'esempio di maggior rilevanza è quello della contrattazione pubblica.

Sull'attività della p.a. si ritiene opportuno concentrarsi per analizzare a fondo le dinamiche di interazione tra il diritto privato e il diritto pubblico, al fine di comprendere se e come il primo si adatti alle logiche del secondo e allo *status* del soggetto p.a.

Alla luce di ciò, come si avrà modo di vedere, l'art.1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (legge sul procedimento amministrativo) – e prima ancora l'art. 11 c.c., tramite il rinvio a norme di settore – cristallizza la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione. Infatti, al comma 1-bis, introdotto nel 2005, si legge che “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente*”.

---

<sup>1</sup> Si fa riferimento al d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche». Con maggior precisione, il processo di privatizzazione aveva già avuto inizio con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 per mezzo del quale si è proceduto all'applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato anche ai dipendenti pubblici che, in precedenza erano, invece, soggetti ad una particolare disciplina. Tuttavia, erano rimasti esclusi dalla riforma gli atti organizzazione e il rapporto di lavoro dei dirigenti generali. A tale intervento normativo ha fatto seguito il d.lgs. 166/2001 che ha esteso le regole privatistiche anche agli atti di micro-organizzazione e al rapporto di lavoro dei dirigenti generali. Rimangono, comunque, esclusi interi settori come, per esempio, quello della magistratura, o quello diplomatico che, al contrario rimangono soggetti alla particolare disciplina prevista per i dipendenti pubblici. Si veda, in merito, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Saggi di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003, 107 ss.; E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002, 130 ss.

È nella maggiore interazione delle logiche pubblicistiche con i paradigmi privatistici che si colloca la maggior rilevanza accordata al principio dell'affidamento, che impone alla p.a. – in seguito alle riforme, intervenute sulla legge del procedimento amministrativo – di tener conto della legittima aspettativa del soggetto privato in ordine all'ottenimento del bene della vita, nell'esercizio del potere, anche in sede di autotutela.

Sorge, allora, l'interrogativo circa l'opportunità di utilizzo dei moduli privatistici per disciplinare un'attività che, se da un lato richiede i caratteri di unilateralità e imperatività, dall'altro si esplica in situazioni che coinvolgono interessi privatistici; nonché circa la possibilità di riadattare tali moduli alle esigenze del soggetto pubblico.

Alla luce del quadro, così brevemente delineato, si giustificano le ragioni che spingono a porsi tale interrogativo. La prima ragione risiede nell'attualità del tema: lo sforzo legislativo e giurisprudenziale degli ultimi anni ha delineato un quadro innovativo delle regole applicabili alla pubblica amministrazione, soprattutto sotto il profilo della responsabilità civile della stessa. In altri termini, la "civilizzazione" della p.a. è un fenomeno sicuramente in atto ed è quindi di rilevante interesse capirne il fondamento e osservarne l'andamento<sup>2</sup>.

La seconda ragione si fonda sulla convinzione che porsi l'interrogativo riguardante i rapporti tra il diritto privato e il diritto pubblico invita anche a soffermarsi sull'attuale configurazione del primo il quale, per mezzo del secondo, può trovare nuove conferme del proprio carattere. Sicché, sullo sfondo, sarà necessario analizzare la capacità del diritto privato di rimanere sé stesso, sebbene applicato ad ambiti che, tradizionalmente, non gli appartengono, soffermandosi peraltro sulla possibilità che lo stesso subisca modifiche al fine di estendere il proprio perimetro applicativo al soggetto pubblico: il particolare *status* di quest'ultimo non può essere sottaciuto; anzi, è presupposto dell'analisi che si vuole condurre.

A confermare la fluidità del confine tra i due settori del diritto, prima ancora che le novità legislative e giurisprudenziali che, nel corso del lavoro, si evidenzieranno, interviene un dato storico-fattuale che riporta l'attenzione alla metà del XIX secolo. A quell'epoca, infatti, il perimetro applicativo del diritto privato si estendeva fino a comprendere anche l'attività amministrativa, non essendo ancora intervenute quelle riflessioni dottrinali che hanno successivamente condotto all'emancipazione del diritto pubblico: in tal senso, basti pensare al fatto che il provvedimento era studiato attraverso logiche puramente negoziali<sup>3</sup>. In tale prospettiva, appare interessante guardare al

---

<sup>2</sup> A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Eu. e dir. priv.*, 4, 2021, 788: l'A. nota che si tratta di un obiettivo di lungo termine ma comunque da perseguire.

<sup>3</sup> In merito si noti che, fino agli anni Trenta del secolo scorso, lo studio sui caratteri fondamentali del provvedimento amministrativo si è concentrato sugli elementi della causa, della volontà e dei motivi, tenendo come punto di riferimento il contratto; F. CAMMEO, *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1913, 113 ss; S. TRENTIN,

caso della concessione pubblica, che sino agli anni Venti del secolo scorso era incardinata nel sistema privatistico e considerata di natura contrattuale, ed ora invece è inquadrata tra gli atti amministrativi, tornando ad essere oggetto di dibattito in un momento, come quello attuale, in cui, come si vedrà in seguito, forte è l'influenza del diritto comunitario, all'interno del quale la concessione è ricompresa tra i contratti pubblici<sup>4</sup>.

Considerazioni in parte simili possono farsi anche con riguardo al pubblico impiego, che pure è un istituto che è stato oggetto di interventi legislativi che ne hanno modificato la struttura<sup>5</sup>.

In altre parole, nell'individuazione della disciplina da applicare ad alcuni istituti, si nota una certa ciclicità che "porta ad un continuo trapasso di confini tra pubblico e privato"<sup>6</sup>.

---

*L'atto amministrativo*, Roma, 1915, 127 ss; U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranalletti*, vol. I, Padova, 1931, 441 ss.

<sup>4</sup> Originariamente, la concessione, connotata da una componente di fiduciarità, si caratterizzava per il fatto che l'amministrazione pubblica affidasse ad un soggetto, reputato meritevole, estraneo alla sua organizzazione, il compito di provvedere alla costruzione e alla gestione di un'opera pubblica senza effettuare il pagamento di tale opera, ma con l'autorizzazione a sfruttare l'opera economicamente. In sostanza, si trasferivano delle funzioni amministrative dall'amministrazione pubblica al concessionario privato. Il diritto europeo ha, poi, assegnato alla concessione una natura prettamente economica, sicché oggi essa, ai sensi dell'art. 3 Cod. app., rappresenta un «contratto a titolo oneroso [...] in virtù del quale una stazione o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione [...] a più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo [...]». La differenza rispetto agli appalti è che al concessionario è riconosciuto, come corrispettivo, il diritto di gestione dell'opera, eventualmente accompagnato da un prezzo, M. CLARICH, *op. cit.*, 439. In particolare, i contratti passivi, come gli appalti, si distinguono dai contratti attivi, come le concessioni, nel senso che da questi ultimi deriva un'entrata per lo Stato, mentre invece, dai primi, deriva una spesa per lo Stato. Nonostante tale distinzione, questi ultimi sono sottoposti ad una disciplina in gran parte simile a quella dei contratti di appalto. La ragione di tale atteggiamento si rinviene nella necessità di assicurare che il mercato operi all'interno di un ambiente sicuro con la conseguente esigenza di estendere il più possibile le norme previste per la tutela della concorrenza. Si tratta, cioè, di ritenere prevalente, sugli altri interessi, il rispetto della concorrenza e la stabilità del vincolo contrattuale, allontanandosi da logiche che giustificano uno scioglimento unilaterale del patto. Cfr. V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 908; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 1582.

<sup>5</sup> Si è già avuto modo di notare nella nt. 1 che il rapporto di pubblico impiego è stato oggetto di una riforma volta a privatizzare lo stesso, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo. Questo ambito rappresenta, insieme a quello delle concessioni, un esempio per osservare la mutabilità del confine tra diritto privato e diritto pubblico. Si pensi, in merito, che fino ai primi decenni dell'Ottocento il pubblico impiego era stato concepito in termini privatistici e solo successivamente sono affiorate concezioni pubblicistiche. Si vedano A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

<sup>6</sup> R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, Torino, 2017, 11; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, *op. cit.*, 72-73; A. MASSERA, *Nuovi aspetti dell'uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, 605: "Trovare [...] ben calibrati punti di temperamento e di equilibrio tra il pubblico e il privato, pur consapevoli che [...] tali equilibri difficilmente [...] potranno essere fissati una volta per sempre e in maniera identica per tutte le fattispecie".

## 2. Il privilegio della p.a.: l'unilateralità e l'imperatività dell'azione amministrativa.

Tra gli istituti tipicamente civilistici che hanno visto il loro raggio estendersi alla pubblica amministrazione, si può annoverare quello della responsabilità civile.

In via preliminare, occuparsi dei profili di responsabilità civile della pubblica amministrazione porta con sé inevitabili considerazioni sul modo di intendere il soggetto pubblico e, soprattutto, sull'evoluzione del rapporto di quest'ultimo con i privati: sullo sfondo, un tale studio richiede di porre attenzione all'analisi e alla comprensione dei delicati e sempre meno nitidi confini tra la disciplina pubblicistica, che si rivolge al potere amministrativo, e quella privatistica, che invece guarda ai rapporti tra i privati.

In effetti, prima di addentrarsi nell'analisi della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica, sembra opportuno precisare che il fenomeno di responsabilizzazione della p.a. si intreccia, fino a confondersi, con quello dell'evoluzione del soggetto pubblico e, dunque, del rapporto che questo instaura con il privato. Infatti, la p.a. è stata destinataria, a partire dagli ultimi decenni del XIX secolo<sup>7</sup>, di un trattamento giuridico diverso e più favorevole rispetto a quello riservato ai privati cittadini.

La ragione giustificativa di tale trattamento ha radici antiche e risiede nell'idea per cui l'attività del soggetto pubblico, depositario del potere esecutivo e *longa manus* del sovrano, non potesse essere sindacabile, se non a costo di incrinare la stabilità del governo e di ledere la certezza dei rapporti tra apparato burocratico e cittadini.

In altre parole, la percezione che si aveva degli uffici pubblici, fino alla seconda metà dello scorso secolo, equivaleva a quella di organi impenetrabili, non tenuti a giustificare le ragioni del loro operato e pertanto "immuni" al sindacato sulla legittimità dei loro atti.

Tale sistema si basava, infatti, sulla presunzione di legittimità degli atti amministrativi emanati dall'autorità, investita del potere di esercitare la propria discrezionalità per la tutela del benessere collettivo.

In quest'ottica, lo strumento principale di esercizio del potere amministrativo era tradizionalmente rappresentato dal provvedimento unilaterale e imperativo, atto a realizzare direttamente gli effetti cui è preordinato data la sua idoneità a modificare la sfera giuridica dell'amministrato senza il consenso di questi. E, peraltro, passibile di esecutività per mano del suo

---

<sup>7</sup> Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 25, che riferisce la nascita dell'apparato pubblico alla Francia della seconda metà del XVIII secolo in cui dapprima la p.a. ha rappresentato l'insieme degli uffici posti al servizio del sovrano assoluto, per diventare, in seguito, un'organizzazione necessaria all'esplicazione del potere esecutivo.

autore, la p.a., titolare quindi di un potere di autotutela, inteso come il potere di farsi giustizia da sé, dando immediata esecuzione all'atto anche contro la volontà del destinatario<sup>8</sup>.

Il rapporto tra amministrazione e cittadini si risolveva, dunque, in una verticalizzazione della relazione, in cui il cittadino occupava il ruolo di solo destinatario delle decisioni assunte dall'autorità e in cui era «giuridicamente irrilevante» la sussistenza di un suo consenso<sup>9</sup>.

Questo non significa che il privato fosse completamente privo di tutele davanti all'azione amministrativa; infatti, questa è da sempre retta dal principio di legalità in virtù del quale l'amministrazione può esercitare esclusivamente poteri attribuiti per mezzo di una norma di legge e nei limiti stabiliti da quella norma, nonché per il perseguimento di uno specifico interesse pubblico<sup>10</sup>.

In tal senso, dunque, il provvedimento rappresentava una garanzia per il privato cittadino in una duplice forma: da un lato, il carattere della funzionalizzazione si risolveva nella sicura tensione dell'azione amministrativa verso la realizzazione del bene collettivo, dall'altro l'esistenza di un provvedimento assicurava la tutela giurisdizionale che passava necessariamente attraverso il provvedimento medesimo.<sup>11</sup>

In tale scenario, come accennato, quasi a nulla rilevava l'invalidità del provvedimento, in primo luogo perché questo, anche se invalido – essendo caratterizzato da una particolare efficacia, legata alla natura autoritativa del potere esercitato – risultava ugualmente idoneo a produrre i suoi effetti; in

---

<sup>8</sup> M.S. GIANNINI, voce *Atto Amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1957, 160-164: i provvedimenti «hanno tutti un tratto in comune, che ne costituisce la fine sostanza: si essere l'affermazione del momento dell'autorità [...] ogni volta che l'amministrazione agisce con un provvedimento amministrativo, essa attua il momento dell'autorità e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati»; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 91: «il provvedimento è una manifestazione concreta di potere d'imperio»; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 15.

A tal proposito, si deve a Giannini la teorizzazione del provvedimento come atto amministrativo per eccellenza e la sua emancipazione dalla concezione negoziale che ritrovava nel provvedimento un esempio di dichiarazione di volontà. In conseguenza di ciò, la nuova prospettiva definisce l'atto amministrativo, in primo luogo, in relazione alla sua funzione; si veda R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, 13; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 25.

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, 531. Nello stesso senso si guardi F.G. SCOCA, *op. cit.*, 109: «il provvedimento è imperativo perché non contempla il consenso del titolare delle situazioni soggettive che il provvedimento stesso – in un modo o nell'altro – modifica».

<sup>10</sup> Al riguardo, si noti che, a parere della prevalente dottrina, è possibile distinguere tra legalità-indirizzo e legalità-garanzia: la prima attiene allo scopo che deve essere perseguito e quindi all'elemento della funzionalizzazione; la seconda guarda alle modalità, anche organizzative, che devono essere osservate per perseguire tale scopo; V. LOPILATO, *op. cit.*, 22.

<sup>11</sup> È opportuno notare che solo con l'introduzione dell'istituto del silenzio significativo, avvenuta con la L.241/90, si è superata la concezione che vede l'azione amministrativa sindacabile solo laddove si sia presente un provvedimento amministrativo. La rilevanza accordata al silenzio inadempimento e la *fiction iuris* che caratterizza silenzio-assenso e silenzio-rigetto permettono, oggi, ai privati cittadini di trovare tutela anche davanti all'inerzia dell'amministrazione pregiudizievole per gli interessi dei privati.

secondo luogo, nella maggior parte dei casi, all'amministrazione era riservato un trattamento privilegiato, in punto di responsabilità, tale da renderla generalmente impermeabile alle lamentele dei cittadini.

Se il provvedimento rappresentava il principale strumento per l'esercizio del potere, l'attività dell'amministrazione non si esauriva e non si esaurisce in questo: infatti, da sempre, è riconosciuta all'amministrazione anche la possibilità di operare come un privato<sup>12</sup> e, dunque, in tal senso, la p.a. è caratterizzata da un dualismo funzionale in base al quale l'attività svolta dalla stessa assume natura – e soggiace ad una disciplina – diversa a seconda che essa agisca esercitando un potere oppure comportandosi come un privato. Tale particolarità rappresenta un tratto fondamentale nella comprensione del fenomeno di slittamento della disciplina pubblicistica verso canoni privatistici, e induce a riflettere sul reale compito svolto dal soggetto pubblico quando entra in relazione con il privato cittadino. Più precisamente, come accennato, la pubblica amministrazione svolge un'attività autoritativa quando esercita un potere attribuitole da una norma di legge<sup>13</sup>, cosa che avviene quando emana un provvedimento di autorizzazione all'esercizio di un'attività, oppure adotta un provvedimento di espropriazione di un suolo privato; essa, tuttavia, può svolgere anche attività privatistica, il che avviene per esempio quando stipula contratti di diritto comune oppure quando è proprietaria di immobili o esercita custodia su un bene: vale a dire quando si comporta come privato diventando destinataria delle norme di diritto comune.

Stante la dicotomia – sopra delineata – tra attività *iure privatorum* e *iure imperii*, in quest'ultimo caso, quando la p.a. emana atti provvedimenti con forza imperativa, questi producono effetti secondo lo schema “norma-fatto-potere-effetto”, anziché secondo il generale schema “norma-fatto-effetto”<sup>14</sup> tipico delle relazioni privatistiche. Infatti, in virtù del primo paradigma, perché si verifichi l'effetto è necessario che un soggetto eserciti un potere; così, perché venga ad esistenza la posizione di interesse legittimo, è necessario che l'altro soggetto del rapporto, la p.a., eserciti il suo potere. Si pensi, al riguardo, al caso del permesso di costruire, in cui, in presenza di una legge che prevede la possibilità di costruire e in presenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge, il privato non può

---

<sup>12</sup> In proposito, è bene notare che l'identificazione di un'attività privatistica dell'amministrazione non è mai stata posta in dubbio. Questo in forza di una ragione temporale: al momento della nascita degli apparati burocratici, intorno alla metà dell'Ottocento, il diritto amministrativo ancora non era una branca autonoma dell'ordinamento e, in prevalenza, gli apparati pubblici erano sottoposti alle regole del diritto comune. Solo a partire dalla metà del XIX secolo la dottrina porrà l'attenzione sulla costruzione del diritto amministrativo rivendicandone il ruolo di regola all'interno dell'organizzazione amministrativa; sul punto, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 15; G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, 162; P. GROSSI, *La scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 28.

<sup>13</sup> Art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241 il quale sancisce il principio di legalità dell'azione amministrativa.

<sup>14</sup> M. CLARICH, *op. cit.*, 115.

effettivamente costruire in assenza di un atto autorizzativo, espressione del potere dell'amministrazione.

Diversamente, in presenza dello schema norma-fatto-effetto, l'effetto giuridico discende direttamente dalla legge senza l'intermediazione di un potere. È il caso, ad esempio, del diritto di proprietà che può essere esercitato dal proprietario, direttamente, in presenza dei requisiti previsti dalla legge.

La distinzione tra attività *iure privatorum* e attività *iure imperii* si rende necessaria data la peculiarità del soggetto 'pubblica amministrazione' e considerato che, nello svolgimento dell'attività autoritativa, sono in gioco interessi pubblici la cui tutela giustifica la posizione di primazia della p.a., all'interno del rapporto con il cittadino, e porta a preferirli nel bilanciamento con gli interessi privati.

Se da un lato, infatti, nell'attività *iure privatorum* è, come si vedrà, riconosciuto spazio applicativo all'intera disciplina di diritto comune, dall'altro, tale disciplina ha allargato il proprio raggio d'azione anche all'attività autoritativa, sebbene questa aderisca a logiche, a prima vista, inconciliabili con quelle privatistiche<sup>15</sup>.

### **3. La crisi del modello tradizionale: cause e conseguenze. Il riferimento al procedimento amministrativo.**

Il processo di erosione del privilegio dell'amministrazione inizia a manifestarsi in coincidenza con i mutamenti del ruolo dello Stato nella società e in conseguenza delle trasformazioni economico-sociali. L'avvento della società pluriclasse e la diretta attuazione del principio democratico contribuiscono ad incoraggiare il processo di slittamento del soggetto pubblico verso logiche maggiormente vicine al diritto privato.

Nel periodo storico immediatamente successivo alle due Guerre, con l'entrata in vigore della Costituzione, insieme agli elementi propri dello stato di diritto, il cittadino da mero destinatario delle norme si trasforma in soggetto legittimato a partecipare alle scelte sul benessere della collettività e a collaborare con l'amministrazione. In questo contesto di profonde trasformazioni sociali non sarebbe stato più comprensibile «ritirare l'amministrazione in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo e dell'atto unilaterale»<sup>16</sup>, e si è reso pertanto necessario

---

<sup>15</sup> V. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca di confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 515 ss., nel senso di una crisi della distinzione tra le due branche del diritto.

<sup>16</sup> G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1974, 49. Si veda anche A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2005, 23: «A mio giudizio oggi il diritto amministrativo non è caratterizzato dall'unilateralità dell'azione o dalla non negoziabilità dell'attività amministrativa. È caratterizzato invece dall'imparzialità e dalla doverosità dell'agire, dalla garanzia del terzo

ripensare all'attività amministrativa in un'ottica di cooperazione tra il soggetto pubblico e i privati, utile a ricercare la migliore soluzione per perseguire l'interesse pubblico.

Come si vedrà in seguito, in tal senso, la collaborazione tra le due parti del rapporto pubblico è diventata necessaria, da un lato per garantire i diritti dei privati e dei terzi<sup>17</sup>, dall'altro per raggiungere la migliore soluzione per la collettività. Infatti, spesso i privati hanno maggiore percezione della situazione concreta e dunque la loro collaborazione è necessaria per colmare il divario informativo esistente rispetto all'amministrazione.

A ben guardare, all'origine del fenomeno di estensione del perimetro applicativo delle norme privatistiche, si possono individuare almeno due fattori: da un lato, l'influenza del diritto comunitario sull'ordinamento giuridico nazionale<sup>18</sup>; dall'altro, la tendenza del legislatore italiano ad orientare l'azione della p.a. verso un maggior dialogo con il cittadino.

Quanto al primo profilo, in ragione di una crescente integrazione economica, politica e sociale, realizzatasi negli ultimi due decenni tra gli stati europei, il diritto comunitario ha assunto un ruolo via via più rilevante all'interno dell'ordinamento nazionale, indirizzando l'ordinamento giuridico del Paese verso principi di stampo privatistico, da sempre maggiormente attenti alla tutela della concorrenza e tendenzialmente sfavorevoli all'introduzione di istituti che privilegiano una sola delle parti del rapporto.

Per quel che riguarda, invece, la tendenza del legislatore italiano ad orientare l'azione della p.a. in senso dialogico, essa è stata concepita, al sorgere dell'ultimo decennio del secolo scorso, in relazione alla risalente richiesta dei privati di ottenere maggiori spazi di accesso e partecipazione alla formazione degli atti amministrativi e, al contempo, alla parificazione dei doveri. In particolare, al fine di adeguare le norme del diritto positivo all'esigenza di trasparenza delle istituzioni e di più ampia partecipazione dei cittadini alla formazione della volontà dei pubblici poteri, sono intervenute numerose riforme, relative alla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90). Tra queste, di particolare interesse è la previsione dell'obbligo di risarcimento del danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo posto in capo alla p.a. dall'art. 2-*bis* della L. 241/90 (come novellata nel 2009 prima, e nel 2013 poi), che va a comporre il quadro di una disciplina pubblicistica attenta alle posizioni dei soggetti con cui l'amministrazione si relaziona. Al riguardo, nello specifico, si tratta del riconoscimento – pacifico – del risarcimento del danno da ritardo causato

---

e da tutta una serie di valori ai quali non si può rinunciare, se non modificando il modello costituzionale di amministrazione».

<sup>17</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op.cit., 39. L'A. fa notare come al binomio libertà-autorità basato sulla natura oppositiva dell'interesse del privato, si affianca una relazione basata sulla dicotomia funzioni amministrative-interessi del cittadino.

<sup>18</sup> A. GIUSTI, op. cit., 59.

dell'amministrazione nell'adozione di un provvedimento, favorevole<sup>19</sup> per il privato, ma tardivo, e della disputa sull'ammissibilità del danno da "mero" ritardo nel caso di adozione di provvedimento legittimo, sfavorevole e tardivo<sup>20</sup>.

In particolare, mentre con riguardo alla prima ipotesi è indubbio il diritto al risarcimento del danno per aver ottenuto in ritardo il bene della vita verso cui il cittadino nutrive legittima aspettativa<sup>21</sup>, con riguardo alla seconda ipotesi ci si chiede se il ritardo nell'adozione di un provvedimento legittimo di diniego possa generare un diritto al risarcimento del danno da "mero ritardo", cioè non legato all'ottenimento del bene della vita, giustamente negato. A tal proposito, mentre per alcuni<sup>22</sup>, la tutela del privato deve essere legata ad un bene sostanziale e, quindi, il diritto al risarcimento del danno sussisterebbe solo ove fosse provata l'illegittimità dell'atto e la lesione di un interesse legittimo; per altra tesi<sup>23</sup>, il privato sarebbe titolare di un diritto al risarcimento del danno anche quando sia stata violata la sua aspettativa a ricevere una risposta da parte dell'amministrazione nei termini previsti<sup>24</sup>.

In altre parole, ad avviso di tale ultimo orientamento, l'affidamento del privato nella tempestività dell'azione pubblica deve essere tutelato quale bene in sé e a prescindere dalla fondatezza della

---

<sup>19</sup> Riguardo a tale fattispecie, non vi è dubbio sul riconoscimento del diritto al risarcimento e, in merito, si veda T.A.R. Lazio, Roma, 1 marzo 2017, n. 3001, in *Foro amm.*, 2017, 740; T.A.R. Lombardia, Brescia, 9 maggio 2016, n. 630, reperibile in *Banca dati DeJure*.

<sup>20</sup> Sul punto, cfr. *infra*, Cap. 3, par. 2.

<sup>21</sup> In merito, si noti che di recente è stata rimessa all'Ad. Plen. da parte del consiglio giuridico amministrativo per la Regione Siciliana con C.g.a., 15 dicembre 2020, n. 1136, la questione circa l'ammissibilità o meno della responsabilità della p.a. «se, successivamente all'inerzia dell'amministrazione su istanza pretensiva del privato, di per sé foriera di ledere il solo bene tempo, si verifichi una sopravvenienza normativa che, impedendo al privato di realizzare il progetto al quale l'istanza era preordinata, determini la lesione dell'aspettativa sostanziale sottesa alla domanda presentata all'amministrazione, che sarebbe stata comunque soddisfatta, nonostante l'intervenuta nuova disciplina, se l'amministrazione avesse ottemperato per tempo».

<sup>22</sup> Cons. Stato, 25 marzo 2016, n. 1239, in *Giur. it.*, 2016, 1994 ss., con nota di S. COLOMBARI, *Le valutazioni ambientali dei progetti ed il risarcimento del danno da ritardo*, e in *Giornale di dir. amm.*, 2016, 786 ss., con nota di G. SABATO, *L'elemento soggettivo nel danno da ritardo*.

<sup>23</sup> Cons. Stato, 21 marzo 2011, n. 1739 in *Giur. it.*, 2012, 448 ss., con nota di T. BONETTI, *Pubblica amministrazione e danno da ritardo: il fattore «temporale» come bene della vita*.

<sup>24</sup> Sembra opportuno specificare che dall'ipotesi di provvedimento, sfavorevole e tardivo, legittimo, si differenzia quella in cui, invece, il medesimo provvedimento sia illegittimo in quanto, in tal caso, si torna a parlare del "danno da ritardo" e non del "danno da mero ritardo", visto che la pretesa risarcitoria è legata all'ottenimento del bene della vita, leso dall'azione dell'amministrazione. Al riguardo, ove il privato impugni tempestivamente il provvedimento di diniego, la valutazione circa il diritto al risarcimento del danno si atteggia diversamente a seconda che si sia in presenza di attività vincolata o attività discrezionale della p.a. Nel primo caso, il giudice, una volta annullato il provvedimento di diniego, riconoscendo la spettanza del bene della vita, può condannare la p.a. ad adottare il provvedimento richiesto e, allo stesso tempo, può riconoscere il risarcimento del danno da ritardo nell'ottenimento del bene. Invece, nel caso di attività discrezionale, il giudice, dopo aver annullato il provvedimento di diniego può solo condannare la p.a. a provvedere e, ove quest'ultima, in sede di ri-esercizio del potere, ritenga di dover accogliere la richiesta del privato, questi potrà agire per il risarcimento del danno da ritardo.

Si noti che, laddove il privato non impugni tempestivamente il provvedimento, lasciando cristallizzare la decisione a sé sfavorevole, non potendosi più far valere l'illegittimità dell'atto e quindi la pretesa sul bene della vita negato, si ripresenta, negli stessi termini, il dibattito sull'ammissibilità del danno da "mero ritardo".

pretesa oggetto del procedimento tardivamente concluso. Tanto sulla base del fatto che il ritardo nell'adozione di un provvedimento, seppure di diniego, genera incertezza giuridica e non permette al privato di orientare le proprie scelte, ponendo così un limite alla libertà di autodeterminazione dello stesso<sup>25</sup>.

Tale indirizzo si inserisce nel filone che riconosce tutela agli interessi procedurali, in linea con la crescente importanza accordata al momento relazionale tra p.a. e cittadino, e contribuisce a evidenziare quindi con chiarezza l'avvicinamento del soggetto pubblico all'esigenza del cittadino, che nel caso del danno da mero ritardo risiede nel diritto a ricevere dalla p.a. una risposta (positiva o negativa che sia) nel tempo stabilito che, ai sensi dell'art. 2 L. 241/90, non può essere superiore ai novanta giorni. Come avremo modo di vedere nel prosieguo, circa la violazione del termine di conclusione del procedimento, è sorto dibattito circa la possibilità di individuare una fattispecie della responsabilità della p.a. legata alla lesione dell'affidamento, riposto dal privato, nella correttezza della condotta del soggetto pubblico<sup>26</sup>.

Ugualmente significativa, in tal senso, è la riforma dell'art. 21-*octies* della legge sul procedimento<sup>27</sup>, la quale, al comma 2, codifica – in netta rottura col sistema previgente – una sorta di principio di prevalenza della sostanza sulla forma in quanto, in virtù di tale disposizione, un provvedimento amministrativo che pure presenti un vizio di annullabilità non sarebbe poi nel concreto annullabile laddove si dimostri che, trattandosi di attività vincolata, il contenuto sostanziale di tale atto non avrebbe potuto essere differente, anche in assenza del vizio<sup>28</sup>. Tale disposizione pure pone in luce la nuova concezione del rapporto p.a.- cittadino in virtù della quale non si deve guardare più (tanto, o solo) alla regolarità formale del provvedimento, ma è necessario concentrarsi sul rapporto che tramite quel provvedimento si instaura tra i due soggetti: privilegiandosi il risultato sostanziale rispetto alla forma, il baricentro è posto non più sull'atto – frutto del procedimento – e sulla sua legittimità formale, bensì sul contenuto del provvedimento stesso, e dunque sul rapporto che, di fatto,

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, 453, con nota di V. MIRRA; in *Giur. it.*, 2018, 1983 ss., con nota di G.D. COMPORI; in *Corr. giur.*, 2018, 1547 ss., con nota di F. TRIMARCHI BANFI, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 639 ss., con nota di L. GIAGNONI; in *Guida al dir.*, 2018, fasc. 23, 88 ss., con nota di M. CLARICH – G. FONDERICO; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1594 ss., con nota di S. FOÀ – M. RICCIARDO CALDERARO; è interessante notare come tale pronuncia è la medesima con cui, come si vedrà in seguito, la giurisprudenza amministrativa riconosce la responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase precedente all'aggiudicazione della gara.

<sup>26</sup> Cfr. Cap. 3 par. 2.

<sup>27</sup> Ancora, la L. 241/90 come modificata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15.

<sup>28</sup> Si noti che la natura dell'art. 21 *octies*, comma 2, L. 241/90 non è pacifica: a parere di una prima ricostruzione si sarebbe in presenza di una norma di natura processuale: il provvedimento viziato nella forma non è annullabile, perché mancherebbe una delle condizioni dell'azione di annullamento, cioè l'interesse ad agire (infatti, non ci sarebbe alcun interesse ad ottenere l'annullamento di un provvedimento che potrebbe essere nuovamente adottato dalla p.a.) e il processo andrebbe chiuso con una sentenza di rito di improcedibilità; ad avviso di opposto orientamento, si tratterebbe di una norma di natura sostanziale e il provvedimento che appare viziato, in realtà, è valido in quanto ha raggiunto il suo scopo. Pertanto, un eventuale ricorso, in merito, risulterebbe del tutto infondato.

si instaura tra i soggetti<sup>29</sup>. A tal proposito, alla medesima logica si ispira l'art. 34 comma 3 c.p.a., che esclude una pronuncia di annullamento quando quest'ultima non soddisferebbe più l'interesse del ricorrente: in tal caso, infatti, la norma dispone che il giudice possa sì accertare l'illegittimità dell'atto, ma solo a fini risarcitori<sup>30</sup>. Ebbene, tale ultima norma, insieme all'art. 21 *octies*, permette di porre in essere soltanto gli annullamenti "utili": quelli derivanti, cioè, da vizi che realmente incidono sulla situazione sostanziale finale.

È nel solco tracciato dalla crescente e necessaria interazione dei due soggetti del rapporto pubblico che si colloca la maggior rilevanza accordata al principio dell'affidamento, il quale impone alla p.a. – in seguito alle riforme, intervenute sulla legge del procedimento amministrativo – di tener conto, nell'esercizio del potere, della legittima aspettativa del soggetto privato in ordine all'ottenimento del bene della vita. Questo aspetto rileva non solo nella fase fisiologica del rapporto – quale quella del procedimento diretto a emanare un provvedimento di primo grado – ma anche in sede di esercizio del potere di autotutela: quest'ultimo è preordinato ad emanare un provvedimento di secondo grado, con effetto caducatorio del precedente, e rappresenta il paradigma della primazia del soggetto pubblico. Ciononostante, anche all'interno del procedimento di secondo grado, la riforma intervenuta nel 2014 (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, c.d. riforma Madia) ha imposto di tenere in considerazione l'affidamento del privato: in quest'ottica, l'annullamento d'ufficio trova un limite temporale entro il quale può essere esercitato, e la revoca prevede un obbligo di indennizzo a favore del cittadino pregiudicato dal provvedimento caducatorio<sup>31</sup>.

#### **4. ... (segue) ed il riferimento al processo amministrativo.**

Sebbene le novità finora analizzate riguardino l'ambito del procedimento amministrativo, è opportuno notare che l'evoluzione del rapporto tra privato e amministrazione non ha toccato solo tale ambito, bensì ha coinvolto e coinvolge anche il profilo processuale. Come si avrà modo di vedere, in questo campo, il rapporto tra privato e pubblico si intreccia con l'evoluzione della figura dell'interesse legittimo che, in effetti, rappresenta la pozione in cui si trova il privato davanti all'esercizio della

---

<sup>29</sup> Preme sottolineare che questa tendenza è ravvisabile anche relativamente al danno da mero ritardo, sopra citato, al cui interno ci si concentra maggiormente sul rapporto (piuttosto che sull'atto): questi spunti saranno approfonditi nel successivo Cap. 3, par. 2

<sup>30</sup> Si noti, in merito, che la norma si inserisce all'interno della distinzione tra norme di validità e norme di responsabilità e la conferma, infatti, a prescindere dal fatto che il provvedimento venga dichiarato annullabile, il giudice può riconoscere il diritto al risarcimento del danno. L'argomento sarà analizzato nel paragrafo successivo.

<sup>31</sup> Si vuole aggiungere che, peraltro, l'eventuale soggezione della p.a. al diritto privato non equivale alla sottrazione a qualsiasi regola e controllo, infatti, alle regole civilistiche tradizionali basate sul dogma della volontà individuale, ne sono state affiancate delle altre, anche a seguito dell'influenza costituzionale e comunitaria che regolano l'attività posta in essere nell'interesse di un terzo o che tutelano il contraente debole.

pubblica amministrazione. Infatti, nell'ambito della teoria generale del diritto, a fronte dell'esercizio del potere da parte di un soggetto, sorge, in capo a controparte, una posizione di interesse legittimo. Questa figura, all'interno del nostro ordinamento, si contrappone a quella di diritto soggettivo che, invece, presuppone che controparte sia titolare di un obbligo.

Il fatto che non sia presente, all'interno dell'ordinamento, una definizione di diritto soggettivo e interesse legittimo, ha spinto la dottrina a cercare dei criteri per poter distinguere tra le due posizioni soggettive. Le teorie avanzate in merito sono state diverse e tra queste, in passato, ha assunto particolare rilevanza quella della degradazione in virtù della quale il diritto del privato, davanti all'esercizio del potere da parte della p.a., degraderebbe ad interesse legittimo. Più nello specifico, l'interesse legittimo altro non sarebbe che un diritto soggettivo compresso dall'esercizio del potere<sup>32</sup>.

Come è facile intuire, la concezione sottesa a tale teoria è quella di un interesse legittimo inteso come posizione soggettiva "minore" rispetto al diritto soggettivo, pertanto non meritevole delle medesime tutele. D'altra parte, tale concezione trovava perfetta corrispondenza nella struttura del processo amministrativo che, in effetti, accordava al privato la sola tutela caducatoria: il privato avrebbe potuto soltanto impugnare un atto a sé sfavorevole chiedendone l'annullamento.

Da tale impostazione discendevano chiare implicazioni, apprezzabili su diversi fronti della tutela. In primo luogo, nessun tipo di tutela risarcitoria veniva o al privato; in secondo luogo, il privato non era ammesso a lamentare l'inerzia della amministrazione pubblica e quindi il suo silenzio davanti ad una richiesta del primo.

Alla luce di tale quadro, gli ambiti appena citati – quello della tutela risarcitoria e quello della tutela contro l'inerzia della p.a. – hanno rappresentato il campo d'azione della giurisprudenza che, in entrambi i settori, si è fatta promotrice di un nuovo modo di intendere la tutela del cittadino al punto da stravolgere la visione tradizionale del rapporto tra amministrazione e privato: ciò ha comportato, ancora una volta, un avvicinamento della prima alle esigenze del secondo.

Relativamente al primo ambito – quello riguardante la tutela risarcitoria degli interessi legittimi – in un primo momento, la giurisprudenza tentò di assicurare al privato il risarcimento del danno utilizzando la teoria della degradazione<sup>33</sup>. Come visto, sulla scorta di tale impostazione, si sosteneva che il diritto soggettivo fosse compresso dall'esercizio del potere che trasformava il primo in interesse

---

<sup>32</sup> In tal senso, per tutti, si v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, 103, che definisce l'interesse legittimo quale «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità». In termini simili, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, già parlava dell'interesse legittimo quale «situazione giuridica soggettiva minore rispetto al diritto soggettivo».

<sup>33</sup> Tesi ben spiegata in F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 358, nonché in ID., *Il processo amministrativo ieri, oggi e domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. Amm.*, 2020, 1101.

legittimo<sup>34</sup>. Da qui la conseguenza per cui il privato che fosse riuscito ad ottenere l'annullamento del provvedimento a sé sfavorevole, di fatto, avrebbe visto il suo diritto soggettivo, fino a quel momento compresso, ri-espandersi e riacquistare la propria forma. Pertanto, una volta eliminato l'ostacolo alla completa realizzazione del suo diritto, il privato avrebbe potuto agire per la tutela risarcitoria dello stesso lamentando l'ingiusta compressione<sup>35</sup>.

In effetti, tale soluzione presentava un duplice vantaggio: da un lato assicurava la tutela risarcitoria a fronte di un provvedimento lesivo, dall'altro non metteva in discussione il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi consentendo di risarcire solo il diritto soggettivo ri-espanso.

Tuttavia, proprio tale secondo aspetto costituiva il presupposto per ritenere tale soluzione solo in parte efficace. Infatti, a ben guardare, la teoria della degradazione trovava utilità solo in presenza di interessi legittimi oppositivi e non anche davanti agli interessi legittimi pretensivi, dal momento che gli interessi pretensivi non si "oppongono" all'esercizio del potere e dunque non possono essere, dallo stesso, compressi. Si pensi, in merito, all'interesse legittimo ad aprire un'attività di ristorazione: il provvedimento sfavorevole dell'amministrazione (contro cui il privato potrebbe agire) non comprime alcuna posizione soggettiva preesistente, visto che non esiste il diritto soggettivo ad aprire un'attività. Inoltre, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza, in termini teorici – aggirando il problema dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi – non rappresentava alcun passo in avanti nella tutela dell'interesse legittimi e, in ultima analisi, del privato.

A questo proposito, come si avrà modo di vedere nel successivo capitolo, la svolta è stata determinata dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99<sup>36</sup> per mezzo della quale è venuto il meno il dogma di irrisarcibilità degli interessi legittimi ed è stato compiuto un ulteriore passo nell'ottica dell'avvicinamento dell'amministrazione pubblica alle esigenze dei privati.

Nella medesima ottica si inserisce la maggiore tutela accordata al privato a fronte dell'inerzia dell'amministrazione pubblica. A questo proposito, l'introduzione del codice del processo

---

<sup>34</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui la p.a. emani un provvedimento di esproprio: il diritto di proprietà sarebbe compresso tanto da diventare un interesse legittimo. Tuttavia, in seguito all'annullamento del provvedimento invalido, il diritto di proprietà tornerebbe a ri-espandersi, consentendo al privato di domandare il risarcimento del danno davanti al giudice ordinario (unico ammesso a pronunciarsi sui diritti soggettivi, salvo i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) per illegittima lesione del suo diritto soggettivo.

<sup>35</sup> Naturalmente questo implicava che, prima di potere richiedere il risarcimento del danno per la lesione al diritto soggettivo davanti al g.o., si doveva chiedere l'annullamento del provvedimento: di fatto l'azione di annullamento davanti al g.a. era necessariamente pregiudiziale a quella risarcitoria davanti al g.o.

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 1, 3201 ss., con note di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti interrogativi*, A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, R. CARANZA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità* e E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenziale in materia risarcitoria*; in *Corr. giur.*, 1999, 1367 ss., con note di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"* e V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile..."*.

amministrativo, avvenuta nel 2010<sup>37</sup>, ha rappresentato una svolta in quanto, tramite esso, ha visto la luce l'azione avverso il silenzio della p.a.

La fattispecie a cui si fa riferimento è quella in cui, in seguito a istanza del privato, la pubblica amministrazione rimane inerte, non emanando alcun atto provvedimento. In passato, l'assenza di un provvedimento, all'interno di un processo improntato all'annullamento dello stesso, rendeva, di fatto, impossibile la tutela per il privato il quale, quindi, rimaneva sprovvisto di azioni per far valere la sua pretesa. Anche in questo caso, lo sforzo giurisprudenziale ha giocato un ruolo rilevante dal momento che, in una prima fase<sup>38</sup>, ciò condusse ad equiparare il silenzio dell'amministrazione ad un provvedimento di rigetto. In altri termini, se la p.a. non rispondeva entro un termine, l'istanza del privato doveva intendersi come rigettata consentendo a questi di agire contro tale "decisione".

Se da un punto di vista pratico, tale stratagemma rappresentava un importante passo in avanti nella considerazione della posizione del privato, a ben guardare esso non era scevro da criticità. Infatti, nonostante la sua indiscussa utilità nell'immediato (soprattutto a favore del cittadino), utilizzare tale meccanismo di *fiction iuris* non rappresentava una buona soluzione rispetto alla cura dell'interesse pubblico: sebbene il silenzio, per volontà giurisprudenziale, fosse equiparato ad un provvedimento con un determinato contenuto, in realtà, esso serviva a mascherare un'incuranza della pubblica amministrazione, che di fatto abdicava al proprio compito di provvedere.

Gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza, sia con riferimento all'azione risarcitoria, sia con riferimento alla tutela contro l'inerzia dell'amministrazione hanno trovato conferma nel codice del processo amministrativo per mezzo del quale la tutela processuale del privato nei confronti dell'amministrazione è stata, finalmente, oggetto di una disciplina compiuta.

Con riguardo alla tutela risarcitoria, il legislatore del codice ha cristallizzato il principio di risarcibilità dell'interesse legittimo all'art. 30 c.p.a. prevedendo un'azione autonoma con termini di prescrizione propri<sup>39</sup>.

Anche nell'ambito del silenzio dell'amministrazione, la presa di posizione del legislatore ha seguito la giurisprudenza, e l'entrata in vigore del codice ha recato con sé la tutela avverso il silenzio dell'amministrazione all'art. 117 c.p.a.<sup>40</sup>. Questo, a differenza del meccanismo di silenzio

---

<sup>37</sup> D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>38</sup> Sul punto, si v. F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*, nonché R. ROTIGLIANO, *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 747 ss.

<sup>39</sup> Si avrà modo di chiarirne determinati aspetti nel successivo capitolo, al par. 4.

<sup>40</sup> Per maggiore chiarezza, l'azione avverso il silenzio può essere utilizzata nei casi di c.d. "silenzio-inadempimento" dell'amministrazione pubblica: si tratta, cioè, delle ipotesi di silenzio non significativo. Infatti – nonostante l'introduzione del codice del processo amministrativo e dell'azione avverso il silenzio – sussistono ancora, all'interno della materia pubblicistica, ipotesi di silenzio significativo, in cui continua ad operare il meccanismo di *fiction iuris* di cui si è detto nel testo. In particolare, il rapporto esistente tra silenzio-assenso e silenzio-diniego è quello riproducibile nel binomio regola-eccezione. Infatti, se il campo di applicazione del silenzio-assenso (come regola) è stabilito, in via generale, dall'art. 20

significativo, in effetti offre una tutela piena al privato che agendo con l'azione prevista può chiedere al giudice di condannare l'amministrazione pubblica a provvedere, interessandosi alla cura dell'interesse pubblico.

Si avrà modo di vedere come tale azione rappresenta un elemento fondamentale nella tutela dell'affidamento del privato a fronte dei ritardi dell'amministrazione. Infatti, consente al cittadino di lamentare l'inerzia del soggetto pubblico e, in particolare, la violazione del termine del procedimento amministrativo.

Sebbene azione risarcitoria e azione avverso il silenzio, nell'ottica dell'analisi che si propone di svolgere, occupano un ruolo di primo rilievo, è utile notare che queste due azioni non rappresentano i soli vantaggi derivanti dall'introduzione del codice del processo amministrativo che, nel suo complesso, ha dato grande impulso anche alla tutela cautelare e, più in generale, alla tutela degli interessi legittimi<sup>41</sup>. Proprio in quest'ultima prospettiva, in seguito alla sua entrata in vigore, ci si è interrogati circa l'estensione di tale tutela e dunque circa la finalità perseguita dal codice.

Infatti, è sorto un dibattito in merito ai principi su cui il codice è basato e, più nello specifico, all'opportunità di concedere al privato l'esperimento di azioni non specificamente previste nel codice: in altre parole, ci si è chiesti se le azioni a tutela dell'interesse legittimo fossero tipiche (essendo, dunque, le azioni limitate esclusivamente a quelle *tassativamente* previste dal c.p.a.) ovvero atipiche (potendosi esperire azioni diverse da quelle nominate nel codice).

---

L. 241/90, le ipotesi di silenzio-diniego devono essere espressamente previste dalla legge, come nel caso dell'art. 36 T.U.E. Denomina "silenzio procedimentale" il silenzio non significativo, M.A. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 207.

<sup>41</sup> Con riferimento alla tutela cautelare, prima del codice era ammessa solo l'azione sospensiva dell'esecuzione del provvedimento: questa però, davanti ad un provvedimento di diniego, risultava poco utile per la tutela dell'interesse pretensivo. A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui il privato si rivolga all'amministrazione pubblica per ottenere un permesso di costruire: laddove la p.a. rigetti tale istanza, la sospensione degli effetti del provvedimento non servirà al privato ad ottenere quello che chiede (*i.e.* il permesso). Anche in tale ambito, all'introduzione del codice del processo è coincisa una maggiore tutela per il privato, dal momento che l'art. 55 co. 1 c.p.a. prevede che il ricorrente possa chiedere le misure «che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso», sancendo, sul punto, il principio di atipicità. Nella medesima ottica, è importante sottolineare anche l'introduzione dell'azione di adempimento: in passato, si è ritenuto che il g.a. non potesse emettere azioni di condanna aventi ad oggetto l'esercizio dell'attività amministrativa, sulla scorta del principio di separazione dei poteri, al fine di evitare il rischio che il g.a. si ingerisse nell'attività della p.a. In seguito, con il d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 è stata aggiunta, all'art. 34, lett. c, c.p.a. una seconda parte che recita: «l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, è esercitata nei limiti di cui all'art. 31 co. 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio». Si guardi, in merito, A. CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 11, il quale afferma che «l'azione di adempimento ha, infatti, come implicito presupposto quello di costituire il rimedio che più si attaglia alla posizione del privato che chiede alla P.A. di accordargli un vantaggio»; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo – interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 484-487; G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 ss.; A. IULIANI, *Attività amministrativa e rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2015, 31 ss.

A tale proposito, l'impostazione tradizionale sostiene che, nonostante l'evoluzione del rapporto amministrativo e il nuovo modo di intendere la posizione di interesse legittimo, le azioni esperibili dal privato siano solo quelle previste dal codice. Tale impostazione sposa, dunque, il principio di tipicità delle azioni all'interno del processo amministrativo, concentrando il proprio ragionamento su una considerazione principale riguardante il rapporto – molto dibattuto – tra poteri accordati al giudice amministrativo e discrezionalità dell'azione amministrativa. In particolare, ad avviso di questa tesi, ammettere l'esperimento di azioni non espressamente previste, significherebbe concedere al g.a. una maggiore possibilità di sindacare l'esercizio del potere da parte della p.a. con nocumento del principio di separazione dei poteri.

Sebbene autorevolmente sostenuto<sup>42</sup>, tale ultimo orientamento si espone a diversi rilievi critici, che coinvolgono il modo d'intendere la posizione di interesse legittimo e anche la modalità di concepire l'evoluzione del rapporto tra privato e pubblico, e che – in ultima analisi – rendono preferibile aderire all'opposto dell'atipicità delle azioni.

In primo luogo, se si afferma che l'interesse legittimo è una posizione con importanza del tutto equiparabile a quella del diritto soggettivo, non si capisce la ragione per cui se ne debba limitare la tutela. Infatti, se per la tutela del diritto soggettivo, a livello processuale, vige il principio di atipicità delle azioni, lo stesso dovrebbe valere anche con riguardo all'interesse legittimo. Tale impostazione sarebbe giustificata anche da un'esigenza di simmetria tra il processo amministrativo e il processo civile, a maggior ragione dal momento che il primo prende ispirazione dal secondo (come è desumibile dal richiamo esterno operato dal codice amministrativo a quello civile, per mezzo dell'art. 39 c.p.a.). In secondo luogo, a conferma di tale tesi interverrebbe il dato costituzionale secondo cui l'art. 113 Cost. afferma il principio di pienezza della tutela anche degli interessi legittimi<sup>43</sup>.

Infine, sposare il principio di atipicità e di pienezza della tutela degli interessi legittimi è in linea con l'evoluzione del rapporto pubblico: il rispetto di tali principi consente, infatti, al privato, a fronte dell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione pubblica, di pretendere una tutela per i suoi interessi legittimi. D'altra parte, la visione maggiormente attenta alla posizione del privato è confermata dalla giurisprudenza amministrativa che ha confermato che l'assenza di una previsione

---

<sup>42</sup> Così, A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo. Atti del 56° convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna-Villa Monastero. 23-25 settembre 2010*, Milano, 2010, 75, che legittima il ricorso ad azioni non tipizzate solo ove la tutela manchi del tutto.

<sup>43</sup> Art. 113 Cost: «1. Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa; 2. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti; 3. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa».

legislativa non costituire un ostacolo alla piena tutela dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale correlata ad un bene della vita<sup>44</sup>.

## **5. Evoluzione del rapporto in senso paritario: la capacità negoziale e la legge 11 febbraio 2005, n. 15.**

Dall'analisi della legislazione degli ultimi anni emerge quindi il *favor* del legislatore nei confronti di istituti di stampo paritetico, che richiedono il confronto con il privato e si mostrano ben più idonei a realizzare un'idea di amministrazione *efficiente ed efficace*, in quanto la partecipazione del privato apporta una serie di benefici all'attività amministrativa non di poco conto.

A titolo esemplificativo, si pensi al settore dell'urbanistica in cui, in fase istruttoria, le conoscenze del territorio dei privati – se poste all'attenzione della p.a. – aiutano a ridurre, se non ad annullare, l'asimmetria informativa (gravante sul soggetto pubblico) e a optare per soluzioni maggiormente rispondenti alla soddisfazione del pubblico interesse<sup>45</sup>.

È in quest'ottica che assume rilevanza la riforma della l. 241/90, attuata per mezzo della legge 11 febbraio 2005, n. 15, ed è dall'analisi di tale riforma e delle successive che si intende partire per interrogarsi circa la scelta da parte dell'amministrazione di utilizzare la sua capacità negoziale in luogo dell'esercizio del potere indagando, da un punto di vista strutturale, quali siano le differenze tra il provvedimento e il negozio e la compatibilità tra la funzionalizzazione dell'attività pubblicistica (vincolata nello scopo perché orientata, per legge, alla soddisfazione dell'interesse pubblico) e il contratto.

A questo proposito, di particolare interesse è l'introduzione, all'art. 1, del comma 1-*bis* della legge sopracitata che cristallizza la possibilità per la p.a. di ricorrere alle norme di diritto privato, nello svolgimento di attività non autoritativa, salvo che la legge stabilisca diversamente<sup>46</sup>.

Il testo della norma è stato fin da subito oggetto di dibattito visto il suo contenuto letterale non chiaro e la necessità di individuare il suo ambito di applicazione.

Con maggior precisione, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo comma 1-*bis*, la dottrina si è divisa in merito al significato da attribuire alla lettera della disposizione, la quale prevede che,

---

<sup>44</sup> Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Giorn. amm.*, 2012, 153 ss., con nota di E. GIARDINO, *La dia (e la scia) all'esame dell'Adunanza Plenaria*, in *Giur. it.*, 2012, 943 ss., con nota di E. BOSCOLO, *La dialettica tra Plenaria sulla natura liberalizzante della DIA e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati ad una vita effimera*, *ibidem*, 433 ss., con nota di F. MERUSI, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzante*.

<sup>45</sup> M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico*, Bologna, 2015, *passim*.

<sup>46</sup> A tale proposito si noti che prima dell'intervento normativo, la tendenza giurisprudenziale era quella di applicare agli atti non autoritativi il regime proprio dei provvedimenti autoritativi, estendendo quindi i confini di tale categoria [aggiungi sentenze].

«la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»<sup>47</sup>.

In primo luogo, sembra opportuno osservare che il testo della novella è stato modificato nel corso del procedimento di approvazione parlamentare: nel testo definitivo, il *discrimen* sembra essere quello tra atti autoritativi e atti non autoritativi; diversamente, nel progetto di legge, si era preferito fare riferimento all'esercizio del potere, nel senso che il diritto privato avrebbe dovuto applicarsi all'amministrazione «salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti dalla legge o dai regolamenti»<sup>48</sup>.

La formulazione scelta reca con sé una problematica interpretativa che, in modo sostanziale, influenza l'interpretazione del poco cristallino comma 1-*bis*.

In particolare, visto il testo di legge approvato in via definitiva, la prima questione investe l'opportunità di interrogarsi sulla coincidenza tra atto autoritativo ed esercizio del potere e, di conseguenza, sulla possibilità che il potere venga esercitato per mezzo di atti non autoritativi<sup>49</sup>.

La riflessione sul quesito e la risoluzione, in un senso o nell'altro, conducono ad una diversa portata applicativa del nuovo art. 1-*bis*. Infatti, a parere di alcuni, andrebbe abbandonata la tradizionale corrispondenza tra esercizio del potere e atto autoritativo nei casi in cui il provvedimento sia favorevole o, quantomeno, venga emanato su istanza del privato. In tali ipotesi, infatti, l'amministrazione, pur spendendo un potere, adotterebbe un provvedimento che coincide con l'interesse del privato, soddisfacendo la sua pretesa all'ottenimento del bene della vita. Al contrario, potrebbe parlarsi di atti autoritativi solo laddove entrino in gioco provvedimenti sfavorevoli o ablatori, in senso lato, che non riconoscono o sottraggono qualcosa al privato il quale, pertanto, è titolare di un interesse contrapposto a quello che ha mosso l'agire amministrativo.

---

<sup>47</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2005, 469; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, 481; M.A. SANDULLI, *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 5; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 17.

<sup>48</sup> Cfr. art. 2 del progetto di l. n. 6844, presentato alla Camera dei deputati l'8 marzo 2000 (Stampato Camera C 6844); in merito A. TRAVI, *op. cit.*, 18, ritiene che la formulazione definitiva e quella del progetto «sembrano differenti non solo quanto a formulazione, ma anche quanto a portata. Nel progetto di legge la distinzione tra diritto amministrativo e diritto privato rifletteva la considerazione che l'esercizio del potere amministrativo è soggetto al principio di legalità e alla disciplina sostanziale ad esso conseguente; vi è però anche un'attività dell'amministrazione che non è esercizio del potere: essa non è subordinata al principio di legalità (per lo meno, a un principio di legalità in senso stretto) ed è, invece, soggetta ai principi del diritto privato».

<sup>49</sup> R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 46: nella categoria degli atti non autoritativi «pare comunque possibile comprendere una serie di atti assai eterogenei tra loro, che vanno dagli atti emessi nell'ambito del rapporto di esecuzione dei contratti agli atti di revoca delle sovvenzioni pubbliche sulla scorta di un preteso inadempimento, da parte del beneficiario, degli obblighi impostigli per legge, agli atti di imposizione e di liquidazione del contributo di urbanizzazione».

A parere di altri, invece, l'esercizio del potere per sua natura reca sempre con sé l'adozione di un atto autoritativo e in maniera indipendente dall'effetto favorevole o sfavorevole del provvedimento nei confronti del privato.

Alla luce di ciò, aderire alla prima prospettiva interpretativa consentirebbe di estendere l'applicazione degli istituti privatistici ben oltre i soli atti compiuti *iure privatorum*, coinvolgendo altresì l'attività *iure imperii* svolta dal soggetto pubblico, purché non si tratti di atti sfavorevoli per il privato.

Diverse sarebbero le conseguenze se, invece, si aderisse alla seconda ricostruzione che restringe l'applicazione del comma 1-*bis* ai soli atti privatistici, imponendo per questi l'utilizzo dei moduli del codice civile. Tuttavia, una simile visione porterebbe a ritenere la norma inutile in quanto si limiterebbe ad affermare un principio condiviso secondo il quale gli atti privatistici della p.a. sono soggetti alla normativa comune del codice civile<sup>50</sup>.

L'analisi della norma induce ad interrogarsi anche su un altro aspetto: come detto, la differenza tra applicazione del diritto pubblico e del diritto privato sembra giocare sulla distinzione tra atti autoritativi e atti non autoritativi, anziché sull'esercizio o meno del potere, e ciò implica che il potere possa essere esercitato anche tramite atti non autoritativi. Pertanto, se si ammette che, tra gli atti propri dell'amministrazione pubblica, possano essercene taluni non caratterizzati da autoritatività (contrapposta alla consensualità, e dunque intesa come idoneità a produrre *unilateralmente* gli effetti cui mira, senza il consenso di controparte) allora, potrebbe dirsi che la riforma ha avuto, tra gli altri, il fine di confermare la possibilità che il potere sia esercitato per mezzo di istituti anche negoziali<sup>51</sup>.

Difatti, la norma si inserisce tra quelle che permettono di conciliare l'esercizio del potere pubblico con l'adozione di atti negoziali (già peraltro affermata, come si vedrà, con l'art. 11 L. 241/1990). In quest'ottica – e dunque ai fini della comprensione dei nuovi equilibri tra privato e pubblico – è particolarmente significativa la clausola di riserva che chiude il comma 1-*bis*, dove si stabilisce che il diritto privato si applica agli atti non autoritativi «salvo che la legge disponga diversamente».

Nonostante le diverse soluzioni interpretative, emerse in merito al testo normativo, appare preferibile intendere la clausola nel senso che il diritto privato costituisce la regola – suscettibile di eventuali deroghe – per gli atti non autoritativi, in virtù della generale capacità negoziale

---

<sup>50</sup> A. TRAVI, *op. cit.*, 19, il quale, una volta analizzate le varie letture interpretative possibili, in merito, afferma che non pare “*si riesca ad assegnare un contenuto di novità reale alla disposizione in esame*”, M.A. SANDULLI, *Riforma della L.241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6; l'A. ritiene che «la l. n. 15/2005, in realtà, non aggiunge [...], sotto questo profilo, nulla di nuovo»; F. CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, in *Urb. e App.*, 2005, 377; l'A. ritiene che la norma si limiti ad affermare principi già consolidati in virtù dei quali l'amministrazione ha una generale capacità negoziale e gli atti paritetici sono soggetti alle normali regole di diritto comune; in merito, si veda anche R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 48-49 e F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1575.

<sup>51</sup> S.A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008, 691.

dell'amministrazione. Pertanto, tale capacità può essere esclusa solo da un'esplicita disposizione di legge<sup>52</sup>.

A parere di alcuni, attribuire tale significato alla disposizione equivale a ritenere il diritto privato solo residuale con conseguente restringimento della sua area di applicazione, in quanto la previsione di un potere e dunque la possibilità per la p.a. di emanare un provvedimento, di fatto, costituiscono la regola nel diritto amministrativo con la conseguenza che, nella prassi, il diritto privato rimane solo un'eccezione<sup>53</sup>.

In tal senso, la clausola avrebbe il valore di recuperare il principio di legalità che permea l'azione amministrativa: se, come detto, il comma 1-*bis* non utilizza come termine di distinzione l'esercizio del potere e se, in conseguenza di ciò, ammette che il potere trovi forme diverse da quella tradizionale del provvedimento unilaterale, pur sempre di potere amministrativo si tratta e quindi è necessario che trovi fondamento nella legge<sup>54</sup>.

Tuttavia, a parere di altri, al contrario, la clausola avrebbe il merito di estendere il raggio d'azione del diritto privato e di ribaltare i termini del rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato sottoponendo l'attività amministrativa, di regola, al diritto privato, disponendo la compatibilità tra norme di diritto privato e attività funzionale della pubblica amministrazione e, di fatto, inserendo quest'ultima nel regime di diritto privato, anche quando esercita funzioni pubbliche<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 485-486: «su questa base, ad esempio, potrebbero ritenersi assai più ampiamente legittimate quelle operazioni di esternalizzazione che il mancato completamento del disegno normativo previsto dalla legge 448/2001 aveva finito per collocare in un limbo. In questo quadro l'esternalizzazione troverebbe un limite soltanto nell'adozione di atti autoritativi e in previsioni normative di divieto», ancora lo stesso A. sostiene che non sia chiaro quale debba essere il contenuto prescrittivo della norma derogatoria e, in particolare, ci si chiede se sia sufficiente che la norma attribuisca alla p.a. la facoltà di emanare dei provvedimenti oppure se la norma debba espressamente vietare l'applicazione delle regole di diritto privato.

<sup>53</sup> Notano R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 48 che «anche a non voler interpretare come inevitabilmente residuale la disciplina privatistica per gli atti non autoritativi, il diritto privato viene a trovare applicazione nei confronti di tali atti solo se le esigenze di flessibilità e di parità che esso porta con sé possano trovare un contemperamento con il necessario regime funzionale». Inoltre, a questo proposito, gli autori mettono in guardia dal rischio di un regime ibrido in cui si perdano sia le garanzie previste dal diritto pubblico a tutela dei terzi sia quelle previste dal diritto comune a tutela dei privati, sia per l'amministrazione in termini di certezza delle relazioni. Piuttosto che correre tale rischio, sarebbe preferibile ritenere la norma inutile (vedi nt. 46). Parimenti, A. TRAVI, *op.cit.*, 19-20 «se dovessimo accogliere la formula, pur criticata, del rapporto tra regola ed eccezione, dovremmo riconoscere che in questo caso l'eccezione avrebbe una portata generale: dunque non si può neppure affermare che deroghi ad una regola».

<sup>54</sup> A. TRAVI, *op. cit.*, 19: «si tratta di una clausola tutt'altro che marginale sul piano generale, perché assicura la coerenza con il principio di legalità. Sul piano pratico, il rilievo della clausola diventa ancora maggiore, perché in gioco è un potere amministrativo, che per definizione dovrebbe sempre trovare fondamento in una normativa specifica, secondo i canoni del principio di legalità» ancora «rispetto a certi modelli pubblicistici tradizionali, lo spostamento verso modelli privatistici può comportare sacrifici importanti, anche per ragioni di fondo come la garanzia della legalità».

<sup>55</sup> F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2019, 21: gli A. sostengono che «questo approccio avrebbe ricadute radicali perché sommerebbe le forme di responsabilità proprie del diritto pubblico [...] con quelle proprie del diritto privato, ogniqualvolta venga meno il carattere autoritario del potere pubblico, ossia nei casi estranei ai provvedimenti di natura imperativa». In realtà, non è detto che questo avvenga in quanto ben può darsi che all'amministrazione venga applicato il regime privatistico *in toto*,

In altre parole, la lettura approfondita del comma 1-*bis* condurrebbe a pensare che la riforma rinvenga la sua utilità nel costituire un'indicazione per l'amministrazione, che nello scegliere lo strumento più adeguato al fine perseguire il fine pubblico, deve porre particolare attenzione ai rimedi di stampo consensuale, scegliendo il loro utilizzo al posto del provvedimento, ove possibile e ove non diversamente disposto dalla legge<sup>56</sup>. D'altra parte, non si presenterebbe alcun ostacolo all'utilizzo dei canoni consensuali se questi risultassero idonei di perseguire ugualmente l'interesse pubblico<sup>57</sup>.

Il comma 1-*bis* analizzato, pur inserendosi nell'ambito del processo di privatizzazione<sup>58</sup> del diritto pubblico, non rappresenta un esempio isolato dell'evoluzione del rapporto pubblico, bensì costituisce solo uno degli indicatori di tale processo. Come si avrà modo di approfondire, nella medesima ottica si è, difatti, posto il legislatore del 2016, il quale con il d.l. 16 luglio 2020, n 76, ha introdotto al medesimo art. 1 della l. 241/90 il comma 2-*bis*, stabilendo che «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

## **6. La negoziabilità del potere e il contratto di diritto pubblico.**

Una volta preso atto del processo di privatizzazione che ha interessato (e sta interessando) il diritto pubblico, è possibile notare come su questa evoluzione abbiano inciso profondamente sia

---

sia che svolga attività autoritativa sia che svolga attività non autoritativa, come si vedrà nel proseguo in termini di responsabilità precontrattuale.

<sup>56</sup> V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15/2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241/90)*, reperibile in *astridonline.it*; l'Autore ritiene che la norma assuma rilevanza in un triplice senso: in primo luogo, andrebbe a costituire disciplina per alcuni rapporti che non sono disciplinati da norme di diritto pubblico, in secondo luogo, introdurrebbe un'indicazione per l'amministrazione che, davanti alla scelta tra strumento privatistico e strumento pubblicistico, deve preferire il primo. Infine, la norma servirebbe a stabilire, attraverso un'opera di selezione, quali istituti debbano rimanere disciplinati dalle norme pubblicistiche e quali da quelle privatistiche; lo stesso A., ID., *Osservazioni generali sulla legge di modifica l.n. 241/90 – I parte*, reperibile in *giustamm.it*, ritiene che il comma 1bis dell'art. 1 sancisca un'"inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione"; per A. TRAVI, *op. cit.*, 22, invece, si tratterebbe solo di una «norma a futura memoria» in quanto la disposizione si rivolgerebbe non tanto all'interprete quanto al legislatore. Sarebbe, pertanto inutile «il nostro ordinamento è lastricato di 'norme a futura memoria' e la loro utilità pratica mi sembra, quasi sempre, irrilevante».

<sup>57</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, 1998, 576: «lo strumento negoziale o comunque la via del consenso deve essere sempre preferita»; M. NIGRO, *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 80 ss; l'A. esprimendosi in merito all'opportunità dell'utilizzo del contratto come portato dell'esercizio del potere in forma consensuale, nota che le esigenze dell'interesse pubblico non sarebbero frustrate in quanto «se il potere accetta di obbligarsi ad un certo modo di esercizio» non per ciò «diventa indifferente ai sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico».

<sup>58</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 481: «Questa tecnica di privatizzazione differisce profondamente da quelle sperimentate in passato. In luogo di una disciplina articolata di procedure e di garanzie, riferita ad un singolo aspetto del sistema amministrativo, per la realizzazione di obiettivi determinati, il richiamo al diritto privato diventa oggetto di una previsione di carattere generale, contenuta nella disposizione di apertura della l. n. 241/1990 e riferita all'intera azione amministrativa».

l'attenuazione della dimensione autoritativa del rapporto amministrativo, sia il crescente interesse per l'intervento pubblico nell'economia e per le nuove funzioni di benessere.

Il rinnovato approccio allo studio del diritto privato dell'amministrazione pubblica è stato tratteggiato compiutamente dalla dottrina<sup>59</sup>, la quale ha posto le basi per il riconoscimento della piena capacità negoziale di diritto privato, rigettando la prospettiva della necessaria coincidenza tra interesse pubblico e regime pubblicistico<sup>60</sup>.

Il riconoscimento di tale capacità negoziale della p.a. deriva dall'idea che un interesse pubblico può essere perseguito tanto da un negozio privato che da un provvedimento amministrativo e costituisce il presupposto per superare la tradizionale inconciliabilità tra interesse pubblico e diritto privato nonché arrivare ad affermare la negoziabilità del potere<sup>61</sup>.

In merito, in un primo momento era stata elaborata la teoria della doppia personalità dello Stato, in virtù della quale si riteneva che la p.a. avesse sia capacità negoziale di diritto privato, intesa come la capacità a stipulare contratti, quando agiva nelle vesti di privato, sia capacità negoziale di diritto pubblico, che, invece, veniva esercitata per la stipulazione di negozi con la finalità di soddisfare un interesse pubblico<sup>62</sup>.

Solo in epoca più recente, dalla seconda metà dello scorso secolo, l'angolo prospettico da cui guardare all'amministrazione è mutato sino a permettere di riconoscerla come persona giuridica avente capacità negoziale unitaria<sup>63</sup>.

Questo ha costituito la base per interrogarsi, a lungo, sull'opportunità di stabilire delle regole di stampo pubblicistico che tengano conto della presenza, tra i contraenti, del soggetto pubblico, la cui attività è finalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico. Detto altrimenti, ci si è chiesti se

---

<sup>59</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 85 «è solo con il riconoscimento dell'autonomia privata in capo alla p.a. che la prospettiva del diritto privato dell'amministrazione viene radicalmente a mutare, poiché l'attività del diritto privato si viene a collocare in una prospettiva non diversa da quella dei soggetti privati».

<sup>60</sup> M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 9: «un interesse pubblico può essere curato tanto da un negozio privato che con un provvedimento amministrativo [...] la scelta dipende dal diritto positivo e dalla natura tecnica dei fatti». La medesima evoluzione si ritrova anche nella dottrina tedesca in merito alla quale si veda M. ZULEEG, *Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, in *Verw. Arch.*, 1984, 384; W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN, *Öffentliches Rechts und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden Baden, 1985.

<sup>61</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 193; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, 164.

<sup>62</sup> G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1891, 78. L'A. muove dal presupposto che esista una personalità politica dello Stato, dominata dagli atti di imperio, distinta dalla personalità giuridica, dominata dagli atti di gestione; A. BONASI, *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1886, 22-26; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss.

<sup>63</sup> U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1947, 157. In merito si guardi anche F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 812; l'A. rifiutava la teoria della doppia personalità che, a suo parere, costituiva il principale ostacolo all'evoluzione del sistema amministrativo in chiave garantista.

rientrasse nell'insieme dei contratti di diritto comune quel negozio stipulato dall'amministrazione nel perseguimento della finalità pubblicistica e quindi, in ultima analisi, se la funzionalizzazione dell'attività fosse compatibile con la disciplina del contratto (civilistico). Il dubbio, in merito, risiede nell'idoneità di moduli consensuali, o comunque di stampo privatistico, ad assicurare la realizzazione dell'interesse collettivo, dal momento che all'interno del contratto privatistico gli interessi delle parti sono, di solito, equi-ordinati e anche il rapporto tra i contraenti si presume paritario. Come si avrà modo di osservare tale questione accompagna l'intera analisi dal momento che, secondo la visione tradizionale, all'interno del rapporto pubblico, l'interesse collettivo è sovra-ordinato e quindi deve necessariamente prevalere sull'interesse del privato.

La problematica non è recente e, tuttavia, costituisce ancora oggi oggetto d'interesse per la dottrina la quale, nel corso del tempo, ha elaborato diverse soluzioni per giustificare l'utilizzo dei moduli consensuali come mezzo di espressione del potere.

In via preliminare, occorre precisare che indagare le possibili soluzioni consensuali che permettano alla p.a. di realizzare l'interesse pubblico, in parte, significa interrogarsi sul discusso tema della negoziabilità del potere amministrativo, la quale non è pacificamente riconosciuta<sup>64</sup>. Per tale ragione si noterà come solo alcune soluzioni la prevedano e non è un caso che queste ultime siano emerse in coincidenza con l'evoluzione del rapporto tra amministrazione e cittadino in senso collaborativo e paritario<sup>65</sup>.

Particolare fortuna l'ha ottenuta la teoria del doppio grado<sup>66</sup>, la quale si basa sul presupposto che il provvedimento amministrativo, inteso come atto di esplicazione della volontà dell'amministrazione nell'esercizio del suo potere non sia sostituibile e, pertanto, è sempre necessario che ci sia una fase pubblicistica seguita da una fase privatistica, sede esclusiva della stipulazione del contratto vero e proprio<sup>67</sup>. In altri termini, la teoria in parola ritiene non ammissibili atti diversi da un provvedimento o da un contratto, e sostiene che il momento funzionale di perseguimento dell'interesse pubblico non corrisponde all'esercizio della capacità negoziale, ma si pone in una fase antecedente in cui la p.a. sceglie il fine da perseguire, lasciando la stipula del contratto e l'incontro con il privato ad un momento successivo<sup>68</sup>. L'atto provvedimentale e il contratto rimangono due atti autonomi fra loro e

---

<sup>64</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit., passim*; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020.

<sup>65</sup> Il dibattito si è sopito, come si vedrà, con l'entrata in vigore della legge 241/90 che, per mezzo del suo art. 11, ha sancito il principio di negoziabilità del potere amministrativo

<sup>66</sup> Si tratta di una teoria frutto dall'elaborazione della dottrina tedesca: *Zweistufentheorie*.

<sup>67</sup> E. BRUTI-LIBERATI, *op. cit.*, 3; E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la l. 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2005, 27; F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 2019.

<sup>68</sup> M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 51; l'A. è stato uno dei massimi teorizzatori della teoria del doppio grado e ha proposto di concepire tutti i contratti ad oggetto pubblico come inseriti in una fattispecie composita «di due atti, un provvedimento amministrativo ed un negozio privato» e ancora non si deve «cedere alla tentazione di inventare figure

quindi disciplinati l'uno dalle regole pubblicistiche, l'altro da quelle privatistiche e, tuttavia, intimamente collegati in quanto il venir meno del primo comporterebbe la risoluzione del secondo<sup>69</sup>.

La teoria del doppio grado ha il pregio di combinare due esigenze, quella di assicurare che l'attività della p.a. sia finalizzata al perseguimento del pubblico interesse e quella di assicurare al privato determinate tutele vista l'applicazione, nella seconda fase, di regole privatistiche che presuppongono un rapporto paritario. Tuttavia, se da un lato, tale tesi afferma la connessione tra i due atti, dall'altro, essa non riesce a spiegare come la stabilità del vincolo contrattuale dipenda dalla volontà di una sola parte contraente, la p.a., che unilateralmente può ritirare in autotutela i suoi atti comportando così lo scioglimento del contratto.

Nel tempo, è stata anche avanzata la teoria pan-privatistica secondo la quale il contratto che la p.a. stipula in veste di autorità in nulla differisce dal contratto privatistico, strettamente inteso.

I sostenitori di tale impostazione partono dal presupposto che ci sia piena contrattabilità, in forma privatistica, dell'esercizio del potere amministrativo e, pertanto, i contratti conclusi dall'amministrazione nel perseguimento del pubblico interesse non solo sarebbero sottoposti *in toto* alla disciplina privatistica ma, inoltre, non sarebbero accompagnati da alcun atto amministrativo.

Il limite di tale impostazione sarebbe però quello di non riuscire a spiegare come sia conciliabile la facoltà della p.a. di svincolarsi dal contratto (unilateralmente), nel caso in cui l'interesse pubblico lo richieda, con la natura del patto, che, al contrario, mal sopporta lo scioglimento unilaterale<sup>70</sup>. In altri termini, non si comprende come l'elemento della funzionalizzazione ad un interesse pubblico possa entrare a far parte della struttura del contratto, strettamente inteso.

Posto che l'interesse, al cui soddisfacimento è preordinata l'attività della p.a., risulta essere, per sua natura, più importante dell'interesse del singolo privato e premesso che questa considerazione induce a ritenere che il rapporto tra amministrazione e privato, in questo tipo di contratti, non sia perfettamente paritario, sorgono legittimi i dubbi circa la possibilità di applicare agli stessi la disciplina del codice civile, in via integrale.

---

nuove, poiché le norme generali del diritto civile e amministrativo permettono spiegazioni complete delle fattispecie che si possono presentare».

<sup>69</sup> F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli altri strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 47 ss; F.GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 9; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privato*, Milano, 1996, 8.

<sup>70</sup> A tale proposito, sembra opportuno specificare che questa teoria è tornata ad essere sostenuta con più convinzione in seguito all'introduzione dell'art. 11 L.241/90. In particolare, si è sostenuta la natura privatistica di tali accordi e quindi la possibilità di accomunare tali accordi al contratto privatisticamente inteso. Si vedranno oltre, nel proseguito, il dibattito circa la possibilità di qualificare gli accordi di cui all'art. 11 ai contratti.

Maggiormente diffusa e discussa<sup>71</sup> è stata la teoria del contratto di diritto pubblico che rappresenta l'evoluzione della teoria del doppio grado. A tal riguardo, «anche lo schema del contratto pubblicistico mira a realizzare, come quello del doppio grado, una composizione tra l'esigenza di fornire una tutela specifica ai pubblici interessi connessi a determinati rapporti contrattuali e quello di garantire la serietà del vincolo contrattuale, tutelando l'affidamento del contraente privato»<sup>72</sup>.

La tesi in parola presuppone la negoziabilità del potere ma allo stesso tempo ritiene che non si possano completamente assimilare i contratti tra privati, a quelli che la p.a. stipula per il perseguimento di una finalità pubblicistica e quindi nell'esercizio del suo potere, come autorità<sup>73</sup>.

In particolare, si tratterebbe di un negozio che viene ad esistenza al momento dell'incontro di due atti di natura diversa: da un lato, la dichiarazione di volontà del privato e, dall'altro, l'atto della p.a. inteso come atto non provvedimentale in quanto mancherebbe l'attitudine a produrre unilateralmente l'effetto giuridico cui mira che, invece, si verifica solo a seguito dell'incontro con la volontà del privato<sup>74</sup>. In altri termini, l'atto amministrativo non è autonomo nella produzione degli effetti giuridici privatistici desiderati.

Il contratto di diritto pubblico sarebbe un'autonoma categoria concettuale che, in virtù della presenza del soggetto pubblico e della necessità di perseguire il pubblico interesse, sarebbe sottoposto ad una disciplina differente, soprattutto con riguardo alla possibilità della p.a. di sciogliere il vincolo a seconda delle esigenze pubblicistiche. Questo equivale a dire che il contratto è sottoposto alla

---

<sup>71</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 123; l'A. affermava già all'epoca che «nell'insieme della dottrina amministrativistica italiana, la nozione di contratto di diritto pubblico [...] non ha mai raggiunto un sufficiente grado di concretezza e determinazione».

<sup>72</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 53; prosegue l'A. sostenendo che mentre nella teoria del doppio grado la composizione dei due interessi la si cerca «all'esterno» rispetto al contratto (richiedendo la necessaria presenza dell'atto amministrativo), nella teoria del contratto pubblicistico, al contrario, la composizione viene ricercata all'interno del contratto, infatti è lo stesso contratto che, per mezzo di una disciplina speciale, che permette di trovare l'equilibrio tra le due esigenze contrapposte, del vincolo contrattuale e dell'interesse pubblico.

<sup>73</sup> F. CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 659; l'A. affermava la configurabilità dei contratti di diritto pubblico e tuttavia precisava che «passando dal diritto privato al diritto pubblico [...] la figura del contratto profondamente si trasforma». L'ammissibilità della forma consensuale, per l'A., derivava dalla convinzione che la caratteristica principale del provvedimento non risiedesse nella posizione di superiorità dell'amministrazione ma nel perseguimento di un interesse pubblico.

<sup>74</sup> E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 117; l'A. sostiene che la diversità della natura dei due atti non sia di ostacolo alla nascita del vincolo contrattuale, bensì, quello che rileva è che «vi sia tra le parti accordo nel volere 'le stesse cose'» ovvero nel volere entrambe l'effetto complessivo del contratto; G. FALCON, *op. cit.*, 256: «che da parte della pubblica amministrazione si tratti, nell'ipotesi accennata, di esercizio del potere amministrativo, non sembra si possa, nell'ambito del nostro ordinamento, fondatamente dubitare»; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 184.

condizione *rebus sic stantibus* che si giustifica in ragione del fatto che un interesse, quello pubblico, è più tutelato e più garantito di quello privato<sup>75</sup>.

Con maggior precisione, l'elaborazione dottrinale della figura in parola ha portato ad enucleare tre principi alla quale la medesima si atterrebbe e tra cui, come detto, prima fra tutti è quello in base al quale il potere amministrativo discrezionale può esplicarsi, non solo nella forma degli atti unilaterali e imperativi ma anche bilaterali e consensuali. Inoltre, il contratto di diritto pubblico effettivamente vincola l'amministrazione al rispetto del regolamento contrattuale e, tuttavia, la p.a. può sciogliersi dal vincolo al sopravvenire di ragioni di interesse pubblico.

La natura meramente pretoria della categoria del contratto di diritto pubblico permette di comprendere le ragioni delle perplessità sorte sull'ammissibilità della medesima. In merito, a destare i primi dubbi è stata l'assenza di una norma di legge e quindi la compatibilità con il principio di legalità che governa l'agire amministrativo, infatti, il contratto di diritto pubblico presuppone che l'amministrazione stia esercitando un potere, se pure in una forma diversa da quella del provvedimento unilaterale e imperativo, e tanto induce a richiedere un fondamento legislativo espresso<sup>76</sup>.

Proprio la mancanza di una previsione espressa ha, a lungo, alimentato il dibattito circa la natura e quindi la disciplina applicabile alla figura del contratto di diritto pubblico: questa problematica non è meramente dogmatica bensì investe diversi profili.

In primo luogo, è necessario comprendere quali siano le facoltà concesse all'amministrazione al fine di realizzare l'interesse pubblico all'interno di un meccanismo contrattuale; infatti, si tratta sempre di attività, non privatistica, in cui l'interesse pubblico, per sua natura, deve essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse del privato e, per tale motivo, è necessario introdurre dei meccanismi che consentano all'amministrazione sciogliersi dal contratto quando ritenuto opportuno.

In secondo luogo, però, si devono ricercare anche i limiti che accompagnano tali facoltà dal momento che, come già accennato, ci si trova in presenza di un contratto, ovvero, di un istituto basato

---

<sup>75</sup> E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 60; a parere dell'A., «Il carattere propriamente contrattuale dei rapporti in esame non può infatti [...] essere messo in discussione: anche i contratti di diritto pubblico sono, a tutti gli effetti, così come richiesto dall'art. 1321 del codice civile, accordi di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

<sup>76</sup> A tale riguardo, il pensiero di Giannini è caratterizzato dal netto rifiuto di qualsiasi aprioristica alterazione della disciplina comune in virtù dell'immanenza dell'interesse pubblico sulla struttura del rapporto, pertanto, questo porta al rigetto della categoria del contratto di diritto pubblico. Si veda, a proposito M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., 25: «per principio tendenziale i negozi delle amministrazioni pubbliche conservano la medesima struttura che avrebbero se fossero posti in essere da soggetti privati [...] si scambia per 'anomalia pubblicistica' quella che è semplicemente una caratteristica speciale del negozio o del rapporto, che sarebbe lecita anche in atti e rapporti interprivati perché non in contrasto con norme imperative». Della medesima opinione è F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965, 64: l'A. si concentra sulla mancanza di una «norma-base distinta da quella che attribuisce rilevanza al contratto fra privati, o quanto meno un complesso di regole diverse ordinabili a sistema».

sul consenso e sulla logica della parità dei contraenti e dunque in cui entra in gioco anche l'interesse dell'altra parte.

In terzo luogo, si avrà modo di notare che interrogarsi sulla natura della figura in esame è dirimente per individuare il giudice competente: quando si tratta di esercizio del potere, si deve tenere in debita considerazione che il nostro ordinamento si presenta come sistema a doppia giurisdizione e dunque, in tale caso, il giudice competente a pronunciarsi in merito è, di solito, il giudice amministrativo<sup>77</sup>.

Alla luce di ciò, a parere di alcuni, in ogni caso, almeno la problematica riguardante l'incontro tra l'interesse della p.a. e quello del privato può essere sdrammatizzata nel senso che andrebbe rivisitato l'assunto per cui nel contratto di diritto pubblico l'interesse del privato sia necessariamente opposto rispetto a quello della p.a.

In questo senso, il contratto di diritto pubblico ben potrebbe essere inteso come contratto in cui le parti perseguono il medesimo fine. In altri termini, si dovrebbe pensare al contratto di diritto pubblico come ad un modulo consensuale per mezzo del quale la p.a. vuole soddisfare un interesse pubblico ma, al medesimo tempo, valorizzare la collaborazione con il cittadino per pervenire alla soluzione migliore possibile: a ben guardare, l'utilizzo di moduli partecipativi, come detto, non solamente ha il vantaggio di assicurare la stabilità della soluzione adottata riducendo quindi il contenzioso e assicurando la certezza delle relazioni, bensì ha anche il pregio di eliminare l'asimmetria informativa che spesso esiste tra l'amministrazione e i privati, i quali non di rado sono maggiormente consapevoli delle problematiche pratiche e delle necessità della comunità nella situazione concreta.

Insomma, è molto probabile che, nella sostanza, l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione e l'interesse privato coincidano e che la partecipazione del privato sia addirittura auspicabile.

## **7. Gli accordi tra p.a. e privato nell'ottica dell'evoluzione del loro rapporto.**

La percezione della problematica relativa all'ammissibilità del contratto di diritto pubblico è cambiata con la legge 241/1990, che ha introdotto, all'art. 11, l'istituto degli accordi tra p.a. e privati:

---

<sup>77</sup> Tuttavia, si deve precisare che, per quanto fondamentale, la questione riguardante la giurisdizione è, in parte, sdrammatizzata dal percorso di evoluzione della disciplina pubblicistica in ambito processualistico, infatti, in uno con il cambiamento di visuale che ha portato a intendere l'interesse legittimo come situazione giuridico soggettiva degna di tutela, anche il processo amministrativo ha subito dei cambiamenti e, come detto, con il codice del processo amministrativo è stato cristallizzato il principio di atipicità delle azioni in modo da garantire piena tutela delle posizioni giuridico-soggettive anche davanti al giudice amministrativo.

a parere di alcuni, con la norma in parola, il legislatore ha codificato la figura del contratto di diritto pubblico, sebbene, per altri, tale istituto vada tenuto distinto dagli accordi di cui all'art. 11<sup>78</sup>.

Per comprendere a fondo la novità legislativa degli accordi tra p.a. e privati, sembra utile esaminare la figura, così come descritta dal legislatore della riforma del 2005: l'art. 11 stabilisce che la p.a. e i privati possano concludere accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e che alla prima sia lasciata la facoltà di recedere dall'accordo, ove ritenuto opportuno per il perseguimento del pubblico interesse<sup>79</sup>. Si tratta, nella sostanza, di un potere di revoca, da parte della p.a., della propria determinazione, accompagnato però dall'obbligo di indennizzare il privato, quale tutela del suo affidamento.

Prima della definitiva codificazione dell'istituto degli accordi, se da un lato c'era chi sollecitava l'inserimento, all'interno della legge sul procedimento amministrativo, di una disciplina di riferimento per tutte quelle figure che, benché non riconosciute come accordi, si concretizzavano in un patto tra l'amministrazione e il privato (convenzioni, protocolli, ecc.); dall'altro qualcuno riteneva che non fosse ammissibile, nel nostro ordinamento, una figura simile<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Per la tesi che ritiene che l'art. 11 codifichi il contratto di diritto pubblico, E. BRUTI-LIBERATI, *op. cit.*, 49; per la tesi che sostiene il contrario, F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 16

<sup>79</sup> A parere di alcuni, la norma avrebbe potuto essere scritta in maniera più chiara. Invero, il precedente disegno di legge – disegno di legge AC4504, Commissione Nigro, “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” – presentato sul finire degli anni Ottanta, in origine conteneva nell'art. 5, espressamente, il principio di contrattualità dell'azione amministrativa che poi è stato, appunto, cancellato. La mancanza di un'esplicita previsione dimostrerebbe, a parere di questi, la scelta del legislatore di privare le pubbliche amministrazioni di questa opzione; F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 18, a parere dei quali la norma «non è apparsa di facile interpretazione e, certamente, non si presta a univoche modalità di applicazione».

<sup>80</sup> G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. MAZZARIOL, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1293 ss.

In merito, si nota che diversa esperienza ha interessato ordinamenti vicini a quello italiano come quello tedesco e francese all'interno dei quali è possibile rinvenire norme che cristallizzano la scelta legislativa di inserire nel sistema figure assimilabili al contratto di diritto pubblico. L'esperienza tedesca codifica al par. 54 della legge del 1976 la figura del contratto di diritto pubblico e prevede che, per mezzo dello stesso, si possa costituire, modificare o estinguere un rapporto di diritto pubblico a meno che non esistano prescrizioni contrarie<sup>80</sup>. In particolare, il diritto tedesco tipizza due diverse fattispecie di contratto di diritto pubblico: la prima ha la finalità di superare una situazione di incertezza tramite reciproche concessioni, l'altra, disciplinata al par. 56, prevede, invece, il contratto di scambio a prestazioni corrispettive<sup>80</sup>. Sebbene il legislatore tedesco circonda di limitazioni<sup>80</sup> la possibilità di utilizzare questi strumenti in vista della tutela dell'interesse pubblico, si nota come la disciplina è comunque attenta alle esigenze dei privati, i quali vengono tutelati dal rischio di stipulare un contratto che li ponga in una situazione di svantaggio rispetto a quella di cui avrebbero goduto se l'amministrazione avesse emanato un atto unilaterale. Cfr. F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli altri strumenti unilaterali di esercizio del potere*, *op.cit.*, 68. L'A. riporta che “in ordine alla valenza della tipizzazione legislativa, la dottrina tedesca ha precisato che l'amministrazione ed i privati ben possono utilizzare schemi negoziali differenti da quelli indicati ai par. 55 e 56, la cui tipizzazione sarebbe stata decisa sulla base della considerazione della diffusione che le due figure già avevano nella prassi comune”; si veda anche A. MASUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988, 78 ss.; V. F. MAYER, *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977, 1115 ss. Altrettanto interessante è volgere lo sguardo all'ordinamento francese noto per essere un ordinamento “a diritto amministrativo”. I *contract administratif* sono infatti dei contratti soggetti ad una disciplina peculiare che consente di distinguerli dai contratti di diritto comune in ragione della necessità di riconoscere un regime

Le ragioni alla base di quest'ultima convinzione (volta a negare la cittadinanza degli accordi della p.a., all'interno del nostro ordinamento) erano molteplici: in primo luogo, si dubitava dell'ammissibilità di un negozio tra soggetti posti in posizioni qualitativamente diverse, e quindi insuscettibili di potersi incontrare in un istituto come l'accordo, che presuppone – di regola – pariteticità tra i contraenti; inoltre, l'attività amministrativa era ritenuta avere carattere necessario, imperativo e unilaterale e, quindi, non avrebbe potuto esplicitarsi a mezzo di un contratto; infine, vi sarebbe stato il problema di compatibilità tra la necessaria stabilità del vincolo pattizio (cfr. art. 1372 c.c.) con l'esigenza di perseguire l'interesse pubblico (a tutela del quale, in determinati casi, potrebbe giustificarsi il venir meno del rapporto).

Tuttavia, tali considerazioni non hanno impedito di introdurre l'art. 11, per mezzo del quale è stato eliminato qualsiasi dubbio in merito al riconoscimento della capacità negoziale di diritto pubblico della p.a.: vengono così risolti i dubbi, un tempo paventati, relativi alla negoziabilità del potere amministrativo<sup>81</sup>. In altri termini, l'introduzione dell'art. 11 ha definitivamente segnato un punto di svolta, abbandonando definitivamente «la concezione di una p.a. assoluta e monolitica, autoritaria e imperativa»<sup>82</sup>.

A seguito di questo ribaltamento di visione, possono oggi distinguersi due fattispecie di accordi, di cui la prima è quella degli accordi c.d. integrativi, finalizzati a stabilire il contenuto del successivo provvedimento che verrà emanato dall'amministrazione precedente; mentre la seconda riguarda gli accordi c.d. sostitutivi, che si caratterizzano per il fatto di sostituire, appunto, il provvedimento amministrativo.

---

derogatorio rispetto al diritto comune che altrimenti non potrebbe garantire la funzionalizzazione dell'attività amministrativa. La figura si caratterizza, infatti, per la prerogativa lasciata al soggetto pubblico di adeguare le condizioni del contratto al mutare dell'interesse pubblico, limitando, al medesimo tempo, la facoltà del privato di sciogliersi dal vincolo al sopravvenire di situazioni eccezionali e non prevedibili o previste. Si guardi, a proposito, G. JÉZE, *Les contracts administratifs*, Paris, 1927, 38 ss; M. WALINE, *Droit administrative*, Paris, 1963, 575 ss; A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DEVOLVÉ, *Traité des contracts administrative*, Paris, 1983, 241ss. In merito, si noti che, in Francia, molte sono le figure ricondotte all'istituto del *contract administratif* e, a tal proposito, non è semplice nell'ordinamento oltralpe conciliare la disciplina interna con quella comunitaria la quale pone regole inconciliabili con le prerogative e le specialità previste per quel tipo di contratto. Sul punto, si veda, F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, *loc. cit.*, 132.

<sup>81</sup> E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 1996, 18; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 il quale afferma che «l'art.11 ha segnato il *de profundis* per la teoria dell'atto doppiato o del c.d. doppio grado dell'azione amministrativa, uno pubblicistico e l'altro, necessariamente connesso, privatistico»; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *cit.*, 300-301: l'accordo sostitutivo di provvedimento «ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritatività dell'atto, nel caso dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo».

<sup>82</sup> In questi termini, M. DE DONNO, *op. cit.*, 4, la quale prosegue notando come «Riconoscere la negoziabilità delle potestà amministrative ha richiesto infatti soverchiare assiomi tradizionali [...]: l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 e, con essa, dell'art. 11, è il frutto di una lunga e lenta evoluzione, da salutare con estremo favore».

A parere di alcuni, di fatto, le due tipologie di accordi dovrebbero essere considerate come facenti parti di una categoria unitaria in quanto, in entrambi i casi, il contenuto del provvedimento viene determinato in base ad un incontro delle volontà dell'amministrazione e del privato<sup>83</sup>.

Tuttavia, secondo una differente opinione, esiste tra i due tipi di accordo una profonda differenza in considerazione del fatto che nel caso di accordi integrativi, per quanto il contenuto sia prestabilito in comune tra privato e amministrazione, è solo con il successivo provvedimento che si producono gli effetti desiderati; al contrario, nell'altra fattispecie, l'accordo è da solo produttivo di effetti<sup>84</sup>.

Sta di fatto che, a prescindere dalle considerazioni sulla categoria degli accordi, la disciplina prevista dalla legge sul procedimento è, nella gran parte, la medesima: gli accordi non devono pregiudicare i diritti dei terzi; è ammesso il recesso a favore della p.a.; viene richiesta la redazione in forma scritta, a pena di nullità; è necessaria adeguata motivazione<sup>85</sup>. Inoltre, con l'art. 11, il legislatore assegna la competenza a conoscere nel merito al giudice amministrativo riservandogli la giurisdizione esclusiva<sup>86</sup>.

L'unica eventuale divergenza, in punto di disciplina, risiede nel fatto che l'art. 11 richiede, solo per gli accordi sostitutivi, la sottoposizione degli stessi alle regole sui controlli, previste per i provvedimenti. Non è difficile ravvisare la *ratio* di tale disposizione: nel caso dell'accordo sostitutivo – nella cui struttura non è contemplato un momento unilaterale, coincidente con l'emanazione di un provvedimento – è necessaria la stessa forma di controllo, prevista di regola per i provvedimenti amministrativi<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 56; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 176.

<sup>84</sup> F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 42; R. FERRARA, voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 554 ss.

<sup>85</sup> L'obbligo di motivazione degli accordi amministrativi è stato inserito con l'art. 1 comma 47 della l. 6 novembre 2012, n.190

<sup>86</sup> L'attribuzione della giurisdizione esclusiva al g.a. in tema di accordi, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo aveva una valenza differente da quella che ha oggi. In particolare, in passato, l'attribuzione della giurisdizione esclusiva significava garantire maggiori tutele al privato in quanto, davanti a diritti soggettivi il g.a. avrebbe dovuto utilizzare tutti i rimedi previsti nel processo civilistico, più numerosi di quelli previsti davanti al g.a. in giurisdizione piena di legittimità. Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, nel 2010, è stato cristallizzato il principio di atipicità delle azioni al fine di garantire una tutela piena a tutte le situazioni giuridiche soggettive, pertanto, il privato, in astratto, può ricevere piena tutela, quando agisce contro la p.a., anche nel caso di giurisdizione piena di legittimità.

<sup>87</sup> Si noti che prima della riforma intervenuta nel 2005, esisteva un'ulteriore differenza tra le due tipologie di accordi consistente nel fatto che fosse previsto il principio di tipicità per i soli accordi sostitutivi, ammessi, quindi, «solo nei casi stabiliti dalla legge». Tuttavia, a parere di alcuni, l'eliminazione di tale disposizione non significa che siano ammessi accordi atipici, infatti, l'azione amministrativa è comunque governata dal principio di legalità. La novità si risolverebbe nella possibilità di concludere accordi non soltanto quando una disposizione lo specifichi espressamente ma ogniqualvolta sia attribuita la facoltà di esercitare un potere alla p.a. la quale resta libera di scegliere se esercitarlo in forma unilaterale o consensuale (vedi nt. 50); si veda, in merito, Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 964 e in *Urb. e App.*, 2010, 1117.

Da quest'ultima disposizione emerge chiaramente un attrito tra il diritto privato e il diritto pubblico e la difficoltà del legislatore amministrativo di affermare la generale applicabilità del primo: sicché, se si ritiene di lasciare spazio ai moduli consensuali (e dunque ad istituti che presuppongono che gli effetti dell'atto si producano in base all'incontro delle volontà di due parti, mostrando una tendenza verso le regole privatistiche), difficilmente si comprende, invece, l'opportunità di inserire una simile disposizione che, al contrario, rimane ancorata al diritto pubblico.

La medesima considerazione può farsi con riguardo sia all'obbligo di motivazione, che caratterizza l'atto unilaterale, sia, come si vedrà in seguito, alla necessità di una precedente predeterminazione da parte dell'organo competente, che dia conto delle ragioni che lo hanno indotto a scegliere la forma consensuale di esercizio del potere.

Nonostante queste osservazioni, il risultato normativo in analisi si dimostra uno dei frutti di quel percorso evolutivo, più volte richiamato, che ha visto la trasformazione del paradigma del potere amministrativo: se, fino alla metà del secolo scorso, si trattava del potere come privilegio dell'amministrazione (anche sulla scorta delle teorizzazioni intraprese nel corso dell'Ottocento), adesso il potere è giustificato dalla funzione e qualsiasi strumento, anche quello consensuale, è ritenuto legittimo se orientato a soddisfare l'interesse pubblico<sup>88</sup>.

Se è generalmente condiviso che con l'istituto degli accordi il legislatore abbia decretato la negoziabilità del potere, meno pacifica è, invece, la totale sovrapposizione degli accordi *ex art. 11* alla figura del contratto di diritto pubblico: tale questione richiede di indagare, in via preliminare, la natura degli accordi e il loro ambito di applicazione, nonché l'idoneità dell'*art. 11* a diventare norma generale comprensiva di tutte le fattispecie negoziali utilizzate dall'amministrazione nell'esercizio del potere<sup>89</sup>.

L'interrogativo circa la natura giuridica dell'istituto in parola investe l'individuazione della disciplina applicabile e induce a chiedersi se esistano dei tratti che consentono di assimilare la figura degli accordi ai contratti tra privati o se, al contrario, tali accordi debbano essere considerati di natura meramente pubblicistica.

In primo luogo, occorre riflettere sul *nomen* dell'istituto: infatti, essendo il termine "accordi" piuttosto ambiguo, non si può fare a meno di notare che, da un lato, l'accordo costituisce il fulcro del contratto, che, infatti, ai sensi del 1321 c.c. è definito come «l'accordo di due o più parti», inducendo a pensare che siamo davanti ad un contratto privatisticamente inteso. Tale convinzione sarebbe

---

<sup>88</sup> F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93; E. CASSETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 525.

<sup>89</sup> F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 34; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi. Fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1; Cass. Sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1262, reperibile in *Banca dati DeJure*.

ulteriormente avvalorata dal fatto il comma 2 dell'art. 11 richiede l'applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti<sup>90</sup>. Tuttavia, allo stesso tempo, si potrebbe notare che proprio la scelta del legislatore di utilizzare il termine "accordi", anziché contratti, starebbe a indicare la volontà di distinguere l'istituto dal contratto privatisticamente inteso. A ciò si aggiunge che l'applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti è legata ad una sorta di "clausola di compatibilità", nel senso di subordinare l'applicazione del regime privatistico all'idoneità dello strumento a perseguire lo strumento pubblico.

In quest'ambito, per "compatibilità" pare doversi intendere il perseguimento degli interessi pubblici, che costituiscono la causa dell'accordo ma anche un parametro piuttosto elastico e difficilmente prevedibile. L'ambizione della norma sarebbe quella di consentire la convivenza di atto negoziale e funzione pubblica: ciononostante, visto lo spazio lasciato all'interpretazione, il rischio è quello di frustrare l'obiettivo innovativo che la norma si prefigge, nonché minare alla certezza dei rapporti giuridici.

Pertanto, a parere di alcuni, la clausola di compatibilità troverebbe la propria esplicitazione nel successivo comma 4, dell'art. 11, che assegna la possibilità alla p.a. di recedere unilateralmente per sopravvenuti motivi di interessi pubblico<sup>91</sup>.

Ne deriverebbe, così, che regime privato e accordi della p.a. sarebbero di regola conciliabili, dal momento che il codice civile non potrebbe trovare applicazione solo in presenza di eventuali interessi pubblici sopraggiunti e imprevedibili<sup>92</sup>.

Questi sono stati alcuni dei motivi, sopra accennati, che hanno indotto parte della dottrina a qualificare gli accordi come un istituto pubblicistico, e tale convinzione sarebbe avvalorata da

---

<sup>90</sup> La sovrapposizione tra accordi e contratti è stata sostenuta da una parte della dottrina e, in merito, si guardi G. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, 317 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 189; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 151; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 108-109; G. GRECO, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 104-106.

<sup>91</sup> Al riguardo, si riportano le parole utilizzate da Nigro, autore del disegno della legge sul procedimento, a spiegazione della norma, M. NIGRO, *Conclusioni*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di A. MASUCCI, Milano, 1988, 87: «ma noi ritenevamo che questi principi fossero principi di un diritto che ha sede sì nel codice civile, ma che si manifesta sempre più come comune al settore pubblico e al settore privato, alle obbligazioni di diritto pubblico ed a quelle di diritto privato. La considerazione di questo diritto come comune comporta che vengano utilizzati per le obbligazioni pubblicistiche norme scritte originariamente per le obbligazioni privatistiche, ma comporta anche la messa in valore di esigenze proprie del settore pubblicistico per l'adattamento di principi esistenti e la creazione di principi nuovi (principi che a loro volta è da vedere se non siano estensibili anche al campo delle obbligazioni privatistiche)»; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1053; E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 173-185; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 208-219; S. D'ANCONA, *La revoca e il recesso nelle convenzioni amministrative*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE G. BOTTINO, Milano, 2013, 607-610.

<sup>92</sup> Tar Emilia-Romagna, 20 aprile 2016, n. 137; Tar Sicilia, 5 giugno 2017, n. 1293, entrambe reperibili in *Banca dati DeJure*.

ulteriori elementi, quali la necessaria motivazione dell'accordo, i controlli a cui lo stesso è sottoposto, ovvero il diritto di revoca attribuito alla p.a.<sup>93</sup>.

Da non sottovalutare è, infine, il riferimento alla sfera giuridica dei terzi che, nel diritto amministrativo, sarebbero i cosiddetti controinteressati. A tal proposito, il comma 1 della norma in parola stabilisce che l'amministrazione può concludere gli accordi «senza pregiudizio dei terzi», e questo, in effetti, porterebbe a escludere che si sia in presenza di un contratto di stampo prettamente privatistico, in quanto, se così fosse, non sarebbe stato necessario esplicitare il principio di relatività che, contenuto nel codice civile all'art. 1372 c.c., sarebbe stato già applicabile.

In altri termini, questa precisazione, contenuta all'art. 11, indurrebbe a pensare che l'esplicita menzione del principio presupponga che gli accordi non siano inquadrabili nelle maglie privatistiche.

Ancora, la materia degli accordi è lasciata alla competenza esclusiva del g.a. e questo indicherebbe – nuovamente – che è in gioco un potere amministrativo, anziché un atto negoziale<sup>94</sup>.

La prospettiva si ribalta se si adotta come punto di riferimento l'elemento della capacità negoziale della p.a., intesa come capacità generale di concludere negozi per mezzo dei quali la p.a., nonostante il mancato utilizzo del paradigma provvedimentale, è ugualmente in grado di perseguire il pubblico interesse.

In altri termini, ammettere che l'interesse pubblico possa essere perseguito anche con istituti di stampo consensuale permetterebbe di svincolare l'istituto degli accordi dall'assimilazione ad un vero e proprio provvedimento, collocandolo, invece, tra le possibili forme consensuali di esercizio del potere.

Per la verità, a parere di alcuni, in ragione della presenza di peculiarità che inducono a non sovrapporre l'istituto in parola con il contratto privatistico, non è detto che il dibattito circa la natura degli accordi, tutt'altro che sopito, si debba limitare al binomio provvedimento/contratto: ben può darsi, infatti, che si sia in presenza di una terza forma di esercizio del potere, e dunque di un *tertium*

---

<sup>93</sup> Sebbene la norma parli di recesso, di fatto, si tratta di un potere di revoca attivabile al sopravvenire di motivi di interesse pubblico e dunque di un potere di autotutela: in tal senso, E. BRUTI-LIBERATI, *op. cit.*, 49.

<sup>94</sup> Tradizionalmente, tra gli elementi indicativi della natura pubblicistica degli accordi era inserita anche la necessità che questi accordi fossero conclusi nel corso di un procedimento amministrativo. Il dato si deduceva dalla lettura dell'art. 11 il quale fa riferimento sia all'art. 10 l. 241/90 che, a sua volta, riguarda i diritti dei partecipanti al procedimento, sia alla figura del responsabile del procedimento. Ebbene, in merito, è opportuno precisare che, in maniera piuttosto unanime, la dottrina e la giurisprudenza non richiedono tale requisito qualificando come accordi anche quelli contratti al di fuori del procedimento. In tal senso, si veda F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, 33, i quali pur riconoscendo che la norma faccia espresso riferimento allo svolgimento del procedimento, ammettono la possibilità che la norma abbia un ambito di applicazione ancora più ampio, andando oltre il dato positivo formalizzato. Rimangono alcuni Autori che, invece, ritengono il contrario come V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, 509; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 59.

*genus*, che si presenta come sintesi delle esigenze connesse alla presenza del soggetto pubblico quale parte di un rapporto negoziale<sup>95</sup>.

Alla luce del quadro così delineato, in particolare, nell'ambito dell'attività consensuale, preordinata al raggiungimento di un pubblico interesse ed esercitata dalla pubblica amministrazione, gli accordi di cui all'art. 11, nonostante, come visto, ricevano una certa importanza in dottrina all'interno del dibattito circa l'esercizio consensuale del potere, non esauriscono le fattispecie negoziali, al cui interno è inserita la p.a.: si pensi, a titolo esemplificativo, ai contratti pubblici, quale il contratto di appalto<sup>96</sup>. Da tale constatazione, è necessario partire per esaminare il dialogo tra il soggetto pubblico e gli istituti che gravitano intorno al contratto, interrogandosi sulle problematiche relative ai confini tra regole privatistiche e regole pubblicistiche, con particolare attenzione al profilo della responsabilità dell'amministrazione<sup>97</sup>.

## 8. Verso una svolta nell'evoluzione della responsabilità della p.a.

Ad iniziare dalla seconda metà del Novecento, il problema dell'utilizzo del diritto privato da parte dei pubblici poteri, come visto, si viene ad intrecciare con le importanti trasformazioni che interessano la struttura dell'ordinamento amministrativo e delle relazioni economiche che hanno condizionato la stessa evoluzione della scienza amministrativistica e dei suoi rapporti con l'ambito privatistico<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> A tale proposito, una parte della dottrina sostiene che gli accordi non siano assimilabili né ai provvedimenti, né ai contratti e ritiene che l'art. 11 possa costituire una "norma archetipo" per tutte quelle forme di azione della p.a. «che pur non dismettendo il condizionamento funzionale, agiscono attraverso strumenti negoziali, in luogo dei tradizionali atti amministrativi». F. GIGLIONI-A. NERVI, *op.cit.*, 34; altri, al contrario, ritengono che gli accordi siano una *species* del più ampio *genus* dei contratti, G. GRECO, *op. cit.*, 46; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 246-247. Nota è l'opinione contraria, a questa impostazione, di quanti ritengono, invece, che gli accordi pongono un problema di riconoscibilità che si dispiega solo all'interno della dicotomia classica diritto privato/diritto pubblico. In merito, si guardi R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 43-47; F. LEDDA, *op. cit.*, 103. Inoltre, ragionare sulla disciplina degli accordi e riflettere sulla loro natura giuridica, induce ad interrogarsi sull'opportunità di considerare l'art. 11 come una norma-base, di stampo generale, da cui partire per comprendere istituti in cui la funzione pubblica è esercitata tramite un negozio tra pari. Si veda, in merito, ancora, F. GIGLIONI-A. NERVI, *op.cit.*, 33.

<sup>96</sup> L'attualità del tema dei contratti pubblici è peraltro confermata dalla recente Delega al Governo in materia di contratti pubblici, portata dalla L. 21 giugno 2022, n. 78: per un primo commento sullo schema di riforma, pubblicato nel dicembre 2022, si v. M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice civile dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 69 ss.

<sup>97</sup> F.G. COCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, 48; l'A. sostiene che «il potere che l'amministrazione utilizza nella formazione dei contratti resta un potere amministrativo ed implica, pertanto, che l'attività, attraverso la quale il potere si svolge, segua i principi costituzionali, anche se pone capo ad uno strumento di diritto privato e non di diritto pubblico».

<sup>98</sup> A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 51 ss.: l'A. afferma che «si rivelerà decisivo il progressivo stemperamento della visione organicistica che aveva caratterizzato i rapporti tra Stato, società ed individui nei primo decenni del Novecento» inoltre «la concezione personalistica sottesa al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo contribuisce a rafforzare la posizione dell'individuo nei confronti dei pubblici poteri»; M.S. GIANNINI,

Nel corso dei decenni sembra emergere il *favor* del legislatore nei confronti di canoni privatistici e logiche paritarie, nonché una predilezione nei confronti di istituti consensuali come quello degli accordi.

Come sopra accennato, il processo non interessa solamente la struttura organizzativa e l'attività dell'amministrazione pubblica, né si arresta alla possibilità per quest'ultima di concludere dei contratti ma, ben più profondamente, tocca istituti di pregnante rilevanza.

L'intento del legislatore e, in generale, degli operatori del diritto, appare meritorio: applicare alcuni canoni del diritto privato al diritto amministrativo può aiutare a fornire a quest'ultimo modelli di disciplina – per esempio, nell'ambito della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica – dal momento che i moduli privatistici seguono le logiche dell'impresa e del guadagno, sono moduli consensuali e quindi meno invasivi, più agevoli e flessibili. Essi, con i dovuti adattamenti, si dimostrano idonei all'attività svolta dalle amministrazioni, improntata ai canoni di buon andamento, efficienza ed economicità, come stabilito dal medesimo art. 1 L.241/90, oltre che dalla Carta Costituzionale all'art. 97.

L'ottica è quella di tenere in maggiore considerazione le esigenze dei cittadini in uno spirito di collaborazione tra amministrazione e amministrati, al fine di massimizzare l'interesse collettivo. E allora, l'estensione del perimetro applicativo di istituti privatistici ad ambiti propri del diritto amministrativo è coerente con la crescente importanza degli interessi del privato: per esempio, in punto di responsabilità, è innegabile che un'amministrazione più responsabile costituisca una maggiore tutela per il privato.

In tale ultimo settore, come si avrà modo di approfondire, il principio di affidamento – sopra richiamato – ha giocato un ruolo fondamentale all'interno dell'evoluzione del rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Nell'ultimo decennio, si è infatti assistito, all'interno del processo di civilizzazione della p.a., ad una sorta di responsabilizzazione di quest'ultima, la quale è stata assoggettata all'obbligo di correttezza e buona fede, proprio al fine di assicurare una maggiore tutela della posizione del privato. Quest'ultimo si vede così riconosciuta la possibilità di ottenere il risarcimento del danno, in ipotesi prima a lui precluse.

In questo senso, si fa più specificamente riferimento all'estensione alla p.a. di alcune ipotesi di responsabilità aquiliana, nonché di ipotesi di responsabilità da lesione dell'affidamento. Al riguardo, la celebre sentenza dell'Adunanza Plenaria<sup>99</sup> – che ha riconosciuto, in via definitiva, la *culpa in*

---

*L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, Padova, 1988, 67 in cui si afferma che nello Stato pluriclasse inizia a ricomporsi la frattura netta fra Stato e società, soprattutto in virtù del superamento della distinzione tra Stato-persona e Stato-comunità, anche in virtù dell'apertura ai fenomeni associativi.

<sup>99</sup> Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1983 ss., con nota di G.D. COMPARTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, 1547 ss., con nota

*contrahendo* della p.a. all'interno della contrattazione pubblica – rappresenta, allo stesso tempo, punto di approdo di questo processo e punto di partenza delle ulteriori riflessioni in merito: si vedrà, infatti, come il dibattito relativo alle forme di responsabilità, sopra citate (aquiliana e da lesione dell'affidamento) risulta tutt'altro che risolto, sia in merito al loro riconoscimento sia riguardo alle modalità applicative.

Sullo sfondo resta, invece, la responsabilità contrattuale: il contratto – che sia di diritto privato o di diritto pubblico – come si avrà modo di osservare, rimane, in gran parte legato alle logiche privatistiche, nonostante lo stesso risenta delle peculiarità del contesto, in cui è inserito. Al riguardo, non può dubitarsi della configurabilità di una responsabilità, legata all'inadempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale, in capo al soggetto pubblico: tutt'al più, potranno incontrarsi alcune specificità in punto di disciplina, espressamente contemplate all'interno del codice degli appalti<sup>100</sup>.

---

di M. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*; in *Urb. app.*, 2018, 639 ss., con nota di GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Guida dir.*, 2018, 23, 88 ss., con nota di M. CLARICH-G. FONDERICO, *Un passo avanti per eliminare situazioni di privilegio*; in questa *Rivista*, 2018, 1594 ss., con nota di S. FOÀ-R. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; Cass. civ., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, 1025 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*. Sul punto, Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 437 ss., con nota di A. PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. nelle procedure ad evidenza pubblica* e in *Danno e resp.*, 2013, 754 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta*; Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 349 ss., con nota di R. MORESE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno* e in *Corr. giur.*, 2006, 67 ss., con nota di A.M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo e procedimento amministrativo*; Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. it.*, 1998, 569 ss., con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

<sup>100</sup> In merito, si vedano Cass., sez. un., 19 novembre 2020, n. 26390; Cass., sez. un., 5 dicembre 2000, n. 1252; Cass., 29 agosto 1994, n. 7574, tutte reperibili su *Banca dati online DeJure*.

## CAPITOLO II

### L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. **Esame della responsabilità aquiliana della p.a.** – 2. **Il “dogma” dell’immunità della p.a., nell’esercizio del proprio potere.** – 3. **Lettura unitaria dell’evidenza pubblica, alla luce del principio di affidamento.** – 4. **La responsabilità precontrattuale della p.a. in presenza di provvedimento legittimo (o in mancanza di un provvedimento).** – 5. **I limiti all’affidamento del privato (ed al risarcimento del danno).** – 6. **La giurisdizione.** – 7. **Considerazioni conclusive.**

#### 1. **Esame della responsabilità aquiliana della p.a.**

Il progressivo avvicinamento della pubblica amministrazione alle esigenze del privato, come visto, riguarda ambiti piuttosto eterogenei del diritto e investe il rapporto tra p.a. e privato sia da un punto di vista processuale, sia da un punto di vista sostanziale. A quest’ultimo proposito, quello della responsabilità rappresenta un ambito particolarmente interessante da cui osservare tale rapporto, dal momento che la trasformazione dello stesso in senso paritario sembra necessariamente passare attraverso il riconoscimento di alcune forme di responsabilità in capo al soggetto pubblico.

Si intende dire che la disamina sul processo di responsabilizzazione della p.a. è intimamente legata all’analisi riguardante la relazione che si instaura, “in verticale”, tra pubblica amministrazione e privati cittadini e, dunque, di tale processo si deve necessariamente tenere conto nella trattazione dell’erosione del principio di impermeabilità del soggetto pubblico<sup>1</sup>.

In altre parole, la concezione di un’amministrazione “responsabile” è il portato di un parallelo e speculare cambiamento del rapporto tra soggetto pubblico e soggetti privati, che ha visto, progressivamente, una sempre maggiore considerazione – e un sempre più esteso riconoscimento – della tutela delle situazioni giuridiche di cui il privato è titolare.

In punto di responsabilità, l’attuale quadro giuridico è tributario, infatti, del fenomeno di graduale slittamento della disciplina pubblicistica verso canoni privatistici, che trova la sua origine intorno alla metà dello scorso secolo. In tale periodo, ha avuto inizio il processo di erosione del dogma dell’intangibilità della p.a., per il quale la natura pubblicistica del soggetto giustificava l’adozione di un regime di responsabilità diverso e meno rigoroso rispetto a quello comune, in modo tale da non

---

<sup>1</sup> F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2018, 815; l’A. nel tracciare i caratteri di un diritto amministrativo paritario ha ritenuto che la democratizzazione del rapporto di diritto pubblico debba essere ricercata nel campo del risarcimento degli interessi legittimi, della risarcibilità dei danni arrecati da atti legittimi, nonché della responsabilità *in contrahendo*.

compromettere la sfera di discrezionalità propria dei pubblici apparati<sup>2</sup>. Di tal che sembrava che la p.a. fosse destinataria di un trattamento privilegiato, che impediva di riconoscere in capo alla stessa talune forme di responsabilità.

All'interno di tale scenario, assume particolare interesse l'estensione della responsabilità extracontrattuale in capo alla p.a., che inizia a muovere i primi passi con l'entrata in vigore della Costituzione; quest'ultima, espressione del riconoscimento e della piena tutela dei diritti della persona, costituisce invero il fondamento per rivolgere osservazioni critiche alla tradizionale visione di una pubblica amministrazione non scalfibile da provvedimenti sanzionatori a beneficio della tutela dei privati.

Gli esempi al riguardo sono diversi e, in primo luogo, merita attenzione la fattispecie di responsabilità per fatto dei dipendenti pubblici. Quest'ultima, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 28 Cost., è stata a lungo oggetto di un dibattito che ha visto contrapporsi, da un lato, chi riteneva che avrebbe dovuto trovare applicazione – per il tramite del generale obbligo extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. – il dettato costituzionale dell'art. 28, che prevede una responsabilità diretta, per fatto proprio, dell'amministrazione; dall'altro, chi, al contrario, sosteneva che la fattispecie rientrasse nel perimetro applicativo dell'art. 2049, il quale disciplina una responsabilità indiretta per fatto altrui<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2019, 117.

<sup>3</sup> È opportuno dar conto degli argomenti sostenuti dalle due impostazioni citate. A parere di un primo orientamento, l'art. 28 Cost. sancirebbe la responsabilità dello Stato come responsabilità diretta per fatto proprio quando i dipendenti compiano illeciti nell'esercizio dell'attività provvedimentale, sulla scorta del principio di immedesimazione organica. L'agire del lavoratore per finalità egoistiche recederebbe, allora, il vincolo organico tra dipendente e p.a., escludendo così la responsabilità di quest'ultima: si finirebbe così per ritenere responsabile il datore di lavoro per qualsiasi fatto illecito ascrivibile al lavoratore (che sarebbe stato responsabile in solido, ex art. 28 Cost., primo comma) e che fosse connesso al contesto lavorativo; diversamente, il preponente non verrebbe gravato delle conseguenze di un fatto posto in essere al di fuori delle incombenze demandategli dal datore di lavoro. In merito, si vedano i casi esaminati da Cass., 12 aprile 2011, n. 8306 e Cass., 30 gennaio 2008, n. 2089, entrambe reperibili in *Banca dati DeJure*; Cass., 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, 3289 ss., con nota di M.P. GIRACCA, *Responsabilità civile e pubblica amministrazione: quale spazio per l'art. 2049 Cod. Civ.?*.

A parere dell'opposto orientamento, invece, con l'introduzione del dettato costituzionale, non si sarebbe inteso disciplinare la responsabilità dell'amministrazione che, pertanto, troverebbe fondamento nella normativa codicistica, all'art. 2049 c.c. In forza di tale norma, la responsabilità della p.a. sussisterebbe anche quando il dipendente persegue finalità esclusivamente personali, purché in presenza di un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento del dipendente medesimo e lo svolgimento delle funzioni a cui quest'ultimo era preposto. A titolo esemplificativo, si pensi al caso esaminato da Cass., 22 settembre 2017, n. 22058, in *Guida al diritto*, 2017, 43, 49 ss., con nota di M. PISELLI, *L'attività del chirurgo dentro la struttura è condizione per il fatto*, in cui è stata riconosciuta la responsabilità della ASL per fatto illecito compiuto da un medico anestesista, suo dipendente. In particolare, il medico, dopo aver somministrato l'anestetico ad una paziente, in vista dell'operazione programmata, ha abusato sessualmente della stessa. In considerazione di ciò, nonostante la chiara devianza dell'azione del medico dai fini istituzionali, la Corte ha ritenuto di riconoscere la responsabilità dell'Ente in quanto la funzione svolta dal medico, all'interno dell'ospedale, è stata presupposto imprescindibile dell'accaduto, considerato che l'illecito si è consumato durante l'orario di servizio e nell'esercizio delle mansioni. In altre parole, i giudici hanno ritenuto sussistente il nesso di occasionalità necessaria, visto che l'incombenza lavorativa ha senz'altro agevolato e reso possibile il fatto illecito. In merito, si v. anche Cass., 25 gennaio 2011, n. 1741, in *Corr. giur.*, 2011, 1589 ss., con nota di E. GUERINONI, *Illecito del promotore e responsabilità*

I rilievi critici di entrambe le impostazioni hanno portato, anche se solo di recente, la Suprema Corte a pronunciarsi a Sezioni Unite<sup>4</sup>, stabilendo che la responsabilità civile della p.a. da lesione di diritti soggettivi, nel caso di fatto illecito del dipendente, sia caratterizzata da una doppia natura: diretta, e disciplinata dall'art. 2043 c.c., nel caso in cui il dipendente abbia posto in essere un'attività che si configura come estrinsecazione dei poteri pubblici e in cui rimane intatto il rapporto di immedesimazione organica, rendendo così possibile la riferibilità del fatto alla p.a. preponente<sup>5</sup>; indiretta (o per fatto altrui), disciplinata dall'art. 2049 c.c., nel caso in cui il dipendente, secondo il criterio di occasionalità necessaria, ponga in essere un'attività materiale, sfruttando come occasione<sup>6</sup> l'adempimento di funzioni pubbliche e piegando queste ultime a fini egoistici ed estranei a quello pubblicistico, purché si tratti di uno sviluppo non anomalo dell'esercizio del potere conferito.

In tale contesto, particolarmente interessante è la *ratio* sottesa alla decisione della Suprema Corte evocata, la quale richiama la necessità di assicurare piena tutela ai privati danneggiati dall'attività

---

*dell'intermediario e concorso di colpa dell'investitore?*; in *Giur. it.*, 2011, 2575 ss., con nota di M. D'AURIA, *Ancora sul nesso di occasionalità necessaria negli illeciti dei promotori finanziari: profili problematici e ivi*, 2011, 1815 ss., con nota di S. D'ORO, *Fatto illecito del promotore e responsabilità dell'intermediario*; in *Danno e resp.*, 2011, 727 ss., con nota di F. BARTOLINI, *L'occasionalità necessaria non tramonta mai: una conferma sulla responsabilità della SIM per gli illeciti del promotore*; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 2, 1170 ss., con nota di F. GRECO, *Illecito del promotore e responsabilità della Sim: fine di un percorso ad ostacoli?*; Cass., 24 luglio 2009, n. 17393 e Cass., 6 marzo 2008, n. 6033, entrambe reperibili in *Banca dati DeJure*. La questione è stata definitivamente risolta dalla sentenza Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, in *Danno e resp.*, 2019, 493 ss., con nota di G. TURSI, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, con cui le Sezioni Unite hanno sancito la coesistenza di due sistemi ricostruttivi, quello della responsabilità diretta, fondata sul solo rapporto organico, e quello della responsabilità indiretta o per fatto altrui, fondata sul c.d. nesso di occasionalità necessaria. Ciascuno di essi viene in considerazione a seconda del tipo di attività della p.a. posta in essere: quella di tipo autoritativo, estrinsecazione del potere pubblicistico, o quella meramente materiale, equiparata all'attività di qualsiasi altro privato. Nel primo caso sussiste il rapporto organico ed è perciò integrato il presupposto della responsabilità diretta ex art. 28 Cost. Nel secondo caso può sussistere il nesso di occasionalità necessaria e l'ente risponde, se del caso, ex art. 2049 cod. civ. Sul punto, *amplius*, cfr. C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2021, 917 ss.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, in *Danno e resp.*, 2019, 493 ss., con nota di G. TURSI, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*.

<sup>5</sup> Più precisamente, le Sezioni Unite hanno sancito la coesistenza di due sistemi ricostruttivi, quello della responsabilità diretta, fondata sul solo rapporto organico, e quello della responsabilità indiretta o per fatto altrui, fondata sul c.d. nesso di occasionalità necessaria. Ciascuno di essi viene in considerazione a seconda del tipo di attività della p.a. posta in essere: quella di tipo autoritativo, estrinsecazione del potere pubblicistico, o quella meramente materiale, equiparata all'attività di qualsiasi altro privato. Nel primo caso sussiste il rapporto organico ed è perciò integrato il presupposto della responsabilità diretta ex art. 28 Cost. Nel secondo caso può sussistere il nesso di occasionalità necessaria e l'ente risponde, se del caso, ex art. 2049 cod. civ. Sul punto, *amplius*, C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2021, 917 ss.

<sup>6</sup> Nonostante la giurisprudenza faccia spesso riferimento al concetto di "occasionalità", al fine di delineare la responsabilità del preponente rispetto al fatto dell'ausiliario, tale criterio è sottoposto a numerose critiche da parte della più attenta dottrina: al riguardo, si v. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 699, il quale – oltre a criticare il criterio adottato dalla giurisprudenza, ritenuto eccessivamente vago – propone di utilizzare il criterio c.d. di pertinenza. Ancora, U. RUFFOLO, *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976, 111 ss., suggerisce di adoperare il criterio della concausa *sine qua non*. Sulla problematica in generale, si v. altresì C. DE MENECH, *La responsabilità vicaria nel diritto vivente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1604 ss.

della p.a., non solo quando questa non coinvolga l'esercizio di pubblici poteri orientato a finalità pubblicistiche, ma anche quando l'esercizio di tali funzioni abbia agevolato la realizzazione del fatto lesivo, essendo il dipendente determinato a perseguire un interesse personale e avulso dai fini istituzionali. Infatti, a parere dei giudici, «nessuna ragione giustifica più, nell'odierno contesto socio-economico, un trattamento differenziato dell'attività dello Stato o dell'ente pubblico rispetto a quello di ogni altro privato, quando la prima non sia connotata dall'esercizio di poteri pubblicistici»<sup>7</sup>.

Ugualmente esplicativa – nel senso di un maggiore avvicinamento dell'ordinamento, e quindi della p.a., alle esigenze di tutela del privato – è anche la fattispecie della responsabilità da cose in custodia, con particolare riguardo alla custodia del demanio stradale.

L'orientamento tradizionale, incentrando la sua principale argomentazione sulla natura demaniale e sull'ampiezza del bene – e, dunque, sulla difficoltà che la p.a. avrebbe incontrato nel garantire idonea custodia – riteneva che la responsabilità da custodia del demanio stradale da parte della p.a. dovesse essere incardinata nelle maglie dell'art. 2043 c.c., con conseguente esclusione della più gravosa disciplina specifica di cui all'art. 2051 c.c., in cui la p.a., per andare esente da responsabilità, avrebbe dovuto provare l'esistenza del caso fortuito.

Tale orientamento non ha tuttavia incontrato il favore di quella parte della dottrina che, più attenta al diritto al risarcimento del danneggiato, ha trovato, inizialmente, conferma nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (n. 156/1999)<sup>8</sup>. A quest'ultima hanno, poi, fatto seguito pronunce che hanno esteso la responsabilità per cosa in custodia della p.a., in prima battuta solo nel caso di strade di non notevole estensione, in seconda battuta, prescindendo dall'estensione dell'oggetto custodito<sup>9</sup>,

---

<sup>7</sup> Cass., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246, cit., 493.

<sup>8</sup> Corte Cost., 10 maggio 1999, n. 156, in *Giust. civ.*, 2000, 1, 649, con nota di S. VITALE, *La responsabilità civile della P.A. per i danni derivanti da beni pubblici al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione sfumata*, e in *Danno e resp.*, 1999, 871 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Trabocchetto e responsabilità della p.a.: Corte Costituzionale e Cassazione a confronto*, il quale osserva che l'impossibilità di un concreto potere di controllo e di vigilanza da parte della p.a. sul bene debba essere indagato con riferimento al caso singolo. In altri termini, non sarebbe ammissibile una presunzione di esclusione della responsabilità in presenza della "notevole estensione del bene" e dell'"uso generale del diritto", costituendo questi ultimi due meri indici al riguardo. In conseguenza di ciò, si rimane nell'ambito di applicazione dell'art. 2051 c.c.

<sup>9</sup> Cass., 15 gennaio 2003, n. 488, in *Dir. e giust.*, 2003, 11, 28 ss., con nota di L. AFFINITO, *Il nesso causale negli illeciti commissivi mediante omissione. La Cassazione civile "dimentica" le sezioni unite penali*; in *Giur. it.*, 2003, 2258 ss., con nota di I. REDÌ, *In tema di responsabilità dei proprietari o dei concessionari di autostrade* e, *ivi*, 2004, 59 ss., con nota di S. PUGNO, *L'art. 2051 e la responsabilità del gestore autostradale*; si veda anche F.P. PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine del 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 4, 281; R. FOFFA, *Il problema della causalità omissiva e l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti dell'Ente proprietario della strada*, in *Danno e resp.*, 2003, 728. Con riguardo alle pronunce successive che hanno aperto la strada al risarcimento a carico della p.a. ex art. 2051 c.c. a prescindere dall'estensione del bene, si vedano Cass., 20 febbraio 2006, n. 3651, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1, 1295 ss., con nota di F. COLLATI, *Responsabilità della pubblica amministrazione ex art. 2051 cod. civ. per sinistro su strada statale*; in *Riv. dir. civ.*, 2007, 2, 737 ss., con nota di M. NUZZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per sinistro su strada statale*; in *Giur. it.*, 2007, 1403 ss., con nota di C. SALVATORI, *Ancora sulla responsabilità della P.A. per danni cagionati all'utente della strada pubblica*; in *Corr. giur.*, 2006, 1727 ss., con nota di V. AMENDOLAGINE,

fondate sul sentimento di ingiustizia suscitato dall'idea di riconoscere una sfera di immunità alla p.a. nel caso di cattiva o omessa manutenzione delle strade<sup>10</sup>.

Ad arricchire il quadro di avvicinamento della p.a. alle esigenze del privato è intervenuto poi, in una logica analoga, anche il riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione della responsabilità per il danno cagionato da fauna selvatica di cui appunto, ai sensi dell'art. 2052 c.c., risponderebbe il proprietario o chi se ne serve, ferma la possibilità di provare il caso fortuito.

L'orientamento tradizionale, infatti, propendeva per l'applicazione del generale regime di cui all'art. 2043 c.c., nella comprensibile considerazione dell'impossibilità di esigere, da parte delle p.a., adeguato controllo sulla fauna selvatica; esso, tuttavia, poneva il privato in condizione di svantaggio nel momento in cui gli attribuiva l'onere della prova circa la colpevolezza dell'apparato pubblico (condizione che, tra l'altro, arginava pretese eccessive nei confronti dell'erario). Al contrario, l'orientamento giurisprudenziale, più sensibile alle esigenze di tutela del privato<sup>11</sup>, ha portato di recente la Suprema Corte a pronunciarsi nel merito e a stabilire, in modo del tutto innovativo, che è l'art. 2052 c.c. la norma deputata a governare l'ipotesi di danno cagionato dalla fauna selvatica<sup>12</sup>.

---

*La P.A. ed i danni causati da res di cui la stessa è proprietaria o custode: responsabilità fondata sul neminem laedere o presunzione di colpa?*

<sup>10</sup> In merito, Cass., 13 febbraio 2002, n. 2067, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 1355 ss., con nota di E. MASCI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per difettosa manutenzione di strade un difficile inquadramento*; Cass., 21 dicembre 2001, n. 16179, in *Archivio giuridico della circolazione dei sinistri stradali*, 2002, 373; Cass., 20 marzo 1982, n. 1817, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, 1982, 1, IV, 539; si veda anche A. FERRI, "Insidie" e "trabocchetti": eliminazione dei residui privilegi della p.a. in tema di r.c. per danni originati dal demanio stradale, in *Resp. civ.*, 2006, 835, nonché Cass., civ., 2 marzo 2012, n. 3253; Cass., 8 maggio 2013, n. 10898, entrambe reperibili in *Banca dati DeJure*.

<sup>11</sup> Una parte della giurisprudenza, al riguardo, interveniva spostando l'onere della prova dell'assenza dell'elemento soggettivo della p.a. danneggiante in capo alla p.a. medesima. In altri termini, pur rimanendo espressamente applicabile il regime dell'art. 2043 c.c. (il quale, a rigore, affida al danneggiato la prova dell'elemento soggettivo del danneggiante), si chiedeva all'amministrazione di provare di aver tenuto una condotta diligente. Cass., 24 settembre 2002, n. 13907, in *Foro it.*, 2003, I, 157.

<sup>12</sup> Cass., 20 aprile 2020, n. 7969, in *Danno e resp.*, 2020, 352 ss., con nota di C. BALDASSARRE, *La responsabilità per danni da fauna selvatica: tramonto dei privilegi della P.A.* A parere della Corte, l'applicazione dell'art. 2043 c.c. all'ipotesi di danno cagionato da fauna selvatica pone in capo al cittadino un onere probatorio oneroso e spesso impossibile da sopportare, rendendo la tutela dello stesso tutt'altro che effettiva. La soluzione contraria – che ritiene applicabile l'art. 2043 c.c. –, non si mostrerebbe né razionale né efficiente in termini di analisi economica del diritto in quanto, con l'applicazione dell'art. 2043 c.c., si finirebbe per accollare ad un solo soggetto le conseguenze di un danno causato da fauna selvatica che, essendo un bene collettivo, dovrebbe gravare sull'insieme dei consociati. Inoltre, la S.C. in parola ritiene che la premessa su cui si basa l'applicazione dell'art. 2043 c.c. non sia corretta: ritenere che tale norma troverebbe spazio solo in quanto non possa essere utilizzato l'art. 2052 c.c. (che richiederebbe, tra i suoi presupposti, il rapporto di custodia, impossibile da immaginare tra l'amministrazione e la fauna selvatica e individuabile solo rispetto agli animali domestici) non è condivisibile perché – come nota la Corte – il dato letterale dell'art. 2052 c.c. non limita il suo perimetro applicativo agli animali domestici e prevede la responsabilità del proprietario o dell'utilizzatore, non presupponendo necessariamente un rapporto di custodia. Al contrario, l'art. 2052 c.c. guarda alla proprietà e all'utilità che deriva dall'utilizzo dell'animale rispondendo alla logica del "*cuius commoda eius et incommoda*", secondo un meccanismo di razionale distribuzione delle conseguenze dannose di un fatto illecito. D'altra parte, tale soluzione risponde ad esigenze di equità sostanziale, considerato che la p.a. trae utilità dalla gestione della fauna selvatica: si tratta della tutela generale dell'ambiente e dell'ecosistema «con l'attribuzione esclusiva ai soggetti pubblici del diritto/dovere di cura e gestione del patrimonio faunistico tutelato onde perseguire i suddetti fini collettivi». In definitiva, l'impossibilità

Ancora una volta viene così meno quello che, dalla dottrina più recente, è stato ritenuto un ingiustificato privilegio a vantaggio della p.a., figlio di un tradizionale modo di intendere il soggetto pubblico come estraneo ai rapporti paritari con il cittadino e, in virtù dell'essere deputato alla realizzazione dell'interesse pubblico, per definizione impermeabile alla disciplina comune<sup>13</sup>.

Invero, le ipotesi sopra analizzate non sono l'unico indizio del capovolgimento del paradigma pubblicistico, in quanto l'estensione della portata applicativa della responsabilità civile in capo alla pubblica amministrazione ha percorso una duplice traiettoria e, se da un lato ha riguardato le ipotesi, sopra analizzate, di lesione di diritti soggettivi, dall'altro ha seguito la direzione di un riconoscimento sostanziale della diversa posizione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, che necessariamente viene in essere quando la p.a. svolge attività autoritativa<sup>14</sup>. In altre parole, l'esigenza di tutela delle posizioni del privato, sentita come prevalente rispetto al mantenimento del privilegio pubblicistico a prescindere dal tipo di attività esercitata dalla p.a., ha portato a comporre un mosaico che estende la responsabilità aquiliana ben oltre l'attività materiale dell'amministrazione, arrivando infine a toccare anche l'attività dell'ente pubblico in quanto tale.

Seppur con le dovute differenze<sup>15</sup>, tale evoluzione si inserisce nel solco tracciato dalla storica e rivoluzionaria sentenza Cass., Sez. Un., n. 500/99 che, tramite una lettura meno restrittiva della nozione di 'danno ingiusto', ha riconosciuto per prima la risarcibilità per la lesione dell'interesse legittimo<sup>16</sup>, scardinando la concezione tradizionale in forza della quale il perseguimento dell'interesse

---

di identificare un rapporto di custodia tra l'amministrazione e la fauna selvatica e la preoccupazione di un'incontrollata attribuzione della responsabilità risarcitoria in capo alla p.a., non possono giustificare un trattamento di favore per l'apparato pubblico. Infine, la fragilità della soluzione che applica l'art. 2052 c.c. porta le corti a pronunciare decisioni che, di fatto, contraddicono le premesse, considerato che, a dispetto della scelta di applicare l'art. 2043 c.c., fanno riferimento, di fatto, alla prova del caso fortuito interruttivo del nesso causale (v. nt. precedente).

<sup>13</sup> C. BALDASSARRE, *La responsabilità per danni da fauna selvatica: tramonto dei privilegi della P.A.*, cit., 352.

<sup>14</sup> In merito, si tratterà del rapporto giuridico amministrativo e della relazione tra potere e interesse legittimo nel paragrafo successivo.

<sup>15</sup> A questo proposito, se le pronunce analizzate fino ad ora hanno rivolto l'attenzione alla tutela di diritti soggettivi lesi dall'attività (o dalla mancata attività) dell'amministrazione pubblica, la pronuncia richiamata, come si vedrà, guarda alla tutela degli interessi legittimi.

<sup>16</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 1, 3201 ss., con note di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti interrogativi*, A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, R. CARANZA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità* e E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenziale in materia risarcitoria*; in *Corr. giur.*, 1999, 1367 ss., con note di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"* e V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile..."*. In merito, nella pronuncia n. 500/99 la Suprema Corte ha qualificato la responsabilità dell'amministrazione da lesione di interessi legittimi in termini di responsabilità ex art. 2043 c.c.; inoltre, tale orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza amministrativa più recente che, tramite la pronuncia Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7 con nota di C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss.; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2021, III, 406 ss. Più nello specifico, la Plenaria si è pronunciata su richiesta del Consiglio Giuridico amministrativo per la Regione Siciliana (CGARS) con C.g.a., 15 dicembre 2020, n.

pubblico avrebbe dovuto prevalere sulla tutela degli interessi privatistici. In altre parole, la posizione di supremazia della p.a. era assicurata dall'attribuzione, alla stessa, di un potere che le permettesse di agire operando con discrezionalità e senza il consenso del privato, il quale quindi si vedeva titolare – solo – di un interesse legittimo, considerato, allora, un *minus* rispetto al diritto soggettivo<sup>17</sup> e non degno dunque della medesima tutela.

Con la sentenza citata i giudici della Cassazione, prendendo atto dell'evoluzione del rapporto tra p.a. e privati, nonché della necessità di responsabilizzare la prima anche in relazione allo svolgimento della sua attività autoritativa, hanno ammesso la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo<sup>18</sup>: i giudici negano la rilevanza della qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto «poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante». In altre parole, ad avviso della Suprema Corte, non è possibile determinare a priori quali siano gli interessi

---

1136, reperibile in *Banca dati Pluris*, il quale ha chiesto «se il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità dell'Amministrazione da provvedimento [...] non debba essere ricondotto al disposto di cui all'art. 1218 c.c.». Nonostante, la pronuncia citata abbia chiarito i dubbi del CGRAS, come si avrà modo di osservare nel capitolo successivo (cfr. Cap. 3, par. 5), il dibattito circa la natura della responsabilità precontrattuale della p.a. è tutt'altro che sopito.

<sup>17</sup> Per lungo tempo e fino alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 fu escluso il diritto al risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi. Questo per due ragioni: la prima, di natura processuale, risiedeva nella struttura del processo amministrativo – quindi nei poteri del giudice amministrativo, deputato a conoscere degli interessi legittimi – che non prevedeva l'azione risarcitoria; la seconda, figlia di un'antica interpretazione della responsabilità aquiliana in virtù della quale, perché il danno ingiusto fosse risarcito, avrebbe dovuto trattarsi di un danno prodotto *'non iure'* e *'contra ius'*, intendendosi con tale ultima formula che il danno avrebbe dovuto ledere una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento nella forma di diritto soggettivo. In tale scenario, si inseriva l'opera della giurisprudenza amministrativa la quale riconosceva tutela risarcitoria ai soli interessi legittimi oppositivi (quelli cioè che sono incisi negativamente dall'azione amministrativa), ma non direttamente: solo ove il privato avesse ottenuto l'annullamento del provvedimento davanti al giudice amministrativo, l'interesse legittimo sarebbe tornato ad essere un diritto soggettivo, indebitamente compresso e pertanto suscettibile di essere tutelato davanti al giudice ordinario in via risarcitoria. Privi di tutela rimanevano, invece, gli interessi legittimi pretensivi (quelli che, al contrario, sono incisi positivamente dall'azione amministrativa, la quale amplia la sfera giuridica del destinatario). Il meccanismo che permetteva la tutela risarcitoria degli interessi legittimi oppositivi era tributario della teoria della degradazione (sviluppatasi per dare consistenza dogmatica all'interesse legittimo) in base alla quale, davanti all'esercizio del potere amministrativo, la posizione di diritto soggettiva veniva compressa dal provvedimento espressione di quel potere, per poi ri-espandersi, e tornare ad essere meritevole di tutela risarcitoria, quando il provvedimento fosse stato annullato perché illegittimo; si veda, in merito F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 226 ss. L'evoluzione della tutela processuale dell'interesse legittimo è stata affrontata nel Cap. 1, par. 4.

<sup>18</sup> In merito all'azione di condanna al risarcimento del danno, come accennato (Cap. 1, par. 4), questa, oggi, è disciplinata dall'art. 30 c.p.a.: è ammessa senza la necessità della previa impugnazione del provvedimento, ma è sottoposta al rispetto di un termine decadenziale di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Sul punto, cfr. A. GIUSTI, *op. cit.*, 52, e V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo, op.cit.*, 1657. Con riguardo, invece, al principio di atipicità delle azioni, si guardi: Cons. Stato, 25 febbraio 2019, n. 1321, in *Giur. it.*, 2019, 1405, con nota di M. TIMO, *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, e, in dottrina, M. CLARICH, *op. cit.*, 479.

meritevoli di tutela «dal momento che la caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c. [...] è infatti la sua atipicità»<sup>19</sup>.

La giurisprudenza fin qui analizzata, nel corso degli anni, ha dunque contribuito a scandire un processo di avvicinamento della posizione della p.a. a quella del privato, inaugurando una nuova idea del rapporto pubblico, lontana da logiche strettamente verticalizzate che invece rappresentavano il tratto principale di tale rapporto.

E, se da un lato si è osservato come nell'ambito dell'attività *iure privatorum*, nel tempo, si sia raggiunta la quasi piena equiparazione del regime previsto per l'amministrazione a quello previsto per i privati, dall'altro lato si è apprezzato come – lo abbiamo visto a proposito dell'estensione della responsabilità aquiliana alla lesione di interessi legittimi – il processo di responsabilizzazione abbia interessato anche l'attività autoritativa del soggetto pubblico.

A questo proposito, come si avrà modo di osservare, ai progressi – fino ad ora brevemente analizzati, in merito all'estensione di alcune fattispecie di responsabilità aquiliana e alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi – si è affiancato anche il riconoscimento di nuove forme di responsabilità.

Nell'esame di queste ultime, l'ipotesi della responsabilità precontrattuale rappresenta, a tutti gli effetti, una prospettiva privilegiata da cui esaminare il processo di responsabilizzazione della p.a., in quanto ha determinato il venir meno dell'immunità del soggetto pubblico durante la fase antecedente alla conclusione di un contratto pubblico. Essa, quindi, s'inserisce a pieno titolo all'interno del ragionamento sin qui condotto.

## **2. Il “dogma” dell'immunità della p.a., nell'esercizio del proprio potere.**

La presenza del soggetto pubblico all'interno della dinamica contrattuale - intesa *lato sensu* e dunque comprensiva anche della fase precontrattuale - ha posto e pone tutt'oggi non pochi quesiti circa il modo di atteggiarsi degli strumenti privatistici all'interno della relazione amministrativa, dunque fuori dal loro campo di applicazione prediletto. Infatti, l'interazione tra logiche pubblicistiche e logiche privatistiche fa in modo che l'esplicazione del potere da parte dell'amministrazione pubblica interferisca con le sorti del contratto, sia anteriormente, sia successivamente alla sua stipula e pone, al riguardo, questioni diverse riguardanti, da un lato, l'opportunità di applicare regole privatistiche, dall'altro, la modalità con cui si deve procedere a tale applicazione.

---

<sup>19</sup> A proposito, si veda anche A. GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione legislativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 49 il quale osserva che il pieno riconoscimento della responsabilità civile dell'amministrazione si inserisce nel sistema di tutela dei diritti promosso anche dai trattati comunitari e dalla CEDU, che esige l'effettività della tutela di tutte le posizioni giuridiche soggettive, possibile solo laddove il privato possa far valere le proprie pretese anche nei confronti del soggetto pubblico.

Nell'ambito della *culpa in contrahendo*, la rilevanza accordata alla volontà delle parti e ai reciproci obblighi, cui le stesse sono tenute, consente di analizzare da vicino i nuovi assetti, all'interno del rapporto tra pubblico e privato, e aiuta a delineare delle linee evolutive possibili.

In merito a questo tipo di responsabilità, i progressi giurisprudenziali visti circa l'affermazione della responsabilità da lesione di interessi legittimi e il pieno riconoscimento della capacità negoziale rappresentano un punto fermo, da cui partire per comprendere le problematiche relative a tale fase<sup>20</sup>.

La possibilità di riconoscere la responsabilità dell'amministrazione pubblica nell'ambito delle trattative, e dunque nel momento di formazione della volontà dei contraenti, ha sempre suscitato un certo atteggiamento di cautela nell'ipotesi in cui, tra i contraenti, sia presente il soggetto pubblico. In particolare, una delle maggiori argomentazioni, sostenute dalla dottrina contro il riconoscimento della *culpa in contrahendo* della p.a., risiedeva nel rischio che un eventuale sindacato da parte del giudice si trasformasse in una violazione delle prerogative del soggetto pubblico: il pericolo sarebbe stato, cioè, che il primo si ingerisse nelle competenze della seconda<sup>21</sup>. A ciò si aggiungeva la presunzione di legittimità dell'azione amministrativa<sup>22</sup>.

Intorno agli anni Sessanta, tale convinzione viene scardinata da quella dottrina che ritiene dirimente distinguere a seconda che si sia in presenza di un'attività esercitata *iure imperii* o *iure privatorum*.

Secondo tale visione, nel secondo caso (in presenza, dunque, di un'attività esercitata *iure privatorum*, in cui non viene speso alcun potere), l'amministrazione dev'essere trattata come un normale privato, senza essere perciò sottoposta ad un trattamento privilegiato: gli artt. 1337 c.c. e ss. troverebbero perciò applicazione nell'ipotesi in cui la p.a. è coinvolta in trattative volte a concludere un normale contratto, alla pari di un qualsiasi privato (dunque, senza l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica)<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vedi Cap. 1, par. 5.

<sup>21</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019, 151; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto. VI. Interferenze*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2022, 1023. Considerato che, come si vedrà in seguito, nella fase delle trattative di un contratto pubblico c'è interferenza tra obblighi di diritto pubblico e obblighi di diritto privato, il sindacato del giudice sul comportamento tenuto in violazione di regole di diritto privato potrebbe condurre al rischio di un'ingerenza nell'esercizio del potere, guidato, invece, da regole di diritto pubblico.

<sup>22</sup> V. C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità dell'amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, I, 298; M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, 2016, IX, 800; A. GIANNELLI, *Responsabilità della p.a.*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, 2016, IX, 811.

<sup>23</sup> A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui la pubblica amministrazione, ponga in essere contratti come per esempio la locazione di un immobile o l'acquisto di una proprietà. Sul punto, Cass., sez. un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1977, I, 1961, secondo cui «l'art. 1337 c.c. sancisce [...] un principio generale, il quale informa tutto l'ordinamento giuridico ed al cui impero anche la Pubblica Amministrazione deve sottostare, quando intraprenda o accetti di trattare iniziative di contratti privatistici»; Cass. civ., sez. un., 18 ottobre 1993, n. 10296, in *Giur. it.*, 1995, I, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*; Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Corr. giur.*, 1996, 294, con nota di F.

Come già visto nel precedente capitolo, si fa strada l'idea che il regime differenziato, normalmente previsto per l'amministrazione pubblica, sia giustificato dall'aspetto funzionale dell'attività amministrativa e quindi dal perseguimento di un pubblico interesse, e non dalla mera presenza del soggetto pubblico all'interno della vicenda giuridica. Conseguentemente, se quando la p.a. esercita attività *iure privatorum* non esercita il suo potere al fine di soddisfare un interesse collettivo, non è giustificata l'adozione di una disciplina differente e, pertanto, troveranno spazio le medesime regole previste per il privato.

È facile quindi intuire come l'idea di parificare la posizione della p.a. a quella del privato quando la prima svolga attività *iure privatorum* – e proprio perché svolge tale attività – attribuisca all'istituto della responsabilità precontrattuale la connotazione di strumento utile per scardinare pian piano l'area di privilegio dell'amministrazione pubblica.

Il processo di responsabilizzazione dell'amministrazione pubblica ha, invece, seguito un percorso più impervio con riguardo all'ipotesi in cui la p.a. eserciti un potere. Infatti, la possibilità di riconoscere la *culpa in contrahendo*, in tale caso, è tutt'oggi molto dibattuta con riguardo a specifici aspetti. Se ne capisce bene la ragione: quando la p.a. esercita un potere, l'attività posta in essere è preordinata al soddisfacimento di un interesse pubblico – tradizionalmente ritenuto prevalente sull'interesse del privato – e questo pone in rilevanza la funzione che la stessa esercita e dunque il quesito circa l'opportunità di applicare un regime di responsabilità differente da quello applicabile alla fase di trattative tra privati.

L'ipotesi oggetto del dibattito riguarda, come è facile intuire, quella dei contratti pubblici<sup>24</sup>, in quanto questi presentano una particolarità nella fase che precede la conclusione del contratto. In particolare, l'amministrazione che decida di stipulare un contratto pubblico deve attenersi alle regole dettate dal codice degli appalti e, di norma, non è libera di scegliere il proprio contraente se non dopo

---

CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra schemi privatistici e moduli procedurali*; Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, 754 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*, e in *Contratti*, 2013, 437 ss., con nota di A. PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. nelle procedure ad evidenza pubblica*; Cass. civ., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 349 ss., con nota di R. MORESE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno*, e in *Corr. giur.*, 2006, 67 ss., con nota di A.M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo e procedimento amministrativo*; Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. it.*, 1998, 569 ss., con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.* Sul punto, ancora, M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1960, 83; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 154-185; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2011, 317 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 115 ss.

<sup>24</sup> Sembra opportuno porre l'attenzione sui contratti pubblici, dal momento che il contratto è uno degli istituti cardine del diritto civile e perciò consente di osservare opportunamente il coinvolgimento del medesimo diritto civile all'interno del diritto pubblico. Inoltre, come si vedrà, il contratto pubblico possiede una struttura piuttosto particolare in quanto reca con sé due fasi, quella pubblicistica e quella privatistica, e dunque consente, ancora una volta, di guardare agli elementi propri di ciascun settore e alla loro interazione. Cfr. nt. 36.

aver espletato un procedimento di gara, nel rispetto del diritto della concorrenza tra privati: si tratta del procedimento ad evidenza pubblica<sup>25</sup>.

Più nello specifico, sulla scorta di tale modello, detto del doppio grado<sup>26</sup>, la fase di conclusione ed esecuzione di un contratto pubblico è preceduta da una fase pubblicistica retta da regole proprie che mirano a tutelare i privati partecipanti alla gara e impongono alla p.a. obblighi di trasparenza, imparzialità, informazione ed efficienza. In altri termini, presenta due fasi ben distinte fra loro: la prima, pubblicistica, in cui la p.a. esercita dei poteri, si snoda dalla emanazione del bando di gara all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva ed è retta dalle norme sul procedimento amministrativo. La seconda, invece, si conclude con la stipula e l'esecuzione del contratto ed è retta dalle norme privatistiche, nonché, nel caso di esplicita previsione, e in via di deroga, dal codice dei contratti pubblici<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 185: ad avviso dell'A., «il procedimento è ormai configurato nell'ordinamento interno in chiave pubblicistica, con la conseguente applicazione di tutti i principi propri e tipici dell'attività amministrativa e della stessa legge sul procedimento amministrativo». Non sono, tuttavia, mancate opinioni che hanno tentato di ricostruire la fase dell'evidenza pubblica in termini privatistici. Si veda, in merito, G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 262. Si veda anche S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 71 ss.; M. MANTOVANI, *Commentario al codice civile*, a cura di E. NAVARETTA - A. ORESTANO, Torino, 2012, I, 453. In merito al procedimento di scelta del contraente, per mezzo del procedimento di evidenza pubblica, si precisa che il nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) prevede cinque diverse procedure di scelta del contraente, le quali si differenziano per la presenza o meno di un bando di gara, per la possibilità di presentare un'offerta concessa ad ogni operatore economico oppure ai soli operatori invitati e per la preventiva consultazione degli operatori economici con cui negoziare le condizioni del contratto.

<sup>26</sup> Vedi Cap. 1, par. 6.

<sup>27</sup> Così descritta la procedura di formazione del contratto pubblico, sembra opportuno interrogarsi sui rapporti tra la figura degli accordi (cfr. Cap. 1, par. 7) e quella dei contratti pubblici. In altri termini, la questione investe la possibilità di considerare i due strumenti sovrapponibili oppure scegliere di seguire un'impostazione che vede le due figure come alternative fra loro. In primo luogo, a tale proposito, di certo, gli accordi e i contratti pubblici condividono l'essenza del *pactum* e, l'art. 11 rappresenterebbe la norma cardine che, codificando la capacità negoziale del soggetto pubblico, raccoglierebbe nel suo raggio d'azione tutte le fattispecie negoziali utilizzate per la realizzazione dell'interesse della collettività. Tuttavia, di non poca rilevanza risultano essere le differenze dei due strumenti in punto di struttura che, al medesimo tempo, riflette anche il differente fondamento giuridico dei due istituti: come notato da attenta dottrina, mentre i contratti pubblici presentano una fase diaframmatica e, essendo espressione della teoria del doppio grado, presuppongono la non negoziabilità del potere, al contrario, nel caso dell'art. 11 è con l'accordo stesso che, sul piano sostanziale, viene definito l'assetto di interessi. La figura, quindi presuppone la negoziabilità del potere e questo in entrambe le tipologie di accordi, sostitutivi e integrativi; infatti, nei primi l'accordo sostituisce il provvedimento, mentre nel secondo il provvedimento finale avrebbe valenza solo esecutiva. Inoltre, a parere di alcuni, gli accordi non richiederebbero il necessario elemento della patrimonialità che, al contrario, caratterizza il contratto. Aderire a tale prospettiva non significa negare che entrambe le figure siano espressione della capacità negoziale dell'amministrazione, anzi, tale caratteristica comune costituisce il perno su cui poggia l'impostazione comunitaria in cui domina una visione pan-contrattualistica degli istituti consensuali utilizzati dall'amministrazione, giustificata dalla necessità di applicare la disciplina prevista per i contratti a qualsiasi accordo, intesa, patto, esistente tra l'amministrazione e il privato. Sulla differenza strutturale tra accordi e contratti, tuttavia, si precisa che a parere di A. TRAVI, *op. cit.*, 24, si dovrebbe porre attenzione alla circostanza che negli accordi c'è la necessità di un atto amministrativo preliminare (la «determinazione» prevista dall'art. 11) e, pertanto, anche tramite questo istituto che «si afferma il modello bifasico che prima richiede l'atto dell'amministrazione, unilaterale, con la predeterminazione degli obiettivi, poi l'atto di diritto privato, proprio come è tipico dei contratti ad evidenza pubblica»; parimenti, si guardi F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche*

Sulla base di tale premessa, è possibile cogliere perché per lungo tempo si è ritenuto che nella fase pubblicistica non fosse possibile riconoscere una responsabilità precontrattuale del soggetto pubblico.

A tal proposito, alla motivazione legata al rischio di un'indebita ingerenza del giudice nelle competenze dell'amministrazione si aggiungeva, da un lato, il timore che il giudice ordinario - nel pronunciarsi sulla violazione di obblighi di matrice privatistica da parte della pubblica amministrazione durante l'esercizio del proprio potere - oltrepassasse i limiti del suo sindacato, ingerendosi di fatto nella scelta discrezionale portata avanti dalla stessa. Dall'altro lato, si sottolineava l'asserita incompatibilità tra istituti privatistici, come la responsabilità precontrattuale, e regole pubblicistiche, derivante dalla convinzione che le due fasi, quella pubblicistica e quella privatistica, dovessero essere tenute ben distinte.

Invero, nella visione tradizionale, la prima fase corrisponde ad un procedimento e, in quanto tale, è preordinata al conseguimento di un interesse pubblico ed è governata da regole pubblicistiche. Al contrario, la seconda vede l'amministrazione pubblica come una delle parti di un contratto ed è pertanto sottoposta alle normali regole privatistiche<sup>28</sup>. Il momento "spartiacque" tra le due fasi è rappresentato dal provvedimento di aggiudicazione conclusivo della gara.

Nel corso dei decenni, tuttavia, l'asserita inconciliabilità tra il principio di correttezza e buona fede e il potere amministrativo è stata smentita dapprima dallo sforzo giurisprudenziale e, in un secondo momento, dallo stesso intervento legislativo.

Sotto il primo profilo, svariate pronunce hanno riconosciuto negli ultimi anni la *culpa in contrahendo* della p.a. anche in caso di esercizio del potere, affermando che il principio di affidamento debba ritenersi canone dell'attività pubblicistica e, dunque, debba applicarsi anche qualora sia esercitato il potere amministrativo: tale principio non contrasterebbe con l'esercizio dell'attività autoritativa ma, al contrario, si inserirebbe nel paradigma di un'amministrazione efficiente e trasparente che, in quanto

---

*amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2019, 28, i quali pur affermando che gli accordi differiscono dalla figura dei contratti pubblici, ammettono che la disposizione dell'art.11 comma 4-bis riguardante la predeterminazione dell'organo rischia di riproporre il modello del doppio grado. Per la tesi contraria che, al contrario, sostiene la piena sovrapposizione tra accordi e contratti, si guardi G. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, 317 ss; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 18 ss; G. GRECO, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 104 ss.

<sup>28</sup> Si veda, in merito, Cass. civ., 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, III, 1; Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 1165. Riguardo quest'ultima sentenza, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, cit., 806, sostiene che, sebbene sia indicata come la sentenza di svolta «verso il superamento dell'impostazione tradizionale, rappresenta, invero, una conferma delle originarie resistenze. L'apertura giurisprudenziale contenuta in tale sentenza, infatti, concerne due sole ipotesi eccezionali: la responsabilità precontrattuale per ingiustificato abbandono di una trattativa privata (in quanto tale facilmente assimilabile alle trattative tra privati) e per la violazione del dovere di correttezza e buona fede legata a comportamenti occorsi dopo l'intervenuta aggiudicazione (esempio: omissione o ritardo nell'approvazione del contratto o nella stipula dello stesso)».

tale, agisce secondo correttezza e buona fede<sup>29</sup>. Sotto il profilo legislativo, poi, l'introduzione del comma 2-bis all'art. 1 della L. 241/90, per mezzo del D.L. 76/2020, ha cristallizzato la collaborazione e la buona fede tra i principi generali dell'azione amministrativa<sup>30</sup>.

Tuttavia, riconoscere l'applicazione degli artt. 1337 e ss. c.c. anche laddove la pubblica amministrazione spenda il proprio potere costituisce solo il primo passo nella comprensione del fenomeno di slittamento di istituti privatistici verso il campo del diritto amministrativo<sup>31</sup>. Infatti, a

---

<sup>29</sup> «Nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente, l'amministrazione pubblica è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune [...]»: così, Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Urb. app.*, 2006, 1, 69 con note di I. FRANCO e E. RAGANELLA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, e in *Foro Amm. CdS*, 2006, 87 ss., con nota di A. VACCA, *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1983 ss., con nota di G.D. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, 1547 ss., con nota di M. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*; in *Urb. app.*, 2018, 639 ss., con nota di GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Guida dir.*, 2018, 23, 88 ss., con nota di M. CLARICH-G. FONDERICO, *Un passo avanti per eliminare situazioni di privilegio*; in questa *Rivista*, 2018, 1594 ss., con nota di S. FOÀ-R. CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; Cass. civ., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, 1025 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*. Per una panoramica dell'evoluzione della *culpa in contrahendo* all'interno del rapporto pubblico, si veda A. ILAQUA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Evoluzioni giurisprudenziali*, in *Foro amm.*, 2008, 9, 2571. Al riguardo, per un maggiore approfondimento, si veda anche M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 457 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 113 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 1, 121; F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823. Merita, inoltre, un breve cenno la questione riguardante la giurisdizione: riconoscere che la responsabilità precontrattuale possa sorgere anche nella fase di esercizio del potere significa necessariamente legare, di fatto, la valutazione circa il comportamento dell'amministrazione a quella che, invece, riguarda l'esercizio del potere. Come si vedrà nel par. 7 del presente capitolo, la coesistenza di entrambi i profili rende difficoltoso tracciare il confine tra diritti soggettivi e interessi legittimi e, di conseguenza, individuare il giudice che deve occuparsene in caso di lesione. Si guardi, in merito, Cass., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Cons. Stato*, 1994, 228; Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 173 ss., in *Giustiziacivile.com*, 28 giugno 2022, con nota di A. ILLUMINATI, *La Plenaria sul danno da provvedimento poi annullato: giurisdizione sempre del Giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2021, 1694, in *Foro it.*, 2022, III, 69 ss., e in *Giorn. amm.*, 2022, 345 ss., con nota di MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento*. La problematica sarà oggetto di successiva analisi (*infra*, par. 6).

<sup>30</sup> Il comma 2-bis stabilisce, infatti, che «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» e il suo inserimento si deve alla l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>31</sup> A bene guardare, a questo proposito, la responsabilità precontrattuale potrebbe essere considerata un istituto civilistico sulla base di due ragioni: in primo luogo, si tratta di una vicenda che sta intorno al contratto il quale, a sua volta, rappresenta il fulcro dei rapporti tra i privati; in secondo luogo, si basa e viene teorizzata a partire dal principio di correttezza e buona fede e dunque all'interno di un contesto relazionale tra due o più soggetti che, vicendevolmente, ripongono fiducia nella correttezza dell'altrui comportamento. Alla luce di ciò, sembra opportuno notare che tale tipo di responsabilità presuppone che i due soggetti, privato e pubblico, entrino in relazione fra di loro per concludere un accordo e dunque per trovare un assetto di interessi che soddisfi entrambi.

parere di chi scrive, non basta affermare la mera applicazione di tali istituti anche alla pubblica amministrazione, essendo altresì necessario interrogarsi circa le modalità con cui tale applicazione avviene.

All'interno di siffatta analisi, assume particolare rilevanza il principio dell'affidamento, da sempre riconosciuto come il pilastro che regola i rapporti privatistici, sia a livello interno sia sovranazionale<sup>32</sup>, e generalmente volto alla tutela dell'*aspettativa*, creatasi in capo a controparte e nascente in presenza di un rapporto relazionale tra due soggetti dell'ordinamento<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> In merito alla nozione di affidamento, la giurisprudenza amministrativa lo definisce come «un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'*aspettativa* al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato 13 agosto 2020, n. 5011). Ancora «la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente mancando una trattativa in senso tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione "relazionale" qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate *aspettative*» (Cons. Stato., ad. plen. 4 maggio 2018, n. 5, cit.). L'*aspettativa* è, del resto, un concetto frequentemente evocato nei rapporti tra p.a. e privato: l'*aspettativa* «si risolve soprattutto nella situazione psicologica di chi attende il verificarsi di un evento (favorevole) che, alla stregua delle circostanze fino allora maturate, può ritenersi abbastanza probabile» (così, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226). Prosegue l'A., notando come un simile concetto ben si presta ad ogni situazione fattuale, nonché ad essere calata all'interno della realtà giuridica. Nel diritto pubblico, poi, il concetto di *aspettativa* (dell'agire amministrativo) si lega a doppio filo con la protezione dell'affidamento del cittadino: in questo ambito, si è addirittura arrivati (nonostante la natura autoritativa del potere esercitato) a legare «il funzionario al rispetto delle *aspettative*, proprie degli amministrati, che un certo comportamento troverà puntuale ripetizione in futuro, in presenza di circostanze identiche. In fondo, quanto si parla di prassi amministrativa è evidente il riferimento all'uniformità ossia alla coerenza della condotta quale elemento costitutivo, e quindi all'efficacia del precedente» (F. ROSSELLI, *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2021, 377 ss.).

<sup>33</sup> L'affidamento si costruisce intorno al principio di correttezza e buona fede applicabile alla generalità dei comportamenti dei consociati. Il risultato sembra essere quello di privilegiare, e dunque tutelare, l'atteggiamento di fiducia che un soggetto ripone nei confronti dei consociati o, più in generale, degli altri soggetti agenti all'interno dell'ordinamento. In merito, si veda L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 231. Ancora, cfr. Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit., in cui la Corte muove una critica alla concezione dell'affidamento, inteso come diritto soggettivo alla conservazione del patrimonio, notando che il patrimonio è l'insieme di tutte le situazioni soggettive aventi valore economico che fanno capo al medesimo soggetto; invece, nel caso dell'affidamento si tratta, più che di una posizione di valore economico, della fiducia riposta dalla parte privata nella correttezza della condotta dell'amministrazione. È la lesione di tale fiducia che produce, come conseguenza, il diritto di ottenere un risarcimento in termini monetari. Si noti che con la medesima pronuncia, le Sezioni Unite ritengono di dover distinguere l'affidamento in parola da quello che costituisce presupposto per l'operare dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-nonies L. 241/90: il primo è tutelato a prescindere da valutazioni relative al pubblico interesse. Differentemente, nella disciplina dell'annullamento d'ufficio l'affidamento riceve una tutela solo dopo che sia decorso un certo termine, prima del quale la finalità di realizzazione dell'interesse pubblico prevale sull'*aspettativa* del privato a vedere mantenuta l'efficacia del provvedimento a sé favorevole. In merito alla natura dell'affidamento, si vedano anche le Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, in *Foro it.*, 2011, 2387 ss., con nota di G. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*; *Giur. it.*, 2012, 1, 195, con nota di A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*; in *Corr. giur.*, 2011, 7, 940, con nota di A. TRAVI; in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1749 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile dell'amministrazione*; in *Giust. civ.*, 2011, I, 2315 ss., con nota di A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*; in *Giust. civ.*, 2011, 5, 1217, con nota di L. D'ANGELO, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*; in *Urbanistica e appalti*, 2011, 915 ss., con nota di S. R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*; in *Riv. giur. ed.*, 2011, 413 ss., con nota di R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*; in *Giust. civ.*,

Tale definizione spiega perché l'affidamento sia inscindibilmente legato al principio di certezza dei rapporti: tutelare l'aspettativa di uno dei soggetti, all'interno dell'assetto relazionale che si è venuto a creare, significa garantire la stabilità delle relazioni, bilanciando tale esigenza con la libertà di (non) concludere un contratto, quale esplicazione del principio di autonomia negoziale<sup>34</sup>.

In tale prospettiva, l'affidamento riceve una particolare tutela nell'ambito delle trattative precontrattuali: del resto, l'importanza assunta, all'interno di questa fase, dal continuo dialogo tra le parti ben emerge se si considerano gli obblighi informativi e di trasparenza (ivi incluso l'obbligo di non tacere informazioni rilevanti), a cui le stesse sono tenute.

### **3. Lettura unitaria dell'evidenza pubblica, alla luce del principio di affidamento.**

In generale, la prima problematica su cui porre l'attenzione riguarda l'individuazione del momento esatto in cui sorge un "affidamento legittimo" (cioè degno di tutela) in capo alle parti durante la fase delle trattative. Si tratta di un'operazione piuttosto complessa che implica valutazioni di vario genere, anche legate al caso specifico; tuttavia, in linea generale, è possibile affermare che sorge un legittimo affidamento quando una parte con il suo comportamento abbia ingenerato nell'altra il convincimento della più che probabile stipulazione del contratto, inducendo questa a compiere delle spese o ad affrontare degli investimenti in considerazione di ciò<sup>35</sup>.

---

2012, 2770 ss., con nota di S. SALVAGO, *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*. Si noti che l'affidamento riceve tutela anche a livello sovranazionale e in merito si veda CGUE, 20 dicembre 2017, C- 322-16, p. 46; CGUE, 23 gennaio 2019, C-419/17, p. 70.

<sup>34</sup> Ritenere fondamentale la necessità di stabilità dei rapporti, infatti, non equivale a negare la libertà di interrompere le trattative (purché in presenza di un motivo valido). In merito, si pensi ad una delle ipotesi principali in cui può sorgere responsabilità precontrattuale, quella dell'abbandono ingiustificato delle trattative: interpretando la fattispecie in un'ottica sistematica, legata all'art. 1328 c.c., si nota come quest'ultima norma consenta alle parti di revocare i propri atti, proposta o accettazione, e quindi di interrompere, di fatto, la trattativa. Accostando, però, a tale regola quella del 1337 si desume che l'interruzione delle trattative operata per mezzo della revoca della proposta, è sempre ammessa, salvo che l'interruzione medesima sia ingiustificata e quindi non prevedibile per controparte. Si veda, sul punto, A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto. I. Formazione*, a cura di C. GRANELLI, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 341; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 205 a parere del quale si è in presenza di una responsabilità da atto lecito. Ancora, si veda G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario, Artt. 1337-1342*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993, 79 i quali, con riguardo alla revoca della proposta sostengono che «la revoca non è mai "libera": tutt'al più può essere lecita se giustificata».

<sup>35</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto. V. Rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 1384; a parere dell'A. si deve però aver riguardo alle circostanze valutate «oggettivamente», e non certo in relazione alle rappresentazioni «soggettive» del contraente. In proposito, si veda anche l'osservazione di L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 2, Torino, 2000, 252, secondo cui «quando taluno, dopo aver tenuto un comportamento improntato a lealtà e diligenza durante le trattative, pervenga, per i più svariati motivi, a mutare il proprio apprezzamento circa le prospettive o la convenienza dell'affare, e di conseguenza receda dalle trattative, non può il recesso considerarsi l'epilogo di un contegno scorretto, solo perché deluda le soggettive aspettative della controparte».

Ebbene, tale questione si dimostra di difficile soluzione nell'ambito della contrattazione pubblica, perché il contratto pubblico previsto dall'ordinamento italiano presenta la peculiare struttura bifasica composta, come visto<sup>36</sup>, da una fase pubblicistica che precede quella privatistica: la prima si snoda dalla pubblicazione del bando al provvedimento di aggiudicazione, mentre la seconda coinvolge tutto quello che accade dal momento dell'aggiudicazione al momento della conclusione del contratto.

Tenendo presente questa struttura, qualcuno ha sostenuto che l'affidamento del privato nei confronti dell'amministrazione sorga solo in seguito all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione<sup>37</sup>. La ragione di tale convinzione risiederebbe proprio nella duplicità del procedimento di formazione del contratto pubblico, in quanto la responsabilità precontrattuale della p.a. non potrebbe sorgere nella fase anteriore alla scelta del contraente: tale affermazione viene prevalentemente giustificata sulla base del fatto che, prima di questo momento, non si è ancora formata la volontà della p.a. in ordine all'individuazione del soggetto aggiudicatario e, dunque, nessuno dei partecipanti alla gara potrebbe vantare un affidamento nella conclusione del contratto.

Ma, se così fosse, nessuno di essi potrebbe tantomeno lamentare la lesione della propria aspettativa da parte della stazione appaltante che, con provvedimento di autotutela o in seguito a provvedimento giurisdizionale, ritiri gli atti di gara<sup>38</sup>. Si intende dire che, ferma restando la tutela pubblicistica<sup>39</sup> e finché non vi sia stata l'aggiudicazione, il *contatto* esistente tra la p.a. e i privati, partecipanti alla gara, non farebbe nascere alcuna tutela di natura privatistica fondata su logiche

---

<sup>36</sup> Per una descrizione specifica della procedura, si guardi A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto. VI. Interferenze*, a cura di V. ROPPO Milano, 2022, 913 ss.

<sup>37</sup> Cass. civ., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rass. Avv. Stato*, 1990, 235-250; Cons. Stato, sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 5492; T.A.R. Liguria, 7 aprile 2011, n. 569. In senso difforme, Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, in *Foro Amm.*, 2020, 2087 e in *Giur. it.*, 2021, 921 ss., con nota di M. BARBERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale*. Si veda, inoltre, G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 171-176; Cass. civ., 12 maggio 2015, n. 9636, con nota di G.M. RACCA-S. PONZI, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2015, 1963.

<sup>38</sup> A tal proposito, Cass. civ., sez. un., ord., 5 ottobre 2018, n. 24411, in *Banca dati DeJure*; Cons. Stato, 15 aprile 2016, n. 1532, in *Danno e resp.*, 2016, 914 ss., il quale afferma che «se non è ipotizzabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è ammissibile con riguardo alla fase successiva alla scelta», con ciò intendendo escludere un sindacato sul comportamento dell'amministrazione nella fase antecedente all'aggiudicazione, per ammetterlo solo nella fase successiva alla stessa in cui è individuabile una legittima aspettativa del privato aggiudicatario, prima inesistente.

<sup>39</sup> Ci si riferisce alla possibilità di impugnare il bando di gara. In particolare, il bando di gara si caratterizza per essere un atto amministrativo generale, in quanto contiene prescrizioni non indirizzate ad un destinatario determinato, bensì a destinatari non determinabili *a priori*. Tale natura implica che il bando di gara, salve le eccezioni previste, non può essere lesivo di una determinata posizione giuridica e pertanto, pur essendo un provvedimento amministrativo, non è immediatamente impugnabile perché manca, di regola, l'interesse ad agire. Esso, se invalido, potrà essere impugnato solo congiuntamente all'atto esecutivo, cioè l'aggiudicazione che, delle regole contenute nel bando, fa applicazione andando a incidere, ed eventualmente a ledere, la sfera giuridica dei soggetti partecipanti alla gara.

comportamentali della p.a. mancando, infatti, un legittimo affidamento del privato<sup>40</sup>. In altre parole, ad avviso dell'orientamento richiamato, non si potrebbe parlare di trattative *stricto sensu* nella fase pubblicistica, in quanto quest'ultima è semplicemente preordinata alla scelta del soggetto che, solo successivamente, sarà ammesso a stipulare<sup>41</sup>.

Tuttavia, tale soluzione non convince appieno: infatti, limitare l'ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione al momento successivo all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione reca con sé almeno due profili critici. In primo luogo, abbandonando la rigida separazione tra le due fasi adottata in passato, a mente della giurisprudenza più recente occorrerebbe, al contrario, riflettere sull'intera vicenda contrattuale che, sebbene suddivisa in due fasi, dovrebbe essere intesa come unitaria poiché l'interazione tra privato e amministrazione ha inizio già dal momento della pubblicazione del bando di gara, e dunque è da allora che si dovrebbero ritenere esistenti gli obblighi reciproci di correttezza e buona fede<sup>42</sup>. Se questo è vero, l'affidamento dalla cui lesione discende la *culpa in contrahendo* è tutelato a prescindere dall'instaurarsi di un rapporto personalizzato tra p.a. e privato che abbia fonte nel provvedimento di aggiudicazione.

---

<sup>40</sup> In merito, potrebbe anche essere sorto un principio di affidamento: questo, tuttavia non sarebbe considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Cfr., al riguardo, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, nonché Cons. Stato, sez. III, ord., 24 novembre 2017, n. 5492, tutti in *Banca dati DeJure*.

<sup>41</sup> Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, cit.: «l'art. 1337 c.c. è [...] inapplicabile [quando] vi sono soltanto i partecipanti alla gara i quali, pur avendo l'interesse legittimo all'esercizio corretto, da parte dell'autorità amministrativa, del potere di scelta dell'imprenditore che, alle condizioni più convenienti, dia ad essa le garanzie maggiori, non hanno tuttavia alcun diritto soggettivo alla prosecuzione del procedimento e al rispetto delle regole della buona fede imposto dall'art. 1337 c.c.»; si veda anche Cass. civ., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1, 349 ss., con nota di R. MORESE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno*, e in *Corr. giur.*, 2006, 67 ss., con nota di A. M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo e procedimento amministrativo*; Cons. Stato, 14 aprile 2015, n. 1864, in *Foro it.*, 2015, III, 615; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 499 ss., con nota di E. BRUGNOLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*; Cons. Stato, 7 marzo 2005, n. 920, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 788 ss., con nota di C. CONTESSA, *Le sezioni unite, l'adunanza plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di una infinita historia?*.

<sup>42</sup> Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.; Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 524 ss., con nota di S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto*, in *Giur. it.*, 2022, 705 ss., con nota di S. INGEGNATTI, *Sui presupposti fondanti la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, con nota di O.M. CAPUTO, *Tutela dell'affidamento: sì ... purché "inconsapevole"*, e in *Resp. civ. prev.*, 2021, 988 ss., con nota di G. GUGLIELMI, *La responsabilità precontrattuale della p.a.: i nuovi (discutibili) criteri individuati dalla adunanza plenaria n. 21/2021 per il risarcimento del danno*. Si veda anche, a tal proposito, Cass. civ., 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, 1, 643 ss., con nota di G. GALLI, *Contratti pubblici (lavori servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, e in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1181, con nota di A. VAPINO, *La Cassazione conferma la responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase precedente l'aggiudicazione*; Cons. Stato, 15 luglio 2013, n. 3831, in *Contratti*, 2014, 146 ss., con nota di A. PASSARELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*. Per un'analisi della questione, si veda anche M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 705.

Si pensi al caso in cui la p.a., pur avendo indetto una gara pubblica e una volta avviata la gara, decida di annullare in autotutela il bando di gara perché si accorge di non avere le risorse finanziarie necessarie per procedere. Oppure al caso in cui la stessa, dopo aver emanato il provvedimento di aggiudicazione, lo annulli d'ufficio perché illegittimo. In tali ipotesi, benché ancora in corso la fase autoritativa, non può negarsi che si sia formato un affidamento in capo al privato: questi, sulla base della pubblicazione del bando di gara, potrebbe avere destinato specifiche risorse economiche alla partecipazione alla gara e regolato le tempistiche in relazione al bando in corso, rispettando dei requisiti specifici e adempiendo a specifici obblighi di informazione e trasparenza. Dunque, non si vede perché tale affidamento non debba essere tutelato pretendendo dalla controparte (pubblica amministrazione) una condotta conforme a buona fede.

In secondo luogo, a sostenere la tesi sopra esposta si finisce con il diminuire l'ambito di applicazione della *culpa in contrahendo* e, dunque, la soluzione prospettata si pone in controtendenza rispetto all'esigenza – manifestata anche dal legislatore<sup>43</sup> – di *estendere* l'ambito di applicazione degli istituti privatistici che, in modo particolare, assicurano il dialogo e la reciprocità degli obblighi tra le parti in gioco (anche ove una di tali parti sia la pubblica amministrazione). Infine, la ricostruzione criticata aggira, in parte, il problema dell'individuazione di una *culpa in contrahendo* della p.a. nella fase pubblicistica, senza risolverlo: affermare che l'affidamento del privato sorge insieme all'inizio della fase privatistica equivale a riconoscere la responsabilità precontrattuale in quella fase e, quindi, nulla dice in merito alla possibilità di applicare un istituto prettamente civilistico alla fase pubblicistica della contrattazione tra privato e amministrazione.

Tali considerazioni appaiono ancora più convincenti se si considera che, in tale ambito, entrano in gioco anche interessi macro-economici, in quanto si è davanti a procedure preordinate alla stipula di contratti pubblici, la cui esecuzione è cruciale per l'andamento economico dell'intero Paese o per la corretta fornitura di servizi pubblici, utili alla collettività. Pertanto, regolamentare l'intera vicenda anche con riguardo alla responsabilità dell'amministrazione pubblica rappresenta un ottimo strumento per indurre il soggetto pubblico a soffermarsi adeguatamente sulle scelte compiute in un contesto in cui entrano in gioco anche interessi sovranazionali e di tutela della concorrenza.

In tale prospettiva se, da un lato, può apparire singolare che un miglior funzionamento della cosa pubblica passi attraverso l'applicazione di norme tradizionalmente appartenenti all'ambito del diritto privato, dall'altro lato, a ben guardare, dalla breve analisi sin qui svolta, inizia a delinearsi una relazione biunivoca tra le due materie, quella pubblicistica e quella privatistica. Riprendendo quanto

---

<sup>43</sup> Si pensi, in merito, all'introduzione, all'art 1 della L. 241 del 1990, del comma *2bis*, il quale, come visto, sancisce il rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato. Ancora, sono esempi dell'esigenza in parola l'introduzione del termine di conclusione del procedimento (esaminato al Cap. 1) o la possibilità, per la p.a., di concludere gli accordi ai sensi dell'art. 11 della L. 241 del 1990.

già visto nel precedente capitolo<sup>44</sup>, l'applicazione di moduli privatistici tipicamente attenti alla reciprocità delle prestazioni e degli obblighi delle parti in gioco produce un duplice effetto, dal momento che il processo di responsabilizzazione della p.a. induce quest'ultima a tenere in considerazione la posizione del privato cittadino che ad essa si rivolge e a pervenire ad un migliore assetto degli interessi, primo fra tutti l'interesse pubblico che la medesima p.a. mira a realizzare. Il confronto con il privato, in altre parole, rafforza l'azione amministrativa in termini di efficacia e di stabilità e diventa indispensabile per il raggiungimento dell'interesse collettivo<sup>45</sup>.

A queste brevi considerazioni, anche di ordine sociale, se ne aggiungono altre, che pure impongono di guardare alla responsabilità dell'amministrazione pubblica all'interno delle trattative, considerando l'intera vicenda come unitaria. Prima fra tutte, assume rilevanza la generalità del principio di correttezza e buona fede, il quale permea l'intera azione amministrativa senza che sia possibile (né utile) distinguere a seconda del tipo di attività esercitata. D'altra parte, non si vedrebbe il motivo per cui un principio generale dell'azione amministrativa, ormai codificato dall'art. 1 della l. 241/90, debba trovare dei limiti applicativi legati al tipo di attività svolta, che non trovano, peraltro, alcun referente normativo.

Inoltre, non coglie nel segno l'obiezione, precedentemente riportata, di chi sostiene che, nel momento precedente all'aggiudicazione, non ci può ancora essere un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, in quanto la gara è ancora in corso e l'amministrazione non ha ancora scelto il soggetto con cui stipulerà<sup>46</sup>; a tale argomento si può infatti facilmente replicare che, come noto, la responsabilità precontrattuale non è preordinata a tutelare il diritto alla conclusione del contratto, bensì ruota attorno al diritto di autodeterminazione (e, dunque, alla libertà) negoziale, ovvero al diritto di determinare consapevolmente le proprie scelte, confidando nella correttezza del comportamento della controparte.

Tale considerazione trova duplice conferma nel riconoscimento di un risarcimento a titolo precontrattuale anche nel caso di conclusione di un contratto valido ma svantaggioso, nonché nell'interpretazione che la prevalente dottrina fornisce del rapporto tra gli artt. 1337 e 1328 c.c.

Quanto al tema del contratto valido ma svantaggioso, ai sensi dell'art. 1440 c.c. il risarcimento del danno è dovuto perché il contraente è stato ingannato dai comportamenti dolosi di controparte

---

<sup>44</sup> Vedi Cap. 1, par. 5 e 8.

<sup>45</sup> In questo senso, particolarmente esplicita è un'espressione di Marzuoli che parla dei cittadini come "co-amministratori" durante il Convegno "Cittadino e amministrazione", presso Università Cattolica del Sacro Cuore, 2 dicembre 2022. Egli sostiene che non sia più attuale parlare di rapporto di "sovra-ordinazione" tra la p.a. e il cittadino in quanto, ormai, quest'ultimo diventa parte della prima quando collabora con la stessa.

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, cit.; si veda anche Cass. civ., 10 giugno 2005, n. 12313, cit.; Cons. Stato, 14 aprile 2015, n. 1864, in *Foro it.*, 2015, 3, 615; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, cit.; Cons. Stato, 7 marzo 2005, n. 920, cit.; v. supra, nt. 23.

nella fase delle trattative. Ma se questo è vero, allora, il risarcimento a titolo precontrattuale prescinde dalla (eventuale) pretesa alla conclusione del contratto: sostenere diversamente equivarrebbe a negare la configurabilità di una *culpa in contrahendo* in presenza di un contratto concluso (a prescindere dalle condizioni dal medesimo previste), in quanto il diritto alla conclusione del contratto non viene comunque violato. Tuttavia, una simile soluzione contraddice la premessa e va contro il dettato stesso dell'art. 1440 c.c.

Con riguardo al rapporto tra gli artt. 1328 e 1337, la problematica su cui a lungo si è concentrata la dottrina riguarda il rapporto tra il diritto di recedere dalle trattative, revocando addirittura la proposta fatta, e il risarcimento del danno precontrattuale nel caso di abbandono ingiustificato delle trattative<sup>47</sup>. A parere dei più, la revoca della proposta si presenta come un atto lecito, sebbene eventualmente dannoso per la controparte, al punto da richiedere un indennizzo solo a fronte dell'iniziata esecuzione di controparte: tuttavia, qualora tale revoca sia contraria a correttezza e buona fede, un simile comportamento può diventare fonte di responsabilità<sup>48</sup>. In altre parole, se il comportamento della parte revocante rimane dentro i contorni della buona fede, l'atto di revoca è legittimo e quindi niente si potrà rimproverare al revocante, in applicazione dell'art. 1328 c.c. Ma se l'atto di revoca si presenta come contrario a buona fede, si esce dal perimetro dell'art. 1328 c.c. e il comportamento del revocante diventa fonte di *culpa in contrahendo*, con conseguente applicazione dell'art. 1337 c.c.

In conclusione, quello su cui viene posta l'attenzione è il comportamento complessivo delle parti in gioco: ancora una volta, sostenere il contrario significherebbe negare la premessa e, in particolare, la lettera dell'art. 1328 c.c., il cui scopo non è quello di assicurare la conclusione del contratto bensì di tutelare la parte che, senza colpa, abbia dato esecuzione al contratto. Infatti, a favore di questi, come detto, la norma prevede solamente un diritto all'indennizzo, a fronte di una condotta lecita della controparte (che quindi non è responsabile) che ha deciso di revocare la proposta impedendo la formazione del contratto<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Sul significato del potere di revoca quale «manifestazione dell'autonomia privata» quale «libertà di valutare e decidere del proprio interesse, che l'ordinamento riconosce agli operatori», cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, 144. Sulla revoca della proposta si v., nel medesimo senso, anche M. GIROLAMI, *Vicende preclusive, preparatore e condizionanti*, in *Trattato del contratto. I. Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2022, 1034.

<sup>48</sup> Si veda, a proposito, L. ROVELLI, *op. cit.*, 243, il quale afferma che «nella previsione dell'art. 1328 è il mero (anche incolpevole) atto lecito della revoca che genera il diritto all'indennizzo a favore dell'accettante che non ne abbia avuto conoscenza prima di iniziarne l'esecuzione, ancorché (in ipotesi) non vi sia stata (da parte del revocante) alcuna violazione dell'obbligo di buona fede nel periodo precontrattuale. Ciò che giustifica l'inquadramento di tale fattispecie fra quelle degli atti leciti dannosi, per i quali è previsto un indennizzo. Il recesso dalle trattative è, invece, sanzionabile non come mero atto lecito, ma quando, per inosservanza dell'obbligo di correttezza, si ha violazione di un'obbligazione specifica che la legge impone alle parti nella fase di formazione del contratto».

<sup>49</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, 1383.

Dunque, allo stesso modo, il soggetto pubblico che scelga di non concludere il contratto con uno dei privati partecipanti alla gara non è punibile – ed in effetti non è punito, visto che la gara serve proprio a scegliere uno solo dei soggetti partecipanti, rifiutando le offerte degli altri – ma questo non significa che non debba rispettare gli obblighi legati al generale principio di correttezza e buona fede che, invece, sussistono a prescindere dalla conclusione del contratto (o dal contenuto del provvedimento di aggiudicazione<sup>50</sup>, prodromico alla conclusione del contratto).

A questo proposito, un'ulteriore conferma si trae dalla tipologia d'interesse risarcito, che è solo quello – negativo – a non subire interferenze nelle proprie scelte<sup>51</sup>, e non quello, positivo, alla conclusione del contratto. Anche questo aspetto dimostra che gli artt. 1337 e ss. trovano la loro giustificazione nell'esigenza di tutelare la correttezza della fase precontrattuale e non la positiva conclusione del contratto.

---

<sup>50</sup> Proprio in questa ottica c'è chi identifica il bando di gara con un'offerta al pubblico, sostenendo che quindi non sia applicabile l'art. 1328 c.c. riguardante la proposta di contratto e che prevede il pagamento di una somma indennitaria da parte del proponente che la revochi. Tuttavia, non sembra necessario qualificare ogni provvedimento pubblicistico in termini di atto privatistico, in quanto tale operazione rappresenterebbe un esercizio sterile: l'applicazione di regole privatistiche all'ambito pubblicistico non presuppone la completa sovrapposizione tra le due materie quanto, al contrario, la ricerca di elementi di contatto tra le stesse che permettano di rendere il rapporto tra amministrazione e privato maggiormente equilibrato nell'ottica della tutela del secondo. L'altro motivo per cui non occorre equiparare il bando di gara alla promessa al pubblico è che la mancata applicazione dell'art. 1328 c.c. non è dirimente per escludere la responsabilità precontrattuale, in quanto la norma sulla revoca della proposta non prevede un caso di responsabilità, bensì un'ipotesi di indennizzo da atto lecito dannoso. Ad avviso del Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., «l'obbligo indennitario prescinde, infatti, dalla violazione delle regole di correttezza e sussiste solo per l'affidamento suscitato dalla proposta revocata. Il *quantum* dell'indennizzo, infatti, non copre interamente il danno subito, ma è circoscritto solo alle spese e alle perdite riconducibili all'inizio di esecuzione. La responsabilità precontrattuale presuppone, invece, la violazione del dovere di correttezza ed è configurabile sia nella fase che precede la proposta, sia dopo la proposta (ancorché non vi sia stato inizio di esecuzione). In tal caso il risarcimento (a differenza dell'indennizzo di cui all'art. 1328, primo comma, cod. civ.) copre interamente il danno subito, normalmente correlato al c.d. interesse negativo». Si veda, in merito, anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 4236 del 2012, che afferma che la concezione binaria della procedura ad evidenza pubblica non impedisce l'applicazione della disciplina relativa alla responsabilità precontrattuale, «in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico»; da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1143; contra Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3393 e del 8 settembre 2010, n. 6489. Ancora, in merito, si veda Cons. Stato, 1 febbraio 2013, n. 633 secondo cui «anche in caso di revoca legittima degli atti di una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori (per sopravvenuta indisponibilità delle risorse finanziarie) può sussistere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che ha tenuto un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza soprattutto perché appena accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere in via di autotutela mediante la revoca della già disposta aggiudicazione, non ha immediatamente ritirato i precedenti provvedimenti ma ha invece inutilmente prolungato lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese concorrenti a confidare nella *chance* di conseguire l'appalto».

<sup>51</sup> A. D'ADDA-C. FERRARI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2017, 309; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012, 145 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 146.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 170. Si veda, anche, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 360 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 179; B. SCUMACE, *Lucro cessante e interesse negativo*, in *I Contratti*, 2018, 4, 467 e ss. Con riguardo alla giurisprudenza, si guardi Cass. civ., sez. II, 27 ottobre 2021, n. 30186, con nota di P. GALLO, *Il quantum nella responsabilità precontrattuale*, *Giur. it.*, 2022, 1084.

Infine, la soluzione appare guidata anche dalla corretta applicazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta<sup>52</sup>. In particolare, gli obblighi di correttezza e buona fede, che devono essere rispettati all'interno della fase delle trattative, rappresentano, appunto, regole di comportamento. Differentemente, l'aggiudicazione, essendo un provvedimento amministrativo, viene valutata in base alle regole di validità, ovvero quelle norme che consentono di stabilire se e quando un atto è legittimo o meno<sup>53</sup>. Di conseguenza, il giudizio riguardante il comportamento delle parti non interferisce, appunto, con quello che, invece, riguarda la legittimità degli atti.

L'immediata conseguenza di quanto affermato è quella di rendere indifferente il momento in cui il comportamento dell'amministrazione, anche ove contrario a correttezza e buona fede, è posto in essere: quand'anche questo fosse tenuto in occasione della spendita di un potere autoritativo, e quindi nella fase precedente all'aggiudicazione, quello che si va a contestare non è la legittimità di tale potere

---

<sup>52</sup> Si tratta della nota distinzione esistente tra regole di validità e regole di comportamento: le prime riguardano la corrispondenza della fattispecie concreta alle norme di legge e la loro violazione conduce all'invalidità del provvedimento, mentre le seconde guardano appunto al comportamento dei soggetti e prevedono l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di loro violazione. Quindi, se le regole di validità sono caratterizzate dalla staticità, in quanto sono dirette a verificare la conformità dell'atto alle disposizioni, le regole di responsabilità sono, per così dire, dinamiche, dato che tendono a disciplinare la condotta delle parti. Sul punto, cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., nonché la dottrina citata alla successiva nota 50.

<sup>53</sup> Più specificamente, si veda G. D'AMICO, *op. cit.*, 1001: l'A. si interroga sulla *ratio* della distinzione tra le due tipologie di norme e sostiene che le regole di validità «stabiliscono le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante», mentre quelle di condotta sono «dirette invece ad assicurare la correttezza e la 'moralità' delle contrattazioni»; ne consegue che, se le prime necessitano di una formalizzazione e si configurano come regole statiche, le seconde sono ricavabili dalla 'concretizzazione'. Al medesimo tempo, l'A. precisa che questa distinzione non deve lasciare intendere che «valutazioni di ordine equitativo e di tipo etico siano estranee alle regole di validità (ne sarebbero un esempio proprio i vizi della volontà quali la violenza o il dolo che reprimono, di fatto, delle condotte scorrette), bensì significa che la valutazione circa la correttezza della condotta rileva solo nella misura in cui il legislatore la abbia formalizzata traducendola in una norma sull'invalidità». Sul punto, vedi anche ID., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 32 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963, *passim*; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 628; A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 435 ss.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit., 182. Diversamente sostiene F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 417 ss. Si veda anche L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, I, 2020, 258, la quale muove una critica all'applicazione del principio in ambito amministrativo sul rilievo che i vizi che conducono all'annullamento del provvedimento sorgono dalla violazione di principi giuridici che impongono regole di comportamento all'amministrazione, come nel caso del vizio di eccesso di potere. Del medesimo principio di non interferenza di regole di validità e regole di condotta, fa applicazione la recente giurisprudenza civile e amministrativa: v., in particolare, Cass., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit., in cui si afferma che «la lesione [...] discende non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede [...] regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità». Nello stesso senso, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., par. 34.

o la validità del provvedimento all'emanazione del quale tale potere è preordinato, bensì la condotta complessiva del soggetto pubblico<sup>54</sup>.

Questo induce a ritenere che non sia nemmeno necessaria una formale trattativa tra i soggetti interessati alla conclusione del contratto affinché essi si possano ritenere vincolati agli obblighi di correttezza e buona fede, essendo al contrario sufficiente che tra di essi si instauri una relazione qualificata, dalla quale possano sorgere dei reciproci e legittimi affidamenti. Piuttosto, la *culpa in contrahendo* può sorgere «da qualsiasi comportamento successivo [al bando di gara] che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede»<sup>55</sup>.

Alla luce di ciò, il momento dell'aggiudicazione diventa dirimente solo al fine di scandire le fasi della procedura di gara, ma non rappresenta più il momento a partire dal quale la pubblica amministrazione è responsabile ai sensi dell'art. 1337 c.c., in quanto nulla aggiunge all'obbligo della pubblica amministrazione di comportarsi con correttezza. Invero, anche prima e al di fuori dell'aggiudicazione, il soggetto pubblico è tenuto agli obblighi di condotta di buona fede, che gravano su di lui, come pure sui privati.

Quanto detto trova, inoltre, conferma in svariate pronunce della giurisprudenza sia civile sia amministrativa degli ultimi anni, in cui i giudici hanno, in maniera piuttosto uniforme, ammesso la possibilità di riconoscere la responsabilità dell'amministrazione pubblica anche nello svolgimento di attività autoritativa.

In particolare, ci si riferisce alla celebre decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018<sup>56</sup>, in cui il supremo consesso amministrativo ha preso posizione in merito all'individuazione

---

<sup>54</sup> In tal senso, il provvedimento amministrativo finale, rispetto al quale valgono le regole di validità, potrebbe anche non essere mai emanato, come nel caso deciso da Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, 1025 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*, in cui il Comune, condannato al risarcimento del danno per lesione dell'affidamento, non aveva emesso il provvedimento finale relativo ad un procedimento di richiesta di rilascio del permesso di costruire, ma aveva richiesto al privato altri adempimenti, a detta dell'amministrazione procedente, funzionali alla prosecuzione del procedimento, procrastinando il momento di emanazione del provvedimento fino a far venir meno i termini procedurali stessi. Vedi nt. 73

<sup>55</sup> Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., par. 49.

<sup>56</sup> In particolare, il caso oggetto della pronuncia riguarda una gara d'appalto indetta dalla Regione Calabria, tramite la Stazione Unica appaltante, per l'affidamento del servizio di ristorazione per le aziende ospedaliere e sanitarie della Regione. In seguito alla fase di valutazione delle offerte, l'amministrazione procedente aveva deciso di escludere la proposta presentata da uno dei concorrenti in quanto superiore a quella posta alla base della gara e, per analoga ragione, aveva escluso la proposta dell'unico altro concorrente, dichiarando, pertanto, la gara deserta. In seguito al ricorso di uno dei concorrenti esclusi, il giudice aveva annullato il provvedimento di esclusione, vista la palese contraddittorietà delle clausole del bando di gara con quelle del disciplinare di gara e del capitolato speciale e, in conseguenza di ciò, la Stazione appaltante, invece che concludere la gara portando a conclusione il procedimento, aveva deciso di annullare d'ufficio il bando di gara e il decreto di approvazione degli atti di gara motivando tale provvedimento sulla base del rispetto del principio del buon andamento, considerato che annullare un bando viziato di errori materiali avrebbe permesso alla p.a. di evitare un esborso di denaro pubblico in presenza di vizi procedurali.

del momento in cui sorge l'affidamento del privato, spogliandosi di qualsiasi convinzione aprioristica e limitativa dell'ambito di applicazione del principio di buona fede. La sentenza, seguita poi da altre decisioni<sup>57</sup>, facendo leva sulla generalità del principio di correttezza e buona fede, predica una valutazione *in concreto* delle circostanze ed elimina ogni dubbio circa la valenza dirimente del provvedimento di aggiudicazione in merito alla vicenda precontrattuale. In proposito, il giudizio riguardante la violazione dei principi di correttezza e buona fede non dovrebbe essere legato alla presenza o meno di un provvedimento (come, per esempio, l'aggiudicazione), bensì dovrebbe concentrarsi sul comportamento delle parti in gioco, sulla base della distinzione, sopra vista, tra regole di validità e regole di condotta, la quale rende il giudizio sulla condotta indifferente a quello riguardante l'esistenza del provvedimento o la sua legittimità<sup>58</sup>.

#### **4. La responsabilità precontrattuale della p.a. in presenza di un provvedimento legittimo (o in mancanza di un provvedimento).**

Riconoscere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione all'interno di una fase in cui la stessa, generalmente, svolge attività *iure imperii*, a parere di alcuni<sup>59</sup>, equivale ad affermare che la sussistenza della *culpa in contrahendo* sia legata anche al profilo della legittimità dell'azione amministrativa.

In particolare, ad avviso di detta ricostruzione, il risarcimento in capo al privato danneggiato dal comportamento dell'amministrazione è subordinato alla presenza di un vizio di illegittimità del provvedimento amministrativo emanato durante l'esercizio del potere e come sua manifestazione: secondo tale impostazione, in altri termini, ci può essere risarcimento del danno solo ove l'atto della p.a. sia annullabile, in quanto l'illegittimità del provvedimento costituirebbe presupposto necessario alla qualificazione dell'attività come illecita. Al contrario, ove l'atto sia legittimo, non si sarebbe

---

<sup>57</sup> A titolo esemplificativo, si veda Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit. Con riguardo a quest'ultima pronuncia, a parere di S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto*, cit., 524 ss., i giudici, ponendo l'accento sul momento dell'aggiudicazione, si sono discostati da quanto stabilito nel 2018, pur contenendo la pronuncia, ad una lettura più attenta, un esplicito riferimento alla precedente Plenaria del 2018: ad avviso di chi scrive, il riferimento all'aggiudicazione è genericamente finalizzato ad affermare che, di certo, in quel momento c'è affidamento tutelabile, senza escludere tale affidamento possa essere sorto già prima.

<sup>58</sup> Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

<sup>59</sup> Si veda, in merito, anche Cons. Stato, 3 gennaio 2020, n. 61, in cui i giudici hanno ritenuto di non poter accogliere la domanda di responsabilità per *culpa in contrahendo* perché «non può trovare risarcimento il mero interesse procedimentale, inteso quale interesse alla correttezza della complessiva gestione del procedimento da parte dell'Amministrazione, poiché lo stesso si pone quale situazione meramente strumentale alla tutela di una posizione di interesse legittimo». Prosegue la sentenza affermando che «l'interesse procedimentale quindi non di per sé è qualificabile come bene della vita, suscettibile di autonoma protezione mediante il risarcimento del danno e resta avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale, al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato».

prodotta alcuna lesione del bene della vita e quindi non sarebbe dovuto il risarcimento del danno per comportamento scorretto della p.a.

In altre parole, questo orientamento sovrappone il profilo dell'illegittimità del provvedimento a quello dell'illiceità del comportamento, ritenendo che non sia possibile scindere tra il diritto al risarcimento del danno per violazione delle regole di correttezza e buona fede e la lesione dell'interesse finale al bene della vita (cui si aspira tramite il provvedimento). In presenza di un provvedimento legittimo, non sarebbe possibile accedere alla tutela risarcitoria in base all'assunto per cui l'amministrazione avrebbe emanato un provvedimento conforme alla legge (*i.e.* non viziato da invalidità). Inoltre, tale ricostruzione implica che, nel rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria, quest'ultima possa essere utilmente esperita a patto che sia già stata richiesta una pronuncia di invalidità del provvedimento, con la conseguenza che l'azione di annullamento si presenta come pregiudiziale rispetto a quella risarcitoria.

In tale ottica, l'azione di annullamento non è però solo un presupposto processuale essenziale per la richiesta risarcitoria, ma anche un parametro di valutazione della colpa del privato, il quale, per essere ritenuto incolpevole, deve aver previamente esperito l'azione di annullamento.

A tale proposito, verrebbe in gioco l'art. 30 co. 3 c.p.a. il quale, sulla falsa riga dell'art. 1227 co. 2 c.c., impone di non risarcire i danni che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. In altre parole, in applicazione della norma appena richiamata, "l'ordinaria diligenza" dovrebbe condurre il soggetto, interessato ai propri affari, a chiedere previamente l'annullamento del provvedimento lesivo e solo in seguito il risarcimento del danno. Al contrario, questi non potrebbe lamentare la lesione della sua posizione giuridica a causa di un provvedimento, sperando la sola azione risarcitoria e omettendo di chiedere la caducazione del provvedimento, perché, così facendo, diventerebbe egli stesso responsabile della sua lesione in quanto non avrebbe adottato tutti i rimedi utili per evitare il danno. Quindi, da tale ricostruzione discendono due corollari: il primo delinea una differenza sostanziale tra l'applicazione dell'art. 1227 co. 2, in ambito civilistico, e quella dell'art. 30 co. 3 c.p.a., in ambito pubblicistico. Nel primo caso, secondo l'opinione prevalente<sup>60</sup>, la norma si riferisce alle conseguenze ulteriori, rispetto all'evento dannoso che fonda la responsabilità, e dunque la mancanza dell'ordinaria diligenza non incide sul nesso causale tra la condotta lesiva e il danno. Diversamente, nel secondo caso, applicare la norma del codice di procedura amministrativa conduce ad escludere *in nuce* il risarcimento del danno e, quindi, la responsabilità.

---

<sup>60</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2019, 246.

Il secondo corollario assume rilevanza sul piano processuale dal momento che il privato che voglia ottenere il risarcimento del danno ha, di fatto, l'onere di impugnare il provvedimento: questo rievoca la teoria della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria<sup>61</sup>.

Secondo questa impostazione, d'altra parte, accordare l'azione risarcitoria, da un lato, a prescindere dall'esperimento dell'azione di annullamento, causerebbe il rischio di un'elusione dei termini di impugnazione del provvedimento<sup>62</sup>; dall'altro lato, consentire che il risarcimento del danno possa essere richiesto indipendentemente dal giudizio caducatorio fonderebbe, di fatto, il potere del giudice amministrativo di disapplicare il provvedimento, potere di cui, però, di regola tale giudice è sprovvisto<sup>63</sup>.

Tuttavia, tali considerazioni, sebbene *prima facie* persuasive, non sembrano convincere a fondo sulla base di argomentazioni che toccano gli ambiti tanto del diritto privato quanto del diritto amministrativo.

Partendo da quest'ultimo, all'interno di tale scenario, sembra opportuno porre l'attenzione sulla distinzione tra interesse finale al bene della vita e diritto al risarcimento del danno per violazione delle regole di correttezza e buona fede: il primo è un interesse legittimo alla cui soddisfazione il privato aspira stimolando l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione pubblica. Invece, il diritto al risarcimento del danno deriva dal comportamento scorretto della controparte pubblica e tende a ristorare il privato dai danni derivanti dalla lesione del suo diritto all'autodeterminazione negoziale (quello in effetti tutelato per mezzo dell'istituto della *culpa in contrahendo*). Assimilare le due posizioni giuridiche soggettive, come fa la posizione criticata, snaturerebbe il diritto tutelato dall'azione risarcitoria il quale verrebbe, quindi, appiattito sull'interesse finale al bene della vita: in

---

<sup>61</sup> Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 9, 962, con nota di F. CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Corr. giur.*, 2011, 7, 979, con nota di F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*; *Federalismi*, 7, 2011, con nota di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria)*, secondo cui il privato che non abbia previamente esperito l'azione di annullamento non può chiedere il risarcimento del danno che, con l'esperimento della tutela caducatoria, avrebbe potuto evitare. Si esamineranno a breve le ragioni che portano a non condividere tale opinione. Si veda anche Cass., sez. un., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, cit., sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli.

<sup>62</sup> Al riguardo, come noto, all'interno della disciplina processuale amministrativa, per l'azione di annullamento è previsto un termine di impugnazione piuttosto breve, di soli 60 giorni. Mentre per la domanda di risarcimento del danno il termine è pari a 120 giorni. Alla luce di ciò, a parere della ricostruzione in parola, il privato che non ha esperito la tutela caducatoria sarebbe ingiustamente avvantaggiato dalla possibilità di chiedere quella risarcitoria in via autonoma: egli potrebbe far valere le proprie ragioni anche oltre il termine di 60 giorni.

<sup>63</sup> Come noto, il g.a. ha il potere di annullare i provvedimenti e non quello di disapplicarli e dunque, a parere della tesi in parola, davanti ad una richiesta di risarcimento del danno autonoma dall'impugnazione del provvedimento, il giudice dovrebbe altresì interrogarsi sulla legittimità del provvedimento utilizzando, surrettiziamente, il potere di disapplicazione (considerato che non può annullare il provvedimento senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato).

altri termini, la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede risulterebbe del tutto irrilevante davanti ad un provvedimento non annullato<sup>64</sup>.

La diversità dell'oggetto dei due giudizi, caducatorio e risarcitorio, consentirebbe, cioè, di smentire la tesi che paventa il rischio di elusione dei termini di impugnazione del provvedimento e di escludere altresì che si sia in presenza della surrettizia introduzione di un'ipotesi di disapplicazione del provvedimento, da parte del giudice amministrativo. In tal caso, il provvedimento costituirebbe solo uno degli elementi oggetto di valutazione da parte del giudice, il quale però non priverebbe *ex se* il provvedimento della sua efficacia<sup>65</sup>.

Inoltre, sotto il profilo processuale del rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria, quest'ultima, per la verità, non si presenta come ancillare alla prima. Conferma di ciò si trova nel codice del processo amministrativo il quale, all'art. 30, ha abbandonato la tesi della pregiudizialità (sostenuta, prima dell'introduzione del codice, da una parte della giurisprudenza) dell'azione di annullamento e ha stabilito, per l'azione risarcitoria, la possibilità di esperirla autonomamente da altre azioni e con dei termini propri<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> G. COMPORTE, *L'Adunanza delle occasioni perse. Responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 709 ss.; A. TRAVI, *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in *L'oggetto del processo amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020, 16-17. Della stessa opinione è A. GIANNELLI, *Responsabilità della p.a.*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, cit.: l'A. precisa che è innegabile «l'abbandono dell'idea per cui la tutela risarcitoria possa essere accordata solo all'indomani dell'accoglimento di una domanda demolitoria».

<sup>65</sup> Ancora A. GIANNELLI, *op. ult. cit.*, 830. Preme, ad ogni modo, sottolineare come il giudice, in tale circostanza, si atterri al *petitum*: ove, ad esempio, il risarcimento sia stato richiesto oltre i termini di impugnazione del provvedimento, il giudice potrà accordare esclusivamente la tutela risarcitoria, non annullando il provvedimento.

<sup>66</sup> L'azione risarcitoria, come visto nel capitolo precedente, è stata introdotta nel nostro ordinamento solo con il codice del 2010 (D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104) per mezzo del quale il legislatore ha sposato i principi di atipicità delle azioni e di effettività della tutela, abbandonando l'idea di una tutela amministrativa esclusivamente impugnatoria. Per quel che qui interessa, sebbene formalmente il codice del processo l'abbia resa autonoma rispetto all'azione di annullamento, ha poi inserito due limiti: un termine di decadenza piuttosto breve di soli centoventi giorni e il dovere del giudice di valutare il comportamento del danneggiato, il quale deve comunque aver esperito tutti gli strumenti di tutela previsti e, dunque, per alcuni anche l'azione di annullamento. In merito, si veda A. GIANNELLI, *op. ult. cit.*, 828. In merito, anche A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, 830, nt. 84, notano che «l'abolizione della regola della pregiudizialità ad opera dell'art. 30, co. 1 e 2 del d.lgs. 2-7-2010 n. 104 non deve necessariamente essere letta nel senso di una alternatività fra risarcimento e impugnativa, visto che le due azioni hanno funzioni diverse». Gli Autori proseguono: «se il *quantum* risarcitorio è destinato a mutare il base a ciò che sarebbe successo se l'azione demolitoria fosse stata esperita [ai sensi dell'art. 1227], ciò significa che le questioni sono certamente connesse, ma non sono interamente sovrapponibili». Quanto sin qui detto consente di esporre un'ulteriore considerazione critica circa quella giurisprudenza secondo la quale avrebbe agito in maniera incoerente il privato che, nel (primo) giudizio di annullamento, a difesa della propria aggiudicazione, si sia schierato a favore dell'amministrazione, sostenendo la legittimità del provvedimento, per poi agire (in un secondo momento) per il risarcimento del danno contro la medesima amministrazione, lamentando la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella fase precedente all'aggiudicazione. Al riguardo, la considerazione svolta dalla sentenza in commento sembra dimenticare che i due giudizi, quello di annullamento e quello risarcitorio, sono autonomi, nonostante l'interesse ad agire dell'aggiudicatario nel secondo sorga solo dopo la pronuncia del primo. Il privato, in qualità di controinteressato nel primo giudizio, aveva interesse a difendere, in primo luogo, l'aggiudicazione in proprio favore e, solo indirettamente, la legittimità dell'azione amministrativa: sarebbe irragionevole pretendere che lo stesso prenda le difese di chi, di fatto, vuole privarlo del bene della vita ottenuto. Nel secondo giudizio, invece, il medesimo aggiudicatario

D'altra parte, il codice del processo amministrativo ha fatto proprio un orientamento espresso dalla Corte Costituzionale, la quale – con la nota sentenza n.204/2004 – ha sottolineato la natura di rimedio autonomo dell'azione risarcitoria finalizzata a tutelare un diritto diverso dall'interesse al bene della vita cui il privato aspira per mezzo del procedimento amministrativo<sup>67</sup>.

La soluzione in parola è criticabile anche sotto il profilo della responsabilizzazione della p.a.: infatti, imporre al privato danneggiato l'onere di esperire l'azione caducatoria lo svantaggia mentre avvantaggia la p.a. danneggiante; invero, la mancanza di buona fede del privato viene tenuta in massima considerazione, tanto da negare *in toto* il risarcimento del danno laddove non sia stato chiesto previamente l'annullamento; invece, il comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione pubblica rimane, di fatto, impunito, in mancanza di previa domanda di annullamento del provvedimento<sup>68</sup>.

A supporto di queste considerazioni si aggiungono quelle – di natura civilistica – cui si faceva sopra riferimento, legate principalmente alla distinzione tra regole di validità e regole di condotta: tale dicotomia impone, infatti, che il sindacato sulla condotta dei soggetti del rapporto sia differente

---

fa valere un diritto sulla base di un interesse sorto solo in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, in una veste differente – quella di danneggiato – e con presupposti differenti in quanto ha subito un danno, non a causa dell'illegittimità dell'atto in sé, bensì a causa dell'aspettativa delusa. In merito, si veda anche O. M. CAPUTO, *Tutela dell'affidamento sì... purché "inconsapevole"*, cit., 201 ss. Ancora, alla luce di quanto detto, appare poco convincente l'argomentazione utilizzata dalla Cass., sez. un., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, cit., interrogata in merito al problema dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione in presenza di un comportamento tenuto dall'amministrazione nel corso di un procedimento amministrativo. In quell'occasione, la Corte, attribuendo la giurisdizione al g.o., ha fatto leva sul fatto che l'azione risarcitoria possa essere fatta valere davanti al g.a., solo laddove segua ad un'azione demolitoria, dovendo, altrimenti, essere affidata alla giurisdizione del g.o. In merito, si legge: «Nella prospettiva del soggetto che assume di avere subito una lesione ad un proprio diritto soggettivo, dunque, non si ravvisa la condizione perché la domanda risarcitoria possa essere attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: difetta, infatti, quella controversia in ordine alla legittimità del provvedimento amministrativo rispetto alla quale la domanda di danni si porrebbe come consequenziale». Ebbene, al riguardo, si ritiene che, al contrario, debba essere valorizzato il dato letterale dell'art. 30 c.p.a. il quale prevede che, in ipotesi di giurisdizione esclusiva, l'azione risarcitoria può essere esercitata in via autonoma. Pertanto, la tutela risarcitoria non si pone come consequenziale a quella demolitoria. Si veda, in merito, S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, cit., 915. Si noti che tale argomento sarà trattato anche in punto di giurisdizione, in questo stesso capitolo.

<sup>67</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 753 ss., con nota di R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2004, 2593 ss., con nota di A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1230 ss., con nota di M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, la quale afferma che «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

<sup>68</sup> Si veda, in merito, F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 992. Con riguardo all'atteggiamento piuttosto rigido di tale posizione, nella valutazione della condotta del danneggiato, l'A. nota che «il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria (autonoma) è soltanto più lungo di 60 giorni rispetto al termine per l'esercizio dell'azione di annullamento: come può incidere una differenza temporale così limitata sulla condotta del danneggiato, rendendola conforme o difforme dal comportamento di buona fede?».

e autonomo rispetto al sindacato in merito alla legittimità degli atti. In quest'ottica, il comportamento scorretto dell'amministrazione ha violato il diritto all'autodeterminazione del privato causando un danno che, dunque, non riguarda la lesione dell'interesse legittimo<sup>69</sup>. Pertanto, non occorrerebbe interrogarsi sulla legittimità (o illegittimità) o sulla presenza (o assenza) del provvedimento per riconoscere il risarcimento del danno, in quanto un eventuale sindacato in merito appartiene ad un piano diverso.

Tale principio, peraltro, e come sopra accennato, è stato utilizzato dalla giurisprudenza recente per individuare il momento in cui sorge l'affidamento del privato all'interno della contrattazione pubblica. A questo proposito, proprio la regola della non interferenza tra norme di validità e norme di condotta riveste un'importanza centrale al fine di poter "sganciare" l'affidamento del privato nel corretto comportamento dell'amministrazione dal momento di adozione dell'atto amministrativo e dal giudizio sulla validità di esso. In particolare, nella sentenza – già sopra richiamata – del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria n. 5 del 2018) il riconoscimento della *culpa in contrahendo* anche nella fase pubblicistica poggia sul presupposto che il giudizio sulla condotta della p.a. in nulla venga toccato dalla valutazione circa la validità di un suo provvedimento<sup>70</sup>.

Ebbene, quanto sinora detto presenta un'ulteriore implicazione: l'affermazione dell'autonomia del giudizio sulla condotta rispetto al giudizio sulla validità ha valore non solo laddove il provvedimento sia legittimo ma, logicamente, anche quando il provvedimento sia illegittimo. In sostanza, il medesimo ragionamento si applica sia al caso in cui l'amministrazione pubblica emani un provvedimento legittimo all'interno di un contesto comportamentale scorretto, sia nel caso in cui la stessa emani, all'interno dello stesso quadro, un provvedimento illegittimo, ad esempio, riconoscendo erroneamente il bene della vita cui il privato aspira. Si tratta, in questo caso, di un'ipotesi diversa da quella fin qui analizzata dal momento che, se nella prima ipotesi, l'attività *iure imperii* della p.a. risultava conforme alle prescrizioni di legge, in questo secondo caso, tale attività si pone in contrasto con le regole che presiedono alla sua validità.

Tale affermazione – secondo cui il medesimo ragionamento vale sia in presenza di un provvedimento legittimo che in presenza di un provvedimento illegittimo – potrebbe apparire scontata. Tuttavia, una parte della giurisprudenza ha fatto proprio un orientamento contrario rispetto al quale, in presenza di un provvedimento favorevole illegittimo, poi annullato (legittimamente) in via di autotutela o in sede giurisdizionale, il privato (suo destinatario) non potrebbe vantare alcun diritto al risarcimento dal momento che, vista l'illegittimità del provvedimento, il bene della vita,

---

<sup>69</sup> Vedi nt. 52.

<sup>70</sup> Questo non vuol dire che la compresenza di una valutazione sul comportamento con l'attività *iure imperii* non abbia alcuna rilevanza o sia del tutto trascurabile: piuttosto, come si vedrà in seguito, tale aspetto rileva in merito alla scelta della giurisdizione.

ottenuto tramite quest'ultimo, non gli sarebbe stato dovuto<sup>71</sup>: così facendo, si è dunque perpetrato l'equivoco sopra denunciato, derivante dalla sovrapposizione tra norme di validità e di condotta. A detta di questi, sussisterebbe pertanto una correlazione diretta tra il riconoscimento del risarcimento e la valutazione della legittimità del provvedimento, laddove l'eliminazione del provvedimento sia correttamente disposta dal giudice<sup>72</sup>.

Anche in tal caso, tale convinzione appare difficilmente condivisibile: il giudizio sulla meritevolezza dell'affidamento deve essere condotto avendo riguardo al comportamento posto in essere dalla controparte pubblica nel rispetto degli obblighi e dei doveri di correttezza e buona fede, in quanto quello che si intende tutelare non è il diritto del privato alla spettanza del bene della vita richiesto all'amministrazione, bensì la fiducia riposta nella liceità dell'attività amministrativa, delusa dal comportamento scorretto<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Cons. Stato, 6 aprile 2021, n. 2753, cit.: i giudici, nel rimettere la questione sottoposta alla loro attenzione all'Adunanza Plenaria, hanno affermato che «in sostanza, ai fini della sussistenza dell'affidamento legittimo (rilevante ai fini del riconoscimento di una responsabilità di tipo precontrattuale), il privato che ha interloquuto con la pubblica amministrazione [...] deve vantare un'aspettativa qualificata, ovverosia basata su una pretesa legittima alla luce del quadro ordinamentale applicabile al caso di specie». Di conseguenza, non potrebbe riconoscersi un diritto al risarcimento del danno a favore del privato laddove questi non avrebbe comunque avuto titolo ad ottenere il bene della vita cui aspirava tramite il provvedimento illegittimo e quindi annullato.

<sup>72</sup> Cons. Stato, 6 aprile 2021, n. 2753, in *Foro Amm.*, 2021, 600. Nello stesso senso Cons. Stato, 17 gennaio 2014, n. 183, in *Danno e Resp.*, 2014, 10, 939 ss., con nota di M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno - e anti-giuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, e in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 7, 704, con nota di M. MAGRI, *Il consiglio di stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*; Cons. Stato, 29 ottobre 2014, n. 5346, in *Urb. app.*, 2015, 181 ss., con nota di G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, e in *Foro Amm.*, 2014, 2560.

<sup>73</sup> Cfr. Cons. Stato, 20 dicembre 2017, n. 5980, in *Foro Amm.*, 2017, 2384 ss., a parere del quale, «quando il risarcimento è fondato sulla lesione dell'affidamento in conseguenza dell'emanazione di un atto illegittimo perché annullato in autotutela o in via giurisdizionale, non ci si duole del danno derivante dall'illegittimo esercizio di un potere amministrativo in senso sfavorevole al privato, bensì di un comportamento conseguenza del precedente esercizio del potere amministrativo [che, sebbene esercitato] in favore [del privato, è risultato illegittimo così da fondare un diritto al risarcimento] del danneggiato [cioè lo stesso privato]»; ancora, v. Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, cit., in cui la Suprema Corte, affrontando la problematica relativa alla giurisdizione in merito al risarcimento del danno da comportamento scorretto dell'amministrazione, ha stabilito che il destinatario di un provvedimento favorevole legittimamente annullato ha diritto di chiedere il risarcimento del danno derivante dal comportamento illecito dell'amministrazione. A questo proposito, può risultare utile guardare alla fattispecie del risarcimento del danno da mero ritardo (sul punto, cfr. Cap. 3, par. 2), considerato che esso configura ugualmente un danno da comportamento scorretto, basato sull'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione negoziale. In particolare, a parere della prevalente dottrina con l'introduzione dell'art. 2-bis della L. 241/90 il legislatore ha introdotto la possibilità di richiedere il risarcimento del danno da mero ritardo a prescindere dalla spettanza del bene della vita su cui incide il provvedimento adottato in ritardo. Tale istituto evidenzia con chiarezza la possibilità di riconoscere un danno da lesione dell'affidamento a prescindere dalla legittimità della pretesa alla base del provvedimento. Infatti, l'affidamento è bene giuridico a sé. Si veda, in merito, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit. par. 42; Consiglio amministrativo per Regione Siciliana con C.g.a., 15 dicembre 2020, n. 1136, che ha rimesso al Consiglio di Stato la questione che ha poi originato Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit.: quest'ultima pronuncia, sebbene si occupi prevalentemente della natura giuridica della responsabilità civile dell'amministrazione, afferma la rilevanza del bene "tempo", il quale assume un aspetto tutelabile in capo al privato.

Parimenti, una violazione degli obblighi di correttezza e buona fede da parte dell'amministrazione può affermarsi laddove un provvedimento manchi del tutto<sup>74</sup>. Si pensi al caso in cui, dopo aver instaurato un'intensa interlocuzione con l'amministrazione pubblica, il privato si aspetti ragionevolmente la prosecuzione della gara ma, a ciò, faccia seguito l'atteggiamento dell'amministrazione che, nonostante abbia mostrato favore per l'opera urbanistica, ha continuato, di fatto, a rimandare la decisione, sospendendo i termini del procedimento per richiedere documentazione integrativa e pareri, omettendo, infine, di pronunciarsi. In tale ipotesi, il privato che ritiene di essere stato danneggiato può agire per il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, nonostante la p.a. non sia mai giunta ad emanare un provvedimento: ancora una volta, sarà possibile affermare la sussistenza della *culpa in contrahendo* sulla scorta del fatto che le vicende di matrice strettamente provvedimentali non sono legate agli obblighi comportamentali.

## **5. I limiti all'affidamento del privato (ed al risarcimento del danno).**

L'interesse della giurisprudenza per la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica, negli ultimi anni, non è stato limitato all'individuazione delle ipotesi nelle quali applicare gli artt. 1337 e 1338 c.c.: piuttosto, lo sforzo giurisprudenziale è stato rivolto ad esaminare i limiti entro i quali le norme sopra citate trovano applicazione al soggetto pubblico.

L'obiettivo appare lodevole dal momento che, come più volte evidenziato, la vicenda dei contratti pubblici, per sua natura, reca delle caratteristiche non comuni agli altri contratti, sia per la sua struttura sia per la presenza del soggetto pubblico, e dunque necessiterebbe di considerazioni del tutto particolari.

---

<sup>74</sup> Con riguardo all'ipotesi in cui l'amministrazione pubblica, pur avendo iniziato un procedimento amministrativo, non lo abbia portato a termine e manchi del tutto un provvedimento amministrativo, si veda, Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, cit., a parere della quale il «comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimentale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto [...] o, addirittura, essere legittimo». In tal senso si è pronunciata anche Cass. civ., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit. Queste, adite per stabilire a chi appartenga la giurisdizione sulle controversie in tema di risarcimento del danno derivante da lesione dell'affidamento nel caso in cui un provvedimento non venga neppure emanato, hanno stabilito l'obbligo risarcitorio in capo alla p.a. che non aveva emesso il provvedimento finale relativo ad un procedimento di richiesta di rilascio del permesso di costruire, bensì aveva richiesto al privato altri adempimenti, a detta del Comune medesimo, funzionali alla prosecuzione del procedimento, procrastinando il momento di emanazione del provvedimento fino a far venir meno i termini procedurali stessi. Ancora, Cass. civ., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Banca dati DeJure*; la Cassazione si è pronunciata con riguardo alla mancata assunzione, da parte del Ministero del Lavoro, del provvedimento autorizzativo della Cassa Integrazione Straordinaria (CIGS) a favore del datore di lavoro. In particolare, quest'ultimo, in stato di crisi, aveva deciso di procedere al licenziamento collettivo dei dipendenti ma, in seguito alla partecipazione ad incontri propedeutici con la p.a. responsabile, facendo affidamento sul comportamento dalla stessa tenuto, aveva deciso di avviare la procedura per ottenere il provvedimento di autorizzazione della CIGS, mai emanato. Le spese sostenute dalla ricorrente per mettere il personale in mobilità al fine di evitarne il licenziamento e l'inutilità dell'attività svolta tesa ad ottenere il provvedimento, su consiglio della p.a., hanno comportato responsabilità risarcitoria in capo a quest'ultima.

Più nello specifico, con riguardo al caso in cui l'amministrazione pubblica abbia emanato un provvedimento di aggiudicazione invalido poi (legittimamente) annullato, alcune pronunce hanno riconosciuto il diritto al risarcimento del danno a favore del privato senza interrogarsi su eventuali differenze in merito al tipo di procedura che aveva condotto all'annullamento del provvedimento<sup>75</sup>. Tuttavia, una recente ricostruzione, proposta anche dall'Adunanza Plenaria n. 21/2021<sup>76</sup>, ha innovato l'orientamento precedente con riguardo ai limiti al risarcimento del danno, ritenendo che fosse necessario differenziare il *quantum* risarcitorio a seconda della tipologia di annullamento utilizzata nel caso di specie.

Nello specifico, l'esistenza di un affidamento conseguente all'aggiudicazione rappresenta il punto da cui la tesi in parola parte per poi distinguere due ipotesi: quella dell'annullamento del provvedimento ad opera del giudice e quella dell'annullamento in autotutela della p.a., che si differenziano da un punto di vista procedurale in quanto, com'è noto, la prima necessita di un ricorso, mentre la seconda opera su iniziativa dell'amministrazione stessa. È sulla base di tale distinzione che si ravvisa nella notifica del ricorso (di annullamento dell'aggiudicazione), fatta al controinteressato aggiudicatario, l'elemento centrale per limitare il diritto al risarcimento dell'aggiudicatario medesimo. Infatti la vicenda, in caso di annullamento giudiziale – a differenza che nell'annullamento in autotutela<sup>77</sup> – coinvolge due soggetti privati, oltre alla p.a.: da un lato, il soggetto danneggiato dal

---

<sup>75</sup> V. Cass. civ., sez. un., ord., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.; Cass., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., e Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, cit., par. 16, il quale equipara, ai fini risarcitori, l'annullamento in autotutela a quello giurisdizionale (è interessante notare come la pronuncia provenga dalla medesima sezione che ha rimesso la causa all'Adunanza Plenaria 21/21).

<sup>76</sup> Il riferimento è a Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit. Al riguardo, si precisa che alla Plenaria sono stati rivolti due quesiti: il primo richiama un dubbio che sembrava già chiarito da parte della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria, ovvero la possibilità di configurare un diritto al risarcimento del danno precontrattuale a vantaggio del privato, in caso di annullamento di un provvedimento a questi favorevole ma illegittimo e, dunque, nel caso in cui il bene della vita a cui il privato aspirava – per mezzo del provvedimento poi annullato – si riveli non dovuto (v. par 4). Il secondo quesito, invece, si concentra sulle condizioni in presenza delle quali è possibile riconoscere il diritto al risarcimento, oltre che sui criteri di determinazione del suo *quantum*. Se, con riguardo al primo interrogativo, la pronuncia ribadisce quanto affermato nelle pronunce precedenti, allineandosi all'orientamento, più recente, che tende ad allargare le maglie della responsabilità precontrattuale, in merito al secondo, inverte invece il senso di marcia e limita il risarcimento del danno del privato, muovendo dall'analisi dei presupposti richiesti per l'esistenza di un affidamento legittimo. Più nello specifico, a parere della Corte, pur essendo le trattative ad uno stato avanzato e pur essendo la condotta della p.a. colpevolmente contraria a correttezza e buona fede, il riconoscimento del risarcimento del danno a favore del privato sarebbe ugualmente impedito dal fatto che l'affidamento del danneggiato non sia incolpevole. Conseguentemente, con tale pronuncia, i giudici, pur riconoscendo in astratto un obbligo risarcitorio in capo alla p.a., in concreto hanno ritenuto che, al privato, il risarcimento non spettasse interamente (ma solo in parte). La soluzione prospettata dalla pronuncia poggia sulla norma di cui all'art. 1338 c.c. che, ai fini risarcitori, richiede che l'affidamento del danneggiato sia incolpevole, e questo induce a credere che la Plenaria 21/2021 si inserisca nel processo di privatizzazione della p.a., con l'intento di applicare, al pubblico, istituti di stampo schiettamente privatistico, proprio nell'ottica della parificazione del rapporto. Tuttavia, a ben guardare, tale convinzione viene presto contraddetta dal risultato finale tramite il quale, di fatto, si riduce il diritto al risarcimento del danno del privato.

<sup>77</sup> Nella vicenda dell'annullamento d'ufficio mancherebbe la figura del privato ricorrente, di conseguenza sarebbero coinvolti solo l'amministrazione e il soggetto destinatario del provvedimento poi annullato.

provvedimento emanato a favore di un terzo, il quale si rivolge al giudice per chiedere l'annullamento del provvedimento illegittimo, lesivo dei suoi interessi; dall'altro lato, il soggetto destinatario del provvedimento illegittimo a sé favorevole, che assume la veste di controinteressato nel giudizio di annullamento, avendo interesse, appunto, a che il provvedimento non venga annullato.

Quest'ultimo, in quanto destinatario dell'atto impugnato (e quale controinteressato), ha diritto a ricevere notifica del ricorso che altri intenta e, dunque, sarebbe posto nella condizione di conoscere la possibilità dell'invalidazione del provvedimento a sé favorevole, con la conseguenza che, dal momento della notifica, il suo affidamento, sebbene legittimamente formatosi, diventerebbe non più meritevole di tutela.

Sorregge tale convincimento l'applicazione dello schema previsto dall'art. 1338 c.c., il quale richiede che l'affidamento del danneggiato sia «senza colpa»<sup>78</sup>: per mezzo della notifica, il controinteressato (destinatario dell'atto) verrebbe a conoscenza della caducità dell'atto emanato per soddisfare il suo interesse e tale consapevolezza farebbe cadere la possibilità di definirlo come soggetto «senza colpa». Questi, allora, nell'ottica della ricostruzione in parola, non potrebbe più dichiararsi titolare di un affidamento legittimo, dal momento che l'eliminazione del provvedimento dall'ordinamento diventerebbe «un'evenienza non imprevedibile» di cui deve tener conto e in base alla quale può organizzare il proprio tempo e i propri mezzi<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> In merito, può essere interessante notare che l'Adunanza Plenaria 21/21 aderisce all'orientamento ad avviso del quale la colpa del danneggiato rientra tra i parametri di determinazione del danno risarcibile; a tale impostazione si contrappone la visione di chi, invece, vede nella colpa del danneggiato un requisito costitutivo della fattispecie lesiva con la conseguenza che «la colpa della parte che ha confidato nella validità del contratto è un criterio di esclusione dell'obbligo di controparte di comunicare le cause di invalidità ad essa note e conoscibili»: così, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364. Tale ultima impostazione, a parere dei sostenitori della prima, rischia di compromettere l'autonomia applicativa dell'art. 1338 c.c. nonché l'applicabilità dell'art. 1227 c.c., che presuppone la colpa del danneggiato ai fini della risarcibilità del danno. In merito, si veda anche TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 133; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 294; D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 99 ss. A questo proposito, la pronuncia riportata, se in prima battuta sembra rispondere all'esigenza di tutela della posizione di quest'ultimo superando la tradizionale immunità dell'amministrazione, in realtà, finisce con limitarne il diritto al risarcimento sulla base di un criterio unicamente legato al suo stato soggettivo e alla tipologia di annullamento.

<sup>79</sup> Sembra opportuno notare che, per la verità, interrogarsi sulla posizione del privato avendo riguardo al suo comportamento e al suo stato soggettivo, spinge a compiere un ulteriore passo circa gli strumenti a disposizione dell'amministrazione a tutela delle proprie ragioni lese dal comportamento del privato contrario a correttezza e buona fede, ipotesi inversa rispetto a quella fin qui esaminata. Lo scenario chiama in causa la problematica della cosiddetta «giurisdizione a parti invertite» ossia un giudizio posto in essere per la tutela delle prerogative dell'amministrazione e non, come di solito avviene, del privato. In altri termini, considerato che tradizionalmente il processo amministrativo nasce per consentire al privato di ricevere tutela contro gli atti o i comportamenti dell'autorità, sorge il dubbio che il contrario sia ammesso in quanto, l'autorità, per sua natura, sarebbe in grado di tutelarsi da sé. Tuttavia, se tale considerazione sembra reggere davanti ad un rapporto potere/interesse legittimo, non altrettanto può dirsi quando, pur essendo presente l'autorità, la relazione si risolve nel binomio diritto di credito/obbligo in quanto, in tal caso, la p.a. non esercita un potere e quindi verrebbe a mancare l'elemento che, generalmente, ostacola la tutela giurisdizionale dell'amministrazione. D'altra parte, quanto detto assume i connotati di una logica conseguenza dell'evoluzione del rapporto amministrativo nel senso sopra accennato che tende a riconoscere e a incoraggiare – con crescente frequenza –

In conclusione, quindi, tale tesi esclude che, nel caso di annullamento giudiziale – e ferma restando, in ogni caso, la valutazione in concreto di tutte le circostanze – permanga, in capo al privato, un affidamento incolpevole, poiché esso verrebbe meno nel momento stesso in cui gli è notificato il ricorso.

La soluzione prospettata sollecita riflessioni in un duplice senso: per un primo verso, invita a interrogarsi sull'opportunità di sussumere la fattispecie sotto l'art. 1338 c.c. anziché sotto il più generico art. 1337 c.c., ponendo l'attenzione altresì sul rapporto che lega le due norme; per un secondo verso, anche ammettendo che si sia in presenza di un'ipotesi riconducibile all'art. 1338 c.c., non si comprendono a fondo le ragioni che inducono a limitare il risarcimento del danno in base ai criteri individuati per la quantificazione dello stesso.

Con riguardo al primo profilo, potrebbe apparire *tranchant* la riconduzione della fattispecie alla disciplina dell'art. 1338 c.c.: trattandosi di norma applicabile solo ove il contratto sia stato concluso, emerge con evidenza che il caso in oggetto abita uno spazio diverso, alla luce della mancata stipulazione del negozio<sup>80</sup>. Del resto, la norma in parola tutela espressamente la parte danneggiata «per aver confidato *senza sua colpa* nella validità del contratto», non nella conclusione dello stesso che, dunque, si dovrebbe supporre già avvenuta<sup>81</sup>. Tuttavia, escludere l'applicabilità dell'art. 1338 c.c. dalla fattispecie in parola non preclude di rinvenire un'ipotesi di responsabilità precontrattuale per il tramite dell'art. 1337 c.c.: di conseguenza, la p.a. potrebbe essere ritenuta responsabile in

---

un rapporto paritario tra amministrazione e privato. In merito, PATRITO, *La responsabilità del privato nei confronti dell'Amministrazione: prime riflessioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1459 ss.

<sup>80</sup> *Contra* G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto, V, I Rimedi - 2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2022, 1316. L' A. ritiene che «il richiamo che l'inciso finale dell'art. 1338 c.c. fa all'affidamento “nella validità del contratto” non legittima affatto la deduzione della necessità – quale presupposto (o elemento) della fattispecie risarcitoria prevista dalla norma – della sussistenza di un contratto (invalido, e pertanto) dichiarato nullo o annullato». Questo, infatti, si porrebbe in contrasto con l'assunto per cui è possibile che il soggetto leso decida di non agire per l'annullamento, scegliendo di far valere solo la responsabilità.

<sup>81</sup> In tal senso si esprime la prevalente dottrina, tra cui M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto. IV. Rimedi-1*, a cura di A. GENTILI, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 104, in cui l'A. sostiene che l'art. 1338 c.c. «costituisce un'applicazione paradigmatica e peculiare della prima [...] in cui la rilevanza della violazione del dovere precontrattuale di buona fede appare condizionata alla circostanza che il contratto concluso sia successivamente invalidato»; si vedano anche V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1265, che afferma che l'art. 1338 c.c., a differenza dell'art. 1337 c.c., non tutela l'affidamento delle parti sulla conclusione del contratto ma sulla validità del contratto e dunque la distinzione tra le due norme «conserva attualità anche alla luce del nuovo corso che consente di far operare la responsabilità dell'art. 1337 c.c. anche dopo la conclusione del contratto e consente di ribadire che il dovere di informazione trova fondamento anche in questa norma e non soltanto nella successiva»; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Milano, 2010, 1241; G. D'AMICO, “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., 151; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 171: quest'ultimo A. precisa che «mentre nel recesso ingiustificato il soggetto è coinvolto in una trattativa inutile, qui è coinvolto in una stipulazione inutile»; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., 162.

mancanza di un contratto già concluso, ove la stessa – nella fase delle trattative – abbia violato gli obblighi di correttezza e buona fede, previsti dalla norma da ultimo citata.

Se, come ritiene la prevalenza della dottrina<sup>82</sup>, l'art. 1338 c.c. costituisce una *species* dell'art. 1337 c.c., il dovere delle parti di informare correttamente e non omettere informazioni rilevanti è già presente nell'art. 1337 c.c. in forma generica. Detto altrimenti, l'art. 1338 c.c. costituirebbe una specificazione del dovere d'informazione e si limiterebbe ad esplicitarlo nel particolare caso in cui l'obbligo informativo abbia ad oggetto l'esistenza di cause di invalidità di un contratto già concluso: tale particolare oggetto dell'obbligo informativo rappresenterebbe dunque l'elemento specializzante della fattispecie. In quest'ottica occorre allora chiedersi se la disciplina prevista per tale ipotesi possa trovare un'applicazione generalizzata a tutti i casi di violazione degli obblighi di correttezza (e non soltanto all'aver taciuto una causa di invalidità).

Più in particolare, l'interrogativo verte sulla possibilità che l'elemento della mancanza di colpa del danneggiato trovi spazio anche oltre il campo della norma (art. 1338 c.c.), e dunque anche quando siano violati obblighi diversi da quello informativo o quando siano taciute informazioni rilevanti diverse da quella relativa all'invalidità del contratto. Una risposta affermativa a tale domanda condurrebbe a ritenere che l'art. 1338 c.c. espliciti un principio applicabile a tutte le fattispecie di responsabilità precontrattuale, anche derivanti, ad esempio, dal non aver collaborato adeguatamente e con tempestività, o dal non aver comunicato informazioni rilevanti che non riguardino l'invalidità<sup>83</sup>. Come è facile intuire, rispondere in senso negativo – escludendo che al di fuori della fattispecie dell'obbligo informativo, riguardante l'invalidità del contratto prevista dall'art. 1338 c.c., trovino applicazione le specificità della norma medesima – equivarrebbe, invece, a ritenere irrilevante lo stato soggettivo del privato danneggiato in ipotesi diverse da quella prevista dall'art. 1338 c.c. (rimanendo comunque applicabile l'art. 1337 c.c.).

---

<sup>82</sup> Cfr. *supra* nt. 26. In particolare, V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1265, secondo cui «ferma l'individuazione nell'art. 1337 c.c. della norma fondamentale in materia, rispetto alla quale la previsione del successivo art. 1338 costituisce un'applicazione peculiare». In merito V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175, il quale, per la precisione, ricostruisce l'ambito di applicazione delle due norme secondo un rapporto non di stretta specialità, bensì di reciproca interferenza, sostenendo che «l'area del dovere di informazione precontrattuale non coincide perfettamente con quella dell'art. 1338. Per un verso è più ampia [...]. Per altro verso, ricadono sotto l'art. 1338 anche illeciti non riconducibili ad omessa informazione sulla causa di invalidità, ma consistenti piuttosto nell'aver direttamente realizzato tale causa». Si veda anche G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 106. In merito, sembra opportuno precisare che, soprattutto in passato, siano state offerte ricostruzioni diverse del rapporto tra le due norme. Al riguardo, si veda L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria sull'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 158 la quale ha sostenuto che, con l'inserimento dell'art. 1338 c.c., il legislatore ha inteso sottrarre l'ambito del dovere di informazione al più generico art. 1337 c.c. Ne conseguirebbe che tale obbligo sussiste solo relativamente alle cause di invalidità non essendo, invece, previsto in generale per differenti fattispecie.

<sup>83</sup> L'opzione è stata scartata dalla dottrina prevalente, tra cui G. D'AMICO, "*Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 151; F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, a cura di P. CENDON, Milano, 1994, 958.

Sul punto, per la verità, la conclusione a cui giunge la ricostruzione criticata, avallata dall'Adunanza Plenaria n. 21/21 – sussumendo la fattispecie in parola sotto la disciplina “speciale” dell'art. 1338 c.c. – non pare giustificata da una precisa presa di posizione, in merito al rapporto tra gli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c., bensì sembra dovuta ad una precedente, implicita, premessa: che l'applicazione della normativa civilistica nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica abbia come oggetto specifico il provvedimento di aggiudicazione e non il contratto. In altre parole, nel ragionamento della Plenaria, le regole precontrattuali vengono traslate, non tanto sull'intera vicenda del contratto pubblico, comprensiva, appunto, anche del contratto, quanto sulla sola fase pubblicistica che si conclude con un provvedimento, il quale, in sostanza, prende il posto del contratto, nella fattispecie descritta dall'art. 1338 c.c. Tuttavia, una simile ricostruzione rischia di non tenere in debita considerazione la particolare struttura dei contratti pubblici e la necessità di considerare l'intera vicenda come unitaria. Alla luce di questo, se da un lato quello dei contratti pubblici costituisce uno degli ambiti in cui le interferenze tra diritto privato e diritto pubblico si fanno più acute, dall'altro, pur considerando le circostanze in concreto, bisognerebbe interrogarsi più a fondo sia sulla possibilità di applicare regole privatistiche al pubblico, sia sulla modalità con cui operare in tal senso. Infatti, come sopra dimostrato, “anticipare” il momento contrattuale al provvedimento di aggiudicazione porterebbe, di fatto, a estendere l'ambito applicativo della disciplina prevista dall'art. 1338 c.c., rendendo così più gravoso, per il privato, ottenere il risarcimento nell'ambito della responsabilità precontrattuale dal momento che, a questo fine, questi dovrebbe provare anche di aver fatto incolpevole affidamento sulla validità del provvedimento.

Appare, dunque, preferibile ritenere applicabile il solo art. 1337 c.c. Ciò non equivale, necessariamente, a discostarsi da quanto sostenuto dalla ricostruzione criticata, bensì invita a soffermarsi con più attenzione sulla soluzione adottata. Equiparare, in punto di disciplina, la (sola) fase pubblicistica dell'intera procedura di gara a quello che accade nelle trattative tra privati può essere utile laddove si ponga mente anche (e soprattutto) alle differenze esistenti tra i due poli, pubblico e privato: la procedura di gara, a differenza delle normali trattative tra privati, implica anche il momento dell'aggiudicazione, il quale però non può essere assimilato al momento della conclusione del contratto che, invece, seguirebbe l'aggiudicazione. Al contrario, la tesi criticata sembra non soffermarsi adeguatamente sul raggio di azione dell'art. 1338 c.c. e ne predica un'applicazione acritica, dando così luogo ad una sovrapposizione delle due ipotesi.

Inoltre, anche a voler sussumere la fattispecie sotto l'art. 1338 c.c., la tesi in parola suscita ulteriori perplessità: in termini pratici, la soluzione proposta conduce a riconoscere in capo al privato – a far data dal momento della notifica del ricorso – un risarcimento minore di quello che questi avrebbe

ottenuto se fosse stato posto in essere un annullamento in autotutela (dove nessun “avvertimento” lo avrebbe raggiunto prima dell’annullamento).

Invero, far dipendere le sorti del diritto al risarcimento del danno (o del suo ammontare) del privato dal tipo di annullamento posto in essere rappresenta una soluzione piuttosto criticabile: si potrebbe infatti obiettare che la distinzione tra i due tipi di annullamento è solo di tipo procedurale, non riguardando né gli effetti dell’annullamento né il presupposto necessario per pronunciarlo, cioè l’illegittimità dell’atto. In altre parole, l’eventuale affidamento che il destinatario dell’atto di aggiudicazione ripone nella legittimità del medesimo sorge *prima e a prescindere* tanto dalle modalità con cui si giunge all’annullamento del provvedimento quanto dall’annullamento medesimo: queste sono solo *modalità contingenti* che non dovrebbero inficiare la posizione del privato il quale, in ogni caso, ha organizzato i propri interessi, il proprio tempo e le proprie spese alla luce del provvedimento di aggiudicazione in suo favore. D’altra parte, se è vero che con l’istituto della *culpa in contrahendo* viene tutelata la libertà di autodeterminazione lesa dalla condotta scorretta di controparte che, come più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, è oggetto di un sindacato diverso da quello sulla legittimità del provvedimento, non si comprende perché le modalità di annullamento debbano condizionare il giudizio sulla condotta della p.a. e sull’affidamento del privato.

Detto altrimenti, è difficile immaginare che tale affidamento assuma diversa consistenza a seconda del procedimento con cui l’illegittimità è accertata: sia in caso di annullamento d’ufficio sia in caso di annullamento giurisdizionale, l’illegittimità dell’atto è dipesa dal comportamento tenuto dalla p.a., che non ha adempiuto all’obbligo di chiarezza e non ambiguità nella stesura delle clausole del bando<sup>84</sup>. A ragionare diversamente, si arriverebbe alla (paradossale) conclusione di addossare al privato le conseguenze derivanti dalle mancanze della p.a.

---

<sup>84</sup> Diversa è la soluzione suggerita Cons. Stato, Sez. II, 6 aprile 2021, n. 2753, in *Foro amm.*, 2021, 600 (ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria 21/21), nella quale si afferma che la differenza tra i due tipi di annullamento, *ex officio* e giurisdizionale, andrebbe ricercata nel soggetto che, di fatto, annulla il provvedimento. In quest’ottica, dall’annullamento giurisdizionale non deriverebbe responsabilità dell’amministrazione per il semplice fatto che non è ad essa imputabile l’atto di annullamento di cui, al contrario, rimarrebbe titolare il giudice. A parere di chi scrive, naturalmente, anche questa soluzione contrasta con un dato evidente: la responsabilità sorge in capo al soggetto che ha dato causa all’annullamento del provvedimento tenendo un comportamento scorretto e dunque prescinde dall’individuazione della procedura specifica con cui si arriva a stabilire l’illegittimità dell’atto. Si veda, in merito, S. MIRATE, *I limiti dell’affidamento dell’aggiudicatario in caso di annullamento della gara di appalto*, cit., 524 ss. L’A. condivide la critica mossa alla ricostruzione in commento circa la confusione tra il piano della validità e quello della correttezza ed evidenzia un ulteriore aspetto non condivisibile: la pronuncia attribuisce all’affidamento del concorrente la stessa caratteristica di retroattività che è propria dell’annullamento degli atti. «In pratica l’efficacia *ex tunc* dell’annullamento giurisdizionale si riverserebbe su di una negazione *ex tunc* dell’affidamento del privato, con conseguente esclusione della responsabilità precontrattuale dell’amministrazione». Tuttavia, è bene precisare al riguardo, che i giudici non hanno inteso escludere del tutto il risarcimento del danno, bensì limitarlo al solo momento precedente la notifica del ricorso. Si legge, infatti, nella sentenza, che la situazione che si viene a creare «porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell’atto introduttivo del giudizio».

Inoltre, anche a voler prendere in considerazione tale distinzione tra i due tipi di annullamento, l'orientamento – secondo cui, a fronte della ricezione della notifica di impugnazione del provvedimento, l'affidamento dell'aggiudicatario non potrebbe più esser qualificato come ragionevole – suscita comunque (ulteriori) dubbi. In particolare, non è detto che con la semplice notifica di un'azione di impugnazione del provvedimento di cui si è destinatari, la consistenza dell'affidamento riposto nella legittimità di quell'atto si assottigli tanto da diventare irrilevante. La sussistenza dell'affidamento dipenderà dalla fondatezza del ricorso e dalla successiva decisione nel merito: del resto ben potrebbe l'aggiudicatario confidare nella legittimità dell'atto e, in corso di giudizio sull'annullamento, difendere la propria posizione<sup>85</sup>.

Da ultimo, non può esser ignorato il fatto che la differenza tra i due tipi di annullamento si riverbera sulla determinazione del *quantum* risarcitorio. Sul punto, nessuna specifica indicazione giunge dalla dottrina o dalla giurisprudenza e l'Adunanza Plenaria n. 21/2021 si limita a precisare che, come noto, trattandosi di responsabilità precontrattuale, il risarcimento deve corrispondere all'interesse negativo, senza indicazioni ulteriori che guidino l'interprete<sup>86</sup>.

Sorge allora il quesito su quali siano i criteri di quantificazione del danno nell'ipotesi in commento, in cui si deve tener conto di un affidamento esteso solo per un tempo "limitato": sembra emergere che la differenza, in caso di annullamento giudiziale, debba riguardare solo l'aspetto quantitativo dell'affidamento, che, qualitativamente, assume la medesima rilevanza.

Alla luce di ciò, stabilire che l'affidamento cessi di essere legittimo al momento della notifica del ricorso equivale ad accorciare il periodo di tempo entro cui può essere accertato il danno: pertanto, l'elemento del lucro cessante dovrà essere calibrato su questo dato, a differenza del danno emergente, che resta invece invariato. Con riguardo a quest'ultimo, infatti, esso ammonterà in ogni caso alle spese sostenute per condurre le trattative, poi rivelatesi inutili; diversamente, per stabilire la somma dovuta a titolo di lucro cessante, si dovrà tenere conto del mancato guadagno subito dal privato per aver *medio tempore* rinunciato ad ulteriori trattative, in quanto impegnato in quella oggetto della controversia (poi rivelatasi inutile). In tal caso, il danno sarà però determinato tenendo conto del *solo* periodo intercorrente tra l'aggiudicazione e la notifica del ricorso.

---

<sup>85</sup> Con riguardo ai rapporti tra le varie tipologie di annullamento, attenta dottrina peraltro nota che, come la notifica nell'annullamento giurisdizionale, così la comunicazione di avvio del procedimento all'interno dell'annullamento d'ufficio dovrebbe escludere la buona fede del privato, ma così opinando, la tutela del privato si ridurrebbe in maniera consistente, arrestando quel cammino che, invece, da anni è stato intrapreso, non solo dalla giurisprudenza ma anche dal legislatore. Si veda, in merito, S. MIRATE, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento della gara di appalto*, cit., 524 ss.; S. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 861.

<sup>86</sup> Si veda nt. 51.

In conclusione, il ragionamento, condotto dalla tesi criticata, non convince a pieno in quanto, in primo luogo, si limita a traslare l'istituto della precontrattuale dal privato al pubblico, senza notare che la fattispecie in oggetto non è perfettamente sovrapponibile a quella di una trattativa tra privati. In secondo luogo, utilizza il medesimo istituto dell'affidamento come premessa sia per accordare al privato maggiori tutele nei confronti del comportamento dell'amministrazione, sia per limitare quelle stesse tutele, a seconda della scelta di un terzo controinteressato di impugnare l'aggiudicazione o, in alternativa, dell'amministrazione stessa di annullare d'ufficio il proprio atto.

In altre parole, tramite un'applicazione formalistica della norma, si suggerisce che la notifica del ricorso debba minare la fiducia riposta dal privato nella legittimità dell'aggiudicazione. Tuttavia, a ben guardare, il privato ha ben riposto la sua fiducia nella legittimità dell'azione amministrativa, in quanto non avrebbe avuto motivo di dubitarne: sembra difficile affermare che egli sia tenuto a conoscere l'intera gamma di norme che disciplinano il procedimento precedente all'aggiudicazione<sup>87</sup>.

Con questo non si vuole dire che l'applicazione di canoni privatistici sia lecita solo nella misura in cui vada incontro alle necessità del privato, e vietata quando, invece, il privato non ne tragga dei vantaggi. Al contrario, si vuole stimolare la riflessione sulla necessità che tali istituti non vengano applicati in modo meccanico e senza che sia indagata la *ratio* sottesa.

---

<sup>87</sup> A questo proposito, viene in rilievo il tema della conoscibilità di norme imperative quali quelle che popolano, per lo più la materia amministrativa. A parere di un orientamento giurisprudenziale, non incorre in responsabilità precontrattuale la parte che non comunichi all'altra una causa di invalidità derivante dalla violazione di una norma imperativa in quanto si presume che questa debba essere universalmente riconosciuta dai consociati con la conseguenza che l'ignoranza avrebbe ben potuto essere superata adottando un comportamento di normale diligenza. Di diverso avviso è parte della dottrina che, con atteggiamento meno severo dà spazio all'ignoranza incolpevole, peraltro, pacificamente ammessa in ambito penalistico. In merito, si veda: M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Milano, a cura di M. FRANZONI, 2010, 1241 il quale fa notare che, sposando l'orientamento più severo «non sarebbe facilmente spiegabile la rilevanza dell'errore di diritto, secondo l'art. 1429, n.4 c.c. e la ragione per cui questo vizio non è in contrasto con il principio dell'*ignorantia legis non excusat*»; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 878; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 294; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit. 141: afferma l'A. che la «generalizzazione appare inattendibile data la possibilità che la conoscenza della legge richieda una specifica competenza tecnica, propria di una sola delle parti»; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1271, «non sembra più condivisibile, perché viziata da ingiustificato apriorismo, la diffusa statuizione giurisprudenziale che perentoriamente esclude l'invocabilità del disposto dell'art. 1338 c.c. quando l'invalidità del contratto sia conseguenza della violazione di norme imperative». D'altro canto, nella prima parte della pronuncia, è la stessa Cons. stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit., ad ammettere che l'affidamento sia legittimamente sorto: ma se così è non si vede perché lo stesso debba, in un secondo momento, considerarsi «colpevole» in seguito al ricorso di un terzo.

## 6. La posizione giuridica soggettiva del privato. Il problema della giurisdizione.

La presenza di profili di diritto sia civile sia amministrativo all'interno della contrattazione pubblica genera non pochi problemi in punto di giurisdizione, quando cioè si tratti di scegliere se la cognizione della vicenda spetti al giudice amministrativo o al giudice ordinario.

Come noto, la giurisdizione in Italia è improntata ad un doppio sistema<sup>88</sup>, che vede da un lato il giudice ordinario al quale, in via generale, è affidata la tutela dei diritti soggettivi, dall'altro il giudice amministrativo il quale, invece, tendenzialmente, avrebbe giurisdizione sulla tutela degli interessi legittimi.

Ebbene, la distinzione tra le due giurisdizioni è, però, solo tendenziale in quanto, come noto, spetta al giudice amministrativo anche una giurisdizione speciale (c.d. giurisdizione esclusiva), in cui, in via eccezionale, allo stesso è accordato il potere di conoscere anche dei diritti soggettivi. Si tratta, più precisamente, di un modello in cui il legislatore consente al g.a. di pronunciarsi su determinate materie, a prescindere che nel caso di specie si sia in presenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. La scelta legislativa si giustifica in quanto, in tali ambiti, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi è difficile da tracciare: il legislatore, onde evitare di rendere difficoltosa la tutela giurisdizionale per il privato, assegna la giurisdizione ad un unico giudice<sup>89</sup>.

Da ciò deriva che, davanti ad una posizione di diritto soggettivo, per le materie speciali – di cui all'art. 133 c.p.a. – la questione potrebbe essere devoluta al giudice amministrativo: è il caso dei contratti pubblici, visto che la lett. e) della stessa norma fa espressamente riferimento alle controversie relative alle procedure di aggiudicazione<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 315 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

<sup>89</sup> L'art. 103 Cost. stabilisce, infatti che «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». Si veda, in merito, R. GAROFOLI, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche, Il nuovo processo amministrativo*, a cura di A. CAVALLARI et. AL., Napoli, 2011, 115; F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002. Si tratta dunque, di una giurisdizione affidata, non sulla base della dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo, bensì sulla scorta del criterio della materia. A titolo esemplificativo, si pensi alla materia dei servizi pubblici, a quella urbanistica oppure a quella ambientale.

<sup>90</sup> In particolare, la lett. e recita «relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie [...]». Peraltro, sembra opportuno precisare che l'ambito di applicazione dell'art. 133 c.p.a. lett. e è escluso nel caso di contratti attivi, pertanto, rispetto a questi, il problema relativo alla giurisdizione deve essere affrontato utilizzando il tradizionale criterio imperniato sulle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo o diritto soggettivo. In proposito, si definiscono contratti attivi quelli che danno luogo ad un'entrata per la p.a., a differenza dei contratti passivi che, invece, producono una spesa. Ai sensi dell'art. 4 D.lgs. 18 aprile 2016, n.50 (Codice degli appalti) questi ultimi sono esclusi dalla disciplina sull'evidenza pubblica e, tuttavia, devono sottostare ai principi che regolano l'attività amministrativa, come, per esempio, i principi di economicità, efficacia, imparzialità.

Tuttavia, perché questo possa avvenire, e dunque, perché possa radicarsi la cognizione in capo al giudice amministrativo anche in presenza di diritti soggettivi, è necessario che si tratti di atti, provvedimenti, accordi o comportamenti posti in essere dall'amministrazione pubblica che siano *anche mediatamente* riconducibili all'esercizio del potere, come previsto dall'art. 7 c.p.a.<sup>91</sup>.

Invero, se nell'emanazione di un provvedimento, oppure nella conclusione di un accordo di cui all'art. 11 L. 241/90, è facile individuare un atto di esercizio del potere, non altrettanto può dirsi laddove venga in rilievo un comportamento dell'amministrazione, considerato che, in quest'ultimo caso, non è presente un atto unilaterale formalmente amministrativo.

Alla luce di tale premessa, ai fini della corretta individuazione del giudice deputato a decidere, il ragionamento dovrebbe svilupparsi attorno a due quesiti: in primo luogo, se, nelle ipotesi fino ad ora analizzate di responsabilità precontrattuale sorta in capo alla p.a., si sia in presenza di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo; in secondo luogo, quale sia il significato da attribuire all'espressione, di cui all'art. 7 c.p.a., laddove si dice «anche mediatamente riconducibili all'esercizio del potere». La soluzione data ad entrambe le questioni aiuta, ancora una volta, a definire lo stato di avanzamento dell'evoluzione del rapporto tra amministrazione e privato.

Con riguardo al primo quesito, le ricostruzioni offerte dalla dottrina sono state molteplici: a parere di qualcuno, la lesione dell'affidamento del privato, in seguito ad annullamento del provvedimento di aggiudicazione, integrerebbe un'ipotesi di lesione di un interesse legittimo in quanto «la lesione di un interesse legittimo si configura non solo quando l'amministrazione neghi illegittimamente un provvedimento favorevole, ma anche quando rilasci al cittadino illegittimamente un provvedimento favorevole»<sup>92</sup>. Altri autori – seppur concordando sulla presenza di un interesse legittimo – ritengono che, quando il privato agisce lamentando la *culpa in contrahendo* dell'amministrazione, costui in verità farebbe valere, indirettamente, la pretesa ad ottenere il bene della vita che gli sarebbe stato ingiustamente tolto con l'annullamento del provvedimento<sup>93</sup>.

Tuttavia, in merito, sarebbe da preferire la tesi secondo la quale con la responsabilità precontrattuale, il privato mira a ricevere la tutela di un diritto soggettivo dal momento che, come

---

<sup>91</sup> L'art. 7 c.p.a. recita alla prima parte del comma 1: «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. [...]» perché corsivo?

<sup>92</sup> Si veda, in merito, A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, 2387 ss.

<sup>93</sup> Tra questi, S. R. MASERA, *op. cit.*, 915, che afferma che «se la posizione giuridica di un privato a fronte di un procedimento amministrativo che lo interessa ha la consistenza di interesse legittimo, il giudice che deve conoscere della lesione di questa situazione giuridica è quello amministrativo, in base all'art. 103 Cost.». *Contra* S. SALVAGO, *op. cit.*, 2770 ss. e R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 413 ss., secondo cui si tratta di diritti soggettivi.

visto, la *culpa in contrahendo* è posta a tutela del diritto all'autodeterminazione negoziale<sup>94</sup>. D'altra parte – e in risposta alle tesi che ravvisano nella fattispecie un interesse legittimo – se che con l'attivazione del rimedio non si intende contestare l'esercizio del potere, sarebbe illogico affermare che il privato faccia valere la sua pretesa ad ottenere un provvedimento valido. Allo stesso modo, il privato che agisca contro la condotta scorretta dell'amministrazione non intende ottenere il bene della vita di cui è stato privato (o che non ha ottenuto), bensì mira a farsi risarcire per le scorrettezze subite.

Ciò posto, su un diverso piano si colloca l'individuazione del giudice a cui affidare la cognizione: su tale questione già nel 2011, con tre ordinanze gemelle, le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno preso posizione, stabilendo che la giurisdizione spettasse al giudice ordinario, proprio valorizzando la centralità dell'elemento comportamentale dell'amministrazione e l'irrelevanza del provvedimento come espressione del potere<sup>95</sup>. Secondo tale orientamento, nelle ipotesi in cui un provvedimento favorevole ma illegittimo venga successivamente (giustamente) annullato, verrebbe in rilievo un mero comportamento dell'amministrazione, non sufficiente a incardinare la conoscenza della questione davanti al giudice amministrativo (in quanto la lesione non deriva da un esercizio illegittimo del potere)<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> R. CAPONIGRO, *op. cit.*, 413 ss., il quale nota che «Infatti, il provvedimento amministrativo illegittimo, con cui è stata rilasciata la concessione edilizia o aggiudicato l'appalto, a fronte del quale sussiste una posizione di interesse legittimo (pretensivo), è favorevole al danneggiato e non può quindi determinare alcun danno nella sua sfera giuridica; il provvedimento di annullamento d'ufficio [...] a fronte del quale parimenti sussiste una posizione di interesse legittimo (oppositivo), è legittimo in quanto la relativa impugnazione giurisdizionale è stata respinta, sicché il danno provocato non è ingiusto e non è risarcibile»; in tal senso, anche S. SALVAGO, *op. cit.*, 2770 ss. e L. D'ANGELO, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011, 10, 2321.

<sup>95</sup> Il caso che qui interessa è quello dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, giova precisare che le Sezioni Unite si sono altresì pronunciate anche sul caso di annullamento di provvedimento al di fuori della procedura ad evidenza pubblica. Si tratta di Cass. civ., sez. un., ord. nn. 6594, 6595, 6596, cit.: in particolare, la sentenza n. 6595 afferma che «Il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa [...] è che il danno di cui si chiede il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo [...] In altri termini, perché possa affermarsi la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad una domanda di danni è necessario che la *causa petendi* dell'azione di danno, tanto se introdotta contestualmente all'azione demolitoria, quanto nel caso in cui venga introdotta successivamente, sia la illegittimità dell'agire della pubblica amministrazione». Sul punto, vd. altresì la nota di R. CAPONIGRO, *op. cit.*, 413 ss.

<sup>96</sup> Per mero comportamento si intende quello tenuto dall'amministrazione che non implica atti di esercizio del potere pubblico. Questo si distingue dal comportamento amministrativo che, invece, implica l'esercizio di un potere. In particolare, con quest'ultima espressione, ci si riferisce alla locuzione dell'art. 7 c.p.a il quale accorda al g.a. la giurisdizione sui «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere». Come si avrà modo di notare, se, in linea teorica, distinguere tra le due nozioni è semplice, meno semplice è individuare quali siano le fattispecie concrete rientranti nella prima o nella seconda. L'analisi, al riguardo, riveste un ruolo fondamentale perché la collocazione di una certa fattispecie nell'una o nell'altra categoria è il presupposto logico da cui partire al fine di individuare il giudice competente. Si veda, in merito: A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, cit., 815; R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. e app.*, 3, 2021, 315 ss. Si veda anche Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, cit., la quale ha classificato come mero

In effetti, se si assume, come fin qui fatto, che il giudizio in merito al risarcimento del danno debba prescindere dall'indagine sulla validità dell'eventuale provvedimento posto in essere, come ad esempio un'aggiudicazione o un bando di gara poi ritirati, viene spontaneo affermare la competenza del giudice ordinario<sup>97</sup>. In altre parole, a parere di questa giurisprudenza, si sarebbe in presenza di un *mero* comportamento dell'amministrazione, in nulla collegato all'esercizio del potere. Pertanto, il provvedimento favorevole, legittimamente annullato, non rilevarebbe più nella vicenda come espressione del potere, bensì sarebbe un semplice elemento che va a comporre il fatto lesivo di cui il privato si duole<sup>98</sup>.

Più precisamente, la tesi in parola afferma la giurisdizione del g.o. tramite un ragionamento per esclusione: l'azione risarcitoria davanti al g.a. per lesione di un diritto soggettivo è ammessa solo laddove il danno sia derivato dall'esercizio del potere o da un comportamento riconducibile all'esercizio del potere. Tuttavia, considerato che in queste ipotesi l'annullamento del precedente – favorevole – provvedimento è legittimo, il danno patito non trova causa nell'esercizio del potere (in quanto la p.a. ha correttamente esercitato il proprio potere di annullamento) e dunque, l'azione risarcitoria non può essere esperita davanti al g.a. dal momento che mancherebbe uno dei requisiti fondamentali per rivolgersi a quest'ultimo. In altri termini, ad avviso di questa ricostruzione, sebbene l'art. 133 lett. e n. 1 affidi la giurisdizione in materia al g.a., non si versa in ipotesi di esercizio del potere ai sensi dell'art. 7 c.p.a. Di conseguenza, l'azione risarcitoria dovrebbe essere esperita davanti al g.o.<sup>99</sup>, dal momento che il danno al privato non discende dal provvedimento di annullamento in quanto espressione del potere, bensì dal precedente comportamento tenuto dalla p.a.

---

comportamento quello della p.a. che a fronte della (concordata) istanza del privato era rimasta del tutto inerte non adottando alcun comportamento.

<sup>97</sup> In merito, si vedano anche Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Riv. giur. ed.*, 2015, I, 1059 ss., con nota di M. SINISI, *Annullamento della concessione per la realizzazione e gestione di un porto turistico*, e in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547, con nota di C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, Cass. civ., sez. un., ord., 22 maggio 2017, n. 12799, e Cass., sez. un., ord., 23 gennaio 2018, n. 1654 e Cass., sez. un., ord., 29 gennaio 2019, n. 4889, queste ultime in *Banca dati DeJure*, all'interno delle quali ricorre l'affermazione per cui, la controversia relativa alla lesione dell'affidamento di un privato che abbia visto (sebbene) legittimamente annullare un atto a sé favorevole, debba essere affidata al g.o. in quanto ha ad oggetto un diritto soggettivo.

In tal senso, si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit.: l'A. concorda nell'affidare la giurisdizione in materia al giudice ordinario in quanto «sicuramente più esperto, di quello amministrativo, nel determinare l'area del danno risarcibile in situazioni che, come si è visto, "mimano" in maniera significativa ipotesi di responsabilità precontrattuale».

<sup>98</sup> Si veda, in merito, S. SALVAGO, *op. cit.*, 2770 ss., il quale nota che il danno richiesto «oggettivamente prescinde da valutazioni sull'esercizio del potere pubblico», e si fonda invece su generali doveri di comportamento.

<sup>99</sup> Afferma L. D'ANGELO, *op. cit.*, 2321 che «se non v'è insomma un contrasto tra il privato e la pubblica amministrazione generato come normalmente accade da un atto autoritativo restrittivo/sfavorevole per il destinatario, viene a mancare il presupposto contemplato dalle disposizioni costituzionali per una attribuzione di giurisdizione al giudice amministrativo ovvero la sussistenza di una posizione soggettiva che contrasta l'esercizio di potere precettivo assunto come lesivo».

Tuttavia, la tesi in parola non tiene in debita considerazione il dato normativo di cui all'art. 7 c.p.a., il quale ricorre alla giurisdizione esclusiva quando il comportamento sia collegato all'esercizio del potere<sup>100</sup>.

Non si mette in dubbio che, con la *culpa in contrahendo*, l'attenzione sia rivolta al comportamento ma, al contempo, tale comportamento non è mero<sup>101</sup> e, anzi, esso è *qualificato* dalla sua contestualità all'esercizio del potere. In altre parole, il fatto che il comportamento dell'amministrazione sia posto in essere *durante* un procedimento, e, per la precisione un procedimento di evidenza pubblica, aggiunge al medesimo una caratteristica sufficiente a spostare la giurisdizione, che di norma sarebbe attribuita al g.o., davanti al giudice amministrativo<sup>102</sup>.

Detto altrimenti, perché si incardini la giurisdizione davanti al g.a. non è necessario che ci sia un diretto rapporto di causalità tra il provvedimento e il danno lamentato dal privato. Piuttosto, è richiesto che il comportamento sia tenuto nell'ambito dell'esercizio dell'attività autoritativa, che sia cioè un *comportamento amministrativo*<sup>103</sup>. D'altra parte, ad accogliere la ricostruzione criticata, l'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. si ridurrebbe ai soli casi in cui è stato posto in essere un provvedimento lesivo di un interesse legittimo ovvero un provvedimento sfavorevole<sup>104</sup>, nelle particolari materie di cui all'art. 103 Cost.<sup>105</sup>. Infatti, ad avviso di tale ricostruzione, solo la presenza di un provvedimento potrebbe incardinare la giurisdizione esclusiva, segnando il *discrimen* tra

---

<sup>100</sup> Si veda, in merito, Cass., sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454, in *Banca dati DeJure*, in cui si legge: «la giurisdizione esclusiva prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative ad interessi legittimi della fase pubblicistica, sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase predetta, realizzandosi quella situazione d'interferenza tra diritti ed interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo, riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto». Secondo Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, cit., la giurisdizione appartiene al g.a.: «deve quindi essere affermata la giurisdizione amministrativa, poiché anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura».

<sup>101</sup> Dell'espressione «mero comportamento» fa utilizzo Cass. civ., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., al fine di riferirsi al comportamento della p.a. avulso dall'esercizio di un potere.

<sup>102</sup> In merito, V. LOPILATO, *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1, 2021. L'A. afferma che «in ragione dell'ambientazione pubblicistica della condotta, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo».

<sup>103</sup> A questo proposito, c'è chi ha sostenuto che il «comportamento amministrativo» sia solo quello riconducibile all'esercizio di un potere «lesivo» non anche quello riconducibile al potere «ampliativo/favorevole», come avvenuto nelle ipotesi in analisi. Tuttavia, tale ricostruzione non sembra convincente in primo luogo perché non ha alcun fondamento normativo e, in secondo luogo, perché il criterio potrebbe condurre a soluzioni ambigue e incerte considerato che non è semplice distinguere tra provvedimenti favorevoli e provvedimenti sfavorevoli. Si veda, in merito, L. D'ANGELO, *op. cit.*, 2321.

<sup>104</sup> Si pensi al caso in cui l'amministrazione abbia rigettato una richiesta legittima avanzata dal privato oppure abbia emanato un provvedimento ablativo, quindi restrittivo della sfera giuridica del privato.

<sup>105</sup> Cioè, si ridurrebbe ai casi in cui ci sia un diretto contrasto tra amministrazione e privato e dunque, solo nel caso di atti amministrativi restrittivi.

comportamento amministrativo e mero. Vieppiù, si priverebbe di utilità l'art. 7 c.p.a. comma 1 il quale, invece, affida alla giurisdizione amministrativa anche i comportamenti cosiddetti "amministrativi". D'altra parte, la tutela risarcitoria, nei casi di lesione per mezzo di un provvedimento, è già ammessa tramite l'azione di condanna al risarcimento del danno per la lesione di un interesse legittimo, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, e tanto per la semplice ragione che nel rapporto amministrativo, come noto, la posizione opposta al potere è, appunto, l'interesse legittimo. Dunque, a nulla servirebbe prevedere la giurisdizione esclusiva nelle medesime ipotesi.

Si intende dire che legare l'azione risarcitoria al solo caso in cui il danno provenga da un provvedimento non consente di delimitare lo spazio del "comportamento amministrativo", rilevante ai fini dell'applicazione della giurisdizione esclusiva. Da una simile lettura discende una netta (ma non condivisibile) alternativa: o il danno proviene da un provvedimento amministrativo e allora non rileva il comportamento e c'è lesione di un interesse legittimo, con conseguente instaurazione della giurisdizione generale di legittimità del g.a. (e allora, non c'è bisogno di tirare in causa la giurisdizione esclusiva); oppure il danno deriva da un comportamento e allora c'è lesione del diritto soggettivo, come tale tutelabile davanti al g.o.<sup>106</sup>. *Tertium non datur*.

Difendere questa posizione potrebbe diventare più ostico laddove l'ipotesi considerata sia quella in cui il provvedimento manchi del tutto<sup>107</sup>. In tal caso, infatti, sebbene, sembri lampante l'assenza di qualsiasi legame tra comportamento ed esercizio del potere<sup>108</sup>, l'ipotesi consente di osservare come si contesta l'agire provvedimentale nel suo complesso<sup>109</sup>, dal momento che, in ogni caso, la gara è iniziata con un atto formalmente amministrativo – a prescindere che ciò avvenga con un bando di gara o mediante un invito a presentare delle offerte – e che, quindi, l'amministrazione sta agendo come autorità e non come privato. In sostanza, l'assenza di un provvedimento potrebbe rappresentare essa stessa esercizio – deviato – di un potere.

Ad avvalorare tale tesi si aggiunge l'osservazione riguardante, ancora una volta, il dato letterale dell'art. 7 c.p.a. che, nell'indicare il criterio di ripartizione, oggi accolto, stabilisce che alla

---

<sup>106</sup> Inoltre, come si è detto, trattando del rapporto tra azione risarcitoria e azione demolitoria, la tesi criticata è passibile di un ulteriore rilievo dal momento che ammettere la tutela risarcitoria solo in seguito ad una precedente pronuncia di demolizione del provvedimento, snatura il concetto di autonomia dell'azione risarcitoria e, in ultima analisi, lede il principio di effettività della tutela davanti al g.a.

<sup>107</sup> Si veda nt. 54.

<sup>108</sup> In particolare, a questo riguardo, particolarmente interessante è la Cass. civ., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit. la quale, prendendo a riferimento le ordinanze gemelle del 2011 (Cass., sez. un., ord., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, cit.), afferma che la giurisdizione del g.o. debba essere riconosciuta a maggior ragione quando nessun provvedimento viene posto in essere, dal momento che in tale ipotesi manca l'esercizio del potere che possa giustificare la giurisdizione del g.a.

<sup>109</sup> Per la giurisprudenza in merito, si guardi nt. 57.

giurisdizione esclusiva può essere affidata la tutela dei diritti soggettivi non solo in caso di esercizio del potere, ma anche in caso di *mancato* esercizio del potere (vale a dire ove si configuri l'ipotesi di inerzia della p.a.).

Quest'ultima tesi, per la verità, si potrebbe esporre ad un'ulteriore critica ben riassunta in una frase della nota sentenza Corte Cost. 204/2004 con cui la stessa lascia intendere che non sembra coerente dare ancora rilevanza al giudice amministrativo all'interno di un clima orientato a scardinare il privilegio dell'amministrazione<sup>110</sup>, sottolineando la «irragionevolezza della scelta legislativa di esaltare il ruolo del giudice amministrativo nel momento in cui al cd. modello autoritativo dei rapporti cittadino-pubblica amministrazione viene sempre più sostituito il cd. modello negoziale».

Ebbene, nonostante tale osservazione sia condivisibile anche alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente e nei precedenti paragrafi, essa non è dirimente.

In primo luogo, occorre ricordare che l'esistenza della giurisdizione esclusiva è giustificata dall'intento di facilitare la tutela del privato il quale, in alcune materie stabilite dalla legge tra cui i contratti pubblici, può adire il medesimo giudice – quello amministrativo – quando sarebbe difficile distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

In secondo luogo, con riguardo alla tutela del privato, si ricorda che riconoscere la giurisdizione del g.a. non significa privare il cittadino delle tutele che, invece, gli sarebbero assicurate davanti al g.o. Tale affermazione si giustifica sulla base di due ragioni, legate al processo amministrativo: con riguardo alla prima, all'interno della giurisdizione esclusiva il g.a. che si pronuncia sui diritti soggettivi è tenuto ad esercitare tutti i poteri che spetterebbero al g.o., esattamente al fine di non compromettere la posizione del privato e per non frustrare l'obiettivo perseguito con l'introduzione della giurisdizione esclusiva stessa. La seconda ragione risiede nel processo evolutivo del processo amministrativo, brevemente delineato nel capitolo precedente<sup>111</sup>. A tal proposito, per quanto concettualmente la giurisdizione amministrativa richiami l'idea di un giudice per così dire “speciale”, preordinato a pronunciarsi sull'esercizio del potere in modo da lasciare intatte le prerogative del soggetto pubblico, è bene sottolineare come *medio tempore* il panorama normativo sia cambiato in quanto oggigiorno il codice del 2010 delinea un processo improntato ai principi di effettività e pienezza della tutela del privato grazie all'accoglimento del principio di atipicità delle azioni<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, cit. Per la verità, questa è una concezione che ha fonte risalente nel tempo: nell'Ottocento con il celebre *arrêt Blanco*, il giudice francese, davanti ad un atto illecito dell'amministrazione, decise che la giurisdizione appartenesse al giudice amministrativo in quanto l'amministrazione, anche quando non agisce attraverso moduli autoritativi non perde la propria primazia il cui corollario principale sarebbe proprio la sottoposizione ad una giurisdizione speciale. Si veda, in merito, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, cit., 806.

<sup>111</sup> Vedi Cap. 1, par. 4.

<sup>112</sup> Il codice del processo amministrativo, introdotto nel 2010, ha cristallizzato il principio di pluralità delle azioni a tutela dell'interesse legittimo, in passato, considerato tutelabile solo tramite l'azione di annullamento; inoltre, la giurisprudenza

In considerazione di ciò, sorge il dubbio che quello della giurisdizione sia un falso problema, o meglio, una questione che abbia valenza per lo più teorica. In effetti, il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, e la progressiva affermazione di un'amministrazione sempre più responsabile, nonché l'evoluzione del processo amministrativo, fanno dell'interesse legittimo una situazione ampiamente tutelata. Questa considerazione ci spinge a dubitare della reale utilità del dibattito dal momento che, a prescindere dalla posizione giuridica soggettiva che viene in rilievo, il privato è ugualmente tutelato; ciò, a maggior ragione, se la giurisdizione viene attribuita al giudice amministrativo nella sua forma esclusiva visto che, come detto, in tale caso il g.a. dovrà atteggiarsi a giudice ordinario per garantire, al diritto soggettivo, la medesima tutela che riceverebbe davanti al secondo giudice.

## 7. Considerazioni conclusive.

Il tema della responsabilità precontrattuale e, più in generale, dell'affidamento, all'interno della contrattazione pubblica, solleva interrogativi che investono l'intero rapporto pubblico e mettono in discussione le tradizionali teorie ancora legate all'idea di una relazione verticale in cui l'amministrazione ricopre un ruolo di privilegio<sup>113</sup>.

L'applicazione della *culpa in contrahendo* alla fase pubblicistica rappresenta uno dei molteplici segnali provenienti dalle pronunce della giurisprudenza dell'ultimo decennio (o poco più) e dalle scelte legislative, che impongono di ripensare la relazione tra privato e pubblico in un'ottica maggiormente orientata al dialogo e alla collaborazione, in cui gli interessi del privato possano ricevere adeguata tutela.

L'analisi svolta in queste pagine conduce a riflettere sul procedimento di estensione di alcune forme di responsabilità in capo all'amministrazione pubblica. In tale ottica, una prima considerazione riguarda la capacità del diritto privato di adattarsi ad un ambito che, tradizionalmente, non gli appartiene, quello del diritto pubblico. Ad un primo sguardo, si potrebbe affermare che il diritto privato trovi applicazione senza, per ciò, vedere modificati i suoi connotati. A conforto di tale tesi, è possibile soffermarsi sulla natura del contratto derivante dalla contrattazione pubblicistica: la

---

si è ripetutamente pronunciata a favore del principio di atipicità delle azioni in ambito di giurisdizione ordinaria di legittimità del g.a. In merito, si guardi, Cons. Stato, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 864, con nota di A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*; CASTROVINCI ZENNA, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2017, 146 ss.; cfr. altresì VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.

<sup>113</sup> Sul punto, si noti ad. plen. 23 aprile 2021 n. 7 in *Giur. it.*, con nota di G. D. COMPORTI, *L'Adunanza delle occasioni perse. Responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022, 708 ss: nella pronuncia, i giudici del Consiglio di Stato chiariscono che «la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di 'supremazia'».

precedente fase pubblicistica non modifica la natura del contratto, che rimane un contratto di diritto privato.

D'altra parte, questa considerazione, a ben guardare, solo in parte corrisponde a verità, dal momento che non può non essere tenuta in considerazione la presenza del soggetto pubblico nella relazione con il privato. Il primo condiziona la disciplina applicabile non in quanto tale ma in quanto soggetto portatore di un interesse collettivo cioè come soggetto che svolge un'attività, specificamente prevista dalla legge – quindi sottoposta al principio di legalità – e funzionalizzata al perseguimento di un interesse generale.

Se questo è vero, allora nell'applicazione delle regole di diritto civile all'amministrazione pubblica nell'ambito dello svolgimento della sua attività autoritativa, sembra un poco approssimativo estendere il raggio d'azione degli istituti privatistici senza tenere in debita considerazione la peculiarità del soggetto pubblico.

Detto altrimenti, in ambito precontrattuale, l'opportunità di applicare le regole del codice passa attraverso la valorizzazione del momento pubblicistico. Con questo non si vuole incoraggiare un ritorno alla visione tradizionale di un'amministrazione pubblica privilegiata; al contrario, si ritiene che solo un'attenta analisi dell'evoluzione del rapporto tra privati e p.a. e una conoscenza degli interessi perseguiti dall'amministrazione possa condurre ad una corretta, e – si ritiene – pur sempre necessaria, applicazione delle regole del codice civile.

Da ciò discendono diverse conseguenze: ad esempio, l'applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. non può prescindere dalla percezione unitaria della procedura d'affidamento di contratti pubblici e dall'osservazione per cui ad essere invalido non è il contratto ma un atto (provvedimentale) interno alla fase di trattative, il quale, quindi, si colloca in un momento precedente alla conclusione del contratto che, in effetti, seguirà. Di qui il cortocircuito rispetto all'applicazione dell'art. 1338 c.c. e la preferibile applicazione dell'art. 1337 c.c. con le conseguenze che ne discendono soprattutto in punto di colpa del privato danneggiato<sup>114</sup>.

Tale considerazione acquista maggiore consistenza se si pensa alle nuove forme di responsabilità dell'amministrazione, quali la responsabilità da annullamento di provvedimento e la responsabilità da ritardo. Infatti, sebbene la responsabilità precontrattuale rappresenti un'ottima lente di ingrandimento attraverso la quale analizzare il fenomeno di responsabilizzazione dell'amministrazione pubblica, essa non è l'unico strumento a questi fini. Anche le nuove forme di responsabilità contribuiscono, infatti, a mostrare come l'applicazione di norme privatistiche trovi la sua prima condizione nell'integrazione di dette norme con le logiche pubblicistiche. Così, nel caso di responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole, potrebbe rivelarsi non necessaria

---

<sup>114</sup> V. questo Cap. par. 6.

l'applicazione degli art. 1337 c.c. e ss. e nel caso della responsabilità da ritardo dovrebbe essere valutata attentamente l'opportunità di estendere la tutela del privato agli interessi cosiddetti procedurali.

Dunque, in una prospettiva più ampia, anche tali due istituti, di cui si parlerà diffusamente nel successivo capitolo, offrono l'occasione, da un lato, di indagare ulteriormente la possibilità di applicare istituti di matrice privatistica all'ambito pubblicistico e, dall'altro, di interrogarsi nuovamente sul ruolo dell'interesse del privato all'interno del rapporto pubblico. Sullo sfondo, ancora una volta, si gioca la partita sul labile confine tra diritto privato e diritto pubblico<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> F. GIGLIONI - A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, (a cura di) P. PERLINGIERI, Napoli, 2019, 3 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 3, 1129 ss.; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, cit.

## CAPITOLO III

### LE NUOVE FORME DI RESPONSABILITÀ DELLA P.A. TRA PUBBLICO E PRIVATO

SOMMARIO: 1. **La responsabilità da provvedimento favorevole.** – 2. **La responsabilità da mero ritardo.** – 3. **Le “frontiere mobili” tra diritto pubblico e diritto privato: le influenze pubblicistiche sul diritto privato.** – 4. **Riflessioni finali sulla natura della responsabilità da lesione dell’affidamento della p.a.** – 5. **Privatizzazione del diritto amministrativo o contaminazione reciproca?**

#### 1. La responsabilità da provvedimento favorevole.

Fino ad ora, l’analisi ha avuto ad oggetto l’istituto della responsabilità aquiliana e di quella precontrattuale. In particolare, com’è emerso, la seconda ricopre un ruolo fondamentale nell’economia del nostro ragionamento per due ordini di motivi: è un istituto che consente di osservare da vicino il processo di avvicinamento della p.a. alle ragioni del privato tramite la responsabilizzazione della prima e, allo stesso tempo, apre il dibattito sul tema dell’opportunità di adattare (e di come adattare) le categorie civilistiche all’ambito pubblicistico.

Sebbene l’ambito della responsabilità precontrattuale rivesta un ruolo fondamentale, il processo di responsabilizzazione ha riguardato e riguarda anche nuove forme di responsabilità, che, come quella precontrattuale, trovano il loro fondamento nel principio di affidamento e mostrano, pertanto, una maggiore attenzione alle pretese dei cittadini da parte dell’amministrazione pubblica.

Detto altrimenti, le nuove forme di responsabilità dell’amministrazione pubblica si inseriscono a pieno titolo nel processo di avvicinamento dei due soggetti del rapporto pubblico e contribuiscono a disegnare una nuova immagine di amministrazione. In modo particolare, si tratta della responsabilità da provvedimento favorevole poi annullato e della responsabilità da mero ritardo.

Le due fattispecie condividono la caratteristica di non trovare, almeno *prima facie*, un istituto corrispondente all’interno del codice civile. Tuttavia, allo stesso tempo, entrambe, sebbene in modo differente, fanno uso di principi tradizionalmente appartenenti all’area del diritto civile.

Muovendo dall’istituto della responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole, la figura riguarda il caso in cui l’amministrazione ha emanato un provvedimento favorevole al privato e, in seguito, vista l’illegittimità di tale provvedimento, ha deciso di annullarlo, in autotutela oppure in seguito a declaratoria di illegittimità da parte del giudice amministrativo. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui, su istanza del privato, l’amministrazione emani (erroneamente) un permesso di costruire o un’autorizzazione per compiere un’attività, e il privato, una volta ottenuto quanto chiesto e organizzate le proprie sostanze e il proprio tempo per quell’attività, si veda annullare

il provvedimento perché illegittimo. Una simile figura assume rilevanza in quanto valorizza il ruolo dell'affidamento all'interno della dinamica pubblicistica<sup>1</sup>.

La somiglianza con alcune delle ipotesi di responsabilità precontrattuale<sup>2</sup> – come, ad esempio, il caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione – e il suo legame con il principio di affidamento spiegano perché tale tipologia di responsabilità riveste un ruolo rilevante all'interno del dibattito riguardante l'applicazione di moduli privatistici al diritto pubblico. In merito, il primo elemento di vicinanza con la responsabilità precontrattuale è, com'è facile intuire, la presenza di un procedimento all'interno del quale il privato e la pubblica amministrazione interloquiscono e instaurano una relazione.

Il secondo elemento di vicinanza, intimamente legato al primo, sarebbe proprio quello dell'affidamento, dal momento che, come appena visto, il privato avrebbe riposto fiducia nella legittimità dell'azione amministrativa e tale fiducia sarebbe frustrata dalla successiva caducazione del provvedimento, per opera della stessa amministrazione (annullamento d'ufficio) o in seguito ad intervento giudiziale.

Ciò detto, il riconoscimento di tale responsabilità in capo all'amministrazione ruoterebbe, appunto, attorno all'affidamento e all'importanza dallo stesso assunta, negli ultimi anni, all'interno della dinamica pubblicistica. In altri termini, la giurisprudenza e la dottrina<sup>3</sup> ritengono che possa individuarsi una responsabilità dell'amministrazione che abbia tradito, ancora una volta, la fiducia che il privato aveva riposto nella correttezza dell'azione dell'amministrazione, nonostante la caducazione del provvedimento sia stata giustamente disposta.

In quest'ambito, come per la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, si utilizza nuovamente il principio – pure civilistico<sup>4</sup> – di non interferenza tra regole di condotta e regole di

---

<sup>1</sup> A questo proposito, si noti che, ancora una volta, si tratterebbe di una fattispecie complessa che richiede il concorso dell'illegittimità dell'atto con altri elementi la cui attitudine a fondare la fiducia incolpevole deve essere valutata caso per caso. Si veda, in merito, AL. DI MAJO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 298.

<sup>2</sup> Infatti, come visto nel capitolo precedente, le ipotesi sussumibili sotto la responsabilità precontrattuale sono diverse e non si riducono al solo caso di annullamento dell'aggiudicazione. Si pensi al caso in cui la p.a. dopo aver emanato il bando di gara lo annulli in autotutela perché si rende conto di non avere le risorse finanziarie necessarie. Vedi Cap. 2, par. 3.

<sup>3</sup> Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 173 ss., in *Giustiziacivile.com*, 28 giugno 2022, con nota di A. ILLUMINATI, *La Plenaria sul danno da provvedimento poi annullato: giurisdizione sempre del Giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2021, 1694, in *Foro it.*, 2022, III, 69 ss., e in *Giorn. amm.*, 2022, 345 ss., con nota di G. MANNUCCI, *Una svolta a metà sull'affidamento: la problematica sarà oggetto di successiva analisi (infra, par. 6)*. Si v. altresì Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Banca dati DeJure*. Tra le ipotesi in parola potrebbe rientrare anche quella dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione analizzata nel capitolo precedente. Tuttavia, nonostante la somiglianza, come si vedrà nel proseguo, teniamo distinta questa fattispecie da quella ora in analisi in quanto quest'ultima è estranea all'ambito contrattuale.

<sup>4</sup> Come riconosciuto dalla Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 26724. Si veda V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. Giur.*, 2008, 230

validità, così da affermare che una responsabilità da comportamento illecito può sorgere a prescindere dalle vicende legate all'atto. Se il provvedimento favorevole è stato annullato in quanto illegittimo, il privato non ha diritto a pretendere il bene della vita che gli è stato negato, però può lamentare la lesione del suo diritto soggettivo<sup>5</sup> consistente nell'affidamento, legittimamente sorto circa la stabilità del rapporto amministrativo<sup>6</sup>.

Sulla scorta della somiglianza delle due ipotesi, una ricostruzione affida la disciplina della responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole all'art. 1338 c.c. in quanto, come nella responsabilità precontrattuale da annullamento del provvedimento di aggiudicazione, si sarebbe in presenza di un atto invalido nella cui validità una parte (il privato) ha confidato, a fronte del comportamento dell'altra parte, che avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità – pertanto avrebbe dovuto astenersi dall'emanare l'atto – ma non lo ha fatto<sup>7</sup>. L'unica differenza sarebbe costituita dal fatto che si è davanti ad un provvedimento amministrativo, anziché davanti ad un contratto.

In sostanza, per tale ricostruzione, le due ipotesi sarebbero del tutto assimilabili e gli artt. 1337 e 1338 dovrebbero trovare applicazione anche in questo caso. D'altra parte, a parere di questa tesi, non vi sarebbero differenze sostanziali che impediscano la sovrapposizione tra la fattispecie contrattuale e quella provvedimentale: anche in quest'ultimo caso, infatti, si è in presenza di un atto favorevole poi annullato, perché invalido, nella cui legittimità però il privato ha fatto affidamento.

In altri termini, tale ricostruzione, all'interno della fattispecie descritta dall'art. 1338 c.c., sostituisce l'elemento del contratto con quello del provvedimento ritenendo che il risultato non cambi.

Pur essendo comprensibile l'accostamento (tra provvedimento e contratto) proposta, questa lettura della responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole si espone ad alcuni rilievi critici, legati al contesto in cui la fattispecie si colloca.

A questo proposito, si nota che esiste, in realtà, una fondamentale differenza rispetto all'ambito di azione della responsabilità precontrattuale: l'ipotesi qui analizzata non riguarda il contratto pubblico e quindi non attiene alla procedura di affidamento. Al contrario, ci si trova nel campo del procedimento amministrativo, in generale, e quindi in un ambito interamente pubblicistico.

---

e ss.; E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi*, in *Remedies in Contract*, 2008, 167 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto asimmetrico*, in *Remedies in Contract*, 2008, 207 ss.; S. SICA, *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, 2018, 1935-1936.

<sup>5</sup> Cfr. Cap. 2, par. 6.

<sup>6</sup> G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto*, in *Foro Amm.*, 2016, 2003, il quale ricorda che «il privato non vuole solo il provvedimento favorevole, ma vuole un provvedimento favorevole 'stabile e definitivo', ossia produttivo di tutti gli effetti giuridici ai cui è capace».

<sup>7</sup> Si veda, in merito, Cons. Stato, 29 ottobre 2014, n. 5436, in *Foro Amm.*, 2014, 2560.

Tale differenza, *prima facie*, potrebbe apparire poco significativa, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile e delle regole che presiedono al riconoscimento della responsabilità dell'amministrazione e, di conseguenza, del danno in capo al privato. Di talché, verrebbe spontaneo affermare – come fa la ricostruzione criticata – che la p.a. debba rispondere, ai sensi dell'art. 1338 c.c., per aver leso l'affidamento creato nella legittimità del provvedimento amministrativo, esattamente come avviene nel caso visto prima, di annullamento dell'aggiudicazione.

Però l'automatica assimilazione delle due fattispecie e la conseguente applicazione della medesima disciplina sembra essere un'operazione un poco approssimativa, dal momento che l'ipotesi in parola si pone al di fuori del contesto contrattuale.

In tale ottica, la similitudine, certamente esistente tra le due ipotesi, sembra un argomento un poco debole per poter sradicare un istituto prettamente attinente all'ambito delle trattative volte alla conclusione di un contratto per poi traslarlo, automaticamente, in un ambito pubblicistico in cui manca del tutto una fase di trattative.

Quello che si intende dire è che nell'ipotesi analizzata nel capitolo precedente si trattava solo di stabilire se e come le regole dettate per la responsabilità precontrattuale nell'ambito civilistico fossero applicabili anche ad un contesto ibrido, cioè quello della formazione di un contratto pubblico. Invece, per la responsabilità da annullamento di un provvedimento favorevole, le considerazioni che si pongono sono diverse. Per tale ultima ipotesi, è necessario, in primo luogo, stabilire se delle regole che, per loro natura, sono utilizzate in ambito contrattuale, possano trovare spazio applicativo anche all'interno di un procedimento pubblico non finalizzato alla conclusione di un contratto, bensì all'emanazione di un provvedimento (favorevole al privato) come, ad esempio, un permesso di costruire oppure un'autorizzazione ad iniziare una certa attività.

Porsi una simile domanda aiuta ad evitare il rischio di applicare specifiche regole privatistiche al diritto pubblico senza interrogarsi a fondo sull'opportunità di tale slittamento, sulla base della mera somiglianza tra le ipotesi.

A questo proposito, sembra maggiormente condivisibile la tesi secondo la quale la responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole non può essere completamente assimilata a quella precontrattuale, in quanto non è finalizzata alla conclusione di un contratto<sup>8</sup>.

Con tale considerazione non si intende negare la responsabilità dell'amministrazione che abbia emanato un atto favorevole ma illegittimo per poi annullarlo, né si vuole frustrare l'affidamento di un privato che, in un primo momento, si è visto riconoscere la pretesa cui aspirava per poi vederla negata. Al contrario, nonostante l'aspettativa del privato, come nell'ipotesi vista nel precedente

---

<sup>8</sup> Sostenuta da A. NICOLUSSI- F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021,

capitolo, vada tutelata, occorre una riflessione più approfondita circa le modalità di tale tutela. Pertanto, sembra da preferire una ricostruzione diversa da quella che assimila *in toto* le due fattispecie.

In particolare, come accennato, si deve notare come le due ipotesi si assomiglino, appunto, senza essere perfettamente uguali: sebbene anche la fase pubblicistica della contrattazione pubblica, come visto, si risolve in un procedimento amministrativo governato dalle regole pubblicistiche e preordinato all'emanazione di un provvedimento, il fine ultimo è in realtà quello di concludere un contratto di natura privatistica, diversamente da quanto avviene nell'ipotesi di annullamento di un provvedimento favorevole (diverso dall'aggiudicazione). In tale ultimo caso «si deve tenere in considerazione il fatto che la p.a. adotta un provvedimento unilaterale e non un contratto»<sup>9</sup>.

Questa caratteristica non è priva di conseguenze: per prima cosa, all'interno della procedura ad evidenza pubblica, di norma è la p.a. che manifesta la necessità di aggiudicare una procedura e dunque di concludere un contratto con un atto iniziale quale il bando di gara. In tale contesto il privato presenta la propria offerta, su impulso della p.a. In secondo luogo, nonostante si passi attraverso una fase procedimentale, essendo il fine ultimo quello della stipula del contratto, la posizione del privato e quella dell'amministrazione necessitano di trovare un equilibrio. In altri termini, come detto, si pongono in essere delle vere e proprie trattative.

Al contrario, all'interno di una procedura volta all'ottenimento di un provvedimento favorevole in generale, l'impulso trova fonte nella volontà del privato, il quale si rivolge all'amministrazione per vedere soddisfatta la sua pretesa. Sarà poi l'amministrazione a decidere l'esito del procedimento a seconda della valutazione circa il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Con questo non si vuole dire che non ci sia alcuna forma di dialogo tra amministrazione e privato, nel senso che non si nega che la legge sul procedimento amministrativo prescriva degli obblighi di partecipazione del privato al procedimento e, tuttavia, tale partecipazione non può essere assimilata a delle trattative.

Infatti, l'interesse che viene in gioco, in questo caso, è quello del privato che potrà essere soddisfatto solo ove non entri in contrasto con l'interesse pubblico.

Inoltre, la ricostruzione che applica l'art. 1338 c.c. al caso della responsabilità da annullamento di un provvedimento favorevole si espone ad un'ulteriore considerazione critica: il provvedimento di aggiudicazione è una *species* della categoria del provvedimento e la procedura preordinata alla sua emanazione pure rappresenta un tipo della categoria generale dei procedimenti. Ma se questo è vero, allora, sotto il profilo del metodo, non è corretto estendere la disciplina di una fattispecie speciale a

---

<sup>9</sup> Così, A. NICOLUSSI- F. ZECCHIN, *op. cit.*, 827. Tale affermazione implica che, in capo all'amministrazione non incombe un vero e proprio obbligo di concludere un contratto: obbligo, ad avviso degli Autori, che «ove si applicassero le regole civili generali, implicherebbe addirittura la tutela del 2932 c.c.».

quella generale. Il ragionamento dovrebbe svilupparsi, infatti, nel senso inverso, e dovrebbe riguardare, in primo luogo, l'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie generale e solo in un secondo momento le possibili eccezioni e la disciplina ad esse estendibile.

Pertanto, la trasposizione delle regole dettate in tema di responsabilità precontrattuale al procedimento amministrativo necessita di una riflessione più accurata e che tenga conto di tali differenze.

Alla medesima conclusione conduce anche un'altra considerazione: se, come visto, il principio di buona fede e correttezza è entrato a far parte della dinamica pubblicistica, come espressamente previsto dal legislatore con l'ultima riforma della legge sul procedimento<sup>10</sup>, allora, non è necessario fare riferimento ad una specifica disciplina privatistica, a maggior ragione se questa si occupa di un contesto differente.

In sostanza, se lo scopo principale è quello di applicare il principio di buona fede anche all'interno di un ambito diverso da quello delle negoziazioni, è superfluo estrapolare la regola dall'ambito specifico delle trattative, dal momento che la buona fede è ritenuto un principio generale, peraltro condiviso anche all'interno del diritto amministrativo.

Ma se così è, non si vede perché il riferimento debba essere quello degli artt. 1337 e 1338 c.c. In effetti, a ben guardare, sarebbe più opportuno cercare la base normativa in altre norme, contenute nel codice, che pure cristallizzano il principio di buona fede e di cui la precontrattuale è solo un'esplicazione. In particolare, ci si riferisce all'art. 1175 c.c., che stabilisce obblighi di correttezza e buona fede a carico dei soggetti del rapporto obbligatorio, a prescindere dalla fonte del rapporto, e quindi anche laddove questo non abbia fonte negoziale<sup>11</sup>.

In altri termini, vista la differenza sopra menzionata tra le due ipotesi, parlare di responsabilità precontrattuale davanti ad una fattispecie di annullamento del provvedimento ma estranea alle trattative, è improprio, e lo è altrettanto applicare gli articoli che disciplinano la *culpa in contrahendo*.

Tuttavia, questo non equivale a negare tutela all'affidamento di una delle parti (e in particolare al privato) o a non riconoscere un dovere di comportamento conforme a buona fede in capo alla p.a.; infatti, rimangono applicabili le regole generali in termini di buona fede all'interno di una relazione diversa da quella contrattuale (o precontrattuale).

---

<sup>10</sup> Ci si riferisce all'introduzione del co. 2-bis all'art. 1 L. 241/1990, come modificata con L. 120/2020.

<sup>11</sup> A. NICOLUSSI - F. ZECCHIN, *op. cit.*, 831. Anche questi A. ritengono che la responsabilità precontrattuale non sia predicabile per l'attività provvedimentale dell'amministrazione e, al medesimo tempo, notano che il ruolo degli artt. 1337 e ss. non è quello di fondare la categoria degli obblighi di protezione, ma quello di estendere gli stessi anche alla fase delle trattative: «il riferimento a una presunta responsabilità precontrattuale della PA può in molti casi rivelarsi approssimativo se questa regola viene applicata meccanicamente». In merito, si v. anche G. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016, 1512; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963, 94.

Escludere l'applicazione dell'art. 1338 c.c. all'ipotesi di annullamento di provvedimento favorevole assume rilevanza da un punto di vista metodico, ma anche da un punto di vista sostanziale, in quanto, così facendo, si eviterebbe anche di considerare la condizione soggettiva del privato, che con la p.a. si relaziona, con la conseguenza di riuscire ad assicurare al privato medesimo una maggiore facilità nell'ottenimento del risarcimento del danno. Infatti, similmente a quanto sostenuto in ambito di responsabilità precontrattuale<sup>12</sup>, si ricorda che l'applicazione dell'art. 1338 c.c. condiziona il risarcimento del danno, a favore del danneggiato, alla circostanza che quest'ultimo non sia – a sua volta – in colpa. Dunque, negare che tale norma trovi applicazione al caso di specie equivarrebbe ad escludere l'indagine sull'esistenza di una colpa in capo al privato, ritenendo la p.a. responsabile per il solo fatto di aver leso il suo affidamento.

La tesi che ritiene applicabile all'annullamento di un provvedimento favorevole gli artt. 1337 e 1338 c.c. è criticabile anche sotto il profilo della correttezza del metodo, infatti, questa, una volta ammessa la «civilizzazione» dell'amministrazione all'interno dei contratti pubblici per mezzo della *culpa in contrahendo*, equipara all'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione quella di annullamento di un qualsiasi altro provvedimento favorevole pur al di fuori del contesto delle trattative precontrattuali. Tuttavia, il ragionamento dovrebbe seguire il percorso inverso secondo il quale, in primo battuta, con riguardo all'ipotesi di annullamento di provvedimento favorevole – appartenente ad un ambito del tutto pubblicistico – ci si dovrebbe chiedere se siano individuabili degli obblighi di comportamento mutuabili dal diritto civile che consentano di responsabilizzare l'amministrazione pubblica e, solo dopo, interrogarsi su quali principi del codice civile basare la privatizzazione dell'attività amministrativa.

Il ragionamento sin qui portato avanti conduce a compiere delle considerazioni anche con riguardo alla natura di tale responsabilità. Infatti, stabilire che la fattispecie di annullamento di provvedimento favorevole non sia perfettamente assimilabile alla responsabilità precontrattuale, dal momento che il procedimento non è preordinato alla conclusione di un contratto, reca con sé anche delle differenti conclusioni sul piano del dibattito riguardante la natura giuridica della responsabilità in gioco<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Vedi Cap. 2, par. 5.

<sup>13</sup> La giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato ritiene che si tratti di responsabilità aquiliana. Si veda in merito Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit., e Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1246 (s.m.), con note di G. CRICENTI, *La chance come bene autonomo. Critica*, e di A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e obbligazione senza prestazione: il rapporto giuridico di affidamento tra rimedi specifici e risarcitori*; in *Foro it.*, 2021, 394; in *Danno resp.*, 2021, 509, con nota di M.L. VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della p.a.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*; in *Giur. it.*, 2022, 708 ss., con nota di G. COMPORI, *L'Adunanza delle occasioni perse. Responsabilità della P.A. in cerca di qualità*. Al riguardo, si v. C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss., il quale afferma che: «l'evoluzione recente dei modelli amministrativi non giustifica la tesi secondo cui la crescente

Se, nell'ipotesi della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nell'ambito dei contratti pubblici, il dibattito segue (coi dovuti correttivi) quello sulla natura della responsabilità precontrattuale in generale, nel caso di specie, dal momento che non si può tecnicamente parlare di responsabilità precontrattuale, le considerazioni dovrebbero essere, in parte, diverse<sup>14</sup>.

Più nello specifico, una tesi<sup>15</sup> ha paventato l'opportunità di parlare di un terzo tipo di responsabilità, non inquadrabile nella dicotomia degli artt. 1218-2043 c.c. In proposito, da un lato la responsabilità da provvedimento favorevole non sarebbe inquadrabile nelle maglie della responsabilità contrattuale, perché non solo mancherebbe un contratto, ma soprattutto perché l'interazione tra le parti non rappresenta una trattativa, visto che non è preordinata alla conclusione di un negozio, bensì all'adozione di un atto amministrativo; dall'altro lato, la presenza di obbligazioni in capo alle parti – quali ad esempio, gli obblighi di trasparenza, correttezza, informazione, collaborazione – allontana l'ipotesi dalla disciplina della responsabilità aquiliana che, invece, come visto, trova la sua *ratio* nel generico obbligo di *neminem laedere* valido per tutti i consociati.

---

responsabilizzazione dell'amministrazione nei confronti del cittadino giustificerebbe una ricostruzione in chiave sostanzialmente obbligatoria - e quindi paritetica – del complesso di doveri (di natura comunque pubblicistica) che gravano sull'amministrazione». L'A. - nel commentare Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7 - concorda con i giudici nell'affermare la natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione pubblica. Tra le argomentazioni a sostegno della tesi vi sarebbe quella secondo cui la responsabilità risarcitoria da lesione di interessi legittimi (sia pretensivi che oppositivi) sarebbe stata, fin dall'inizio, impostata sul modello aquiliano. Tale affermazione, sebbene corrisponda al vero, sembra presupporre che la responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole sia tesa a tutelare un interesse legittimo. Ma tale convinzione non è priva di rilievi critici: infatti, ancora una volta (come nella precedente ipotesi di responsabilità precontrattuale), il privato non contesta l'esercizio del potere bensì la condotta scorretta dell'amministrazione pubblica. Infatti, non mira a ottenere il bene della vita che ha perso (seppure non gli spettasse) con l'annullamento del provvedimento, bensì a farsi risarcire delle scorrettezze subite che hanno leso il suo diritto di autodeterminazione.

<sup>14</sup> Si ricorda che, comunque, al netto del dibattito riguardante la natura della responsabilità, di recente il Cons. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit., ha sposato la natura aquiliana della responsabilità dell'amministrazione pubblica nel caso di adozione di un provvedimento favorevole ma invalido e quindi annullato. Al riguardo, si veda Cap. 2, par. 5. Si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corr. giur.*, 2020, 1033.

<sup>15</sup> A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, *passim*, i quali utilizzano l'espressione "responsabilità pre-provvedimentale" parafrasando la locuzione responsabilità precontrattuale ma tenendo presente, al medesimo tempo, la peculiarità del contesto: «Proprio perché il comportamento oggetto di valutazione inerisce alla fase che precede la formazione di un atto della PA, abbiamo proposto la formula "responsabilità pre-provvedimentale" parafrasando la civilistica responsabilità precontrattuale, ma altresì tenendo presente il contesto peculiare in cui tale comportamento dev'essere individuato». Cfr. anche AL. DI MAJO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 300, il quale ritiene che tale responsabilità vada esclusa dal binomio contrattuale-extracontrattuale per rientrare in un terzo modello: «Essa, si è visto, è a mezza strada tra la responsabilità extracontrattuale derivante da lesione di interessi legittimi a seguito di atto amministrativo illegittimo e quella contrattuale per violazione di diritti stabilmente acquisiti, derivante ad es. da convenzioni che la P.A. ha stipulato con il privato».

Alla luce di ciò, la ricostruzione in parola ritiene che si debba parlare di responsabilità “pre-provvedimentale”, che troverebbe la sua giustificazione nell’art. 1173 c.c. tra le ipotesi di atti idonei a produrre obbligazioni all’interno dell’ordinamento giuridico.

La tesi ha il pregio di soffermarsi sulla distinzione esistente tra la responsabilità precontrattuale e la responsabilità da provvedimento favorevole e, d’altra parte, offre una soluzione coerente con la premessa.

Sostenere che non trovino diretta applicazione, nell’ipotesi di responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole, gli artt. 1337 e 1338, ma che – ciononostante – debbano comunque rispettarsi i più generali obblighi di correttezza e buona fede, come si vedrà in seguito, non esenta dall’interrogarsi sulla natura (contrattuale o extracontrattuale) di tale fattispecie e sull’implicazione che questa potrebbe comportare all’interno del dibattito riguardante la natura della responsabilità precontrattuale in generale<sup>16</sup>.

Alla luce di quanto visto, nonostante il rapporto tra privato e pubblica amministrazione sia diretto verso una parificazione delle posizioni delle due parti, allo stesso tempo esso non può essere in tutto assimilato alla relazione che, invece, intercorre tra due privati cittadini. Questa considerazione (seppur ovvia) è comunque significativa, in quanto, come si vedrà di seguito, mostra le sue conseguenze quando, in un’ottica più generale, ci si interroghi sui rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo.

In tale prospettiva basti osservare che la specificità della posizione dell’amministrazione, quale controparte, è riscontrabile proprio nella vicenda in commento: essa mantiene la possibilità di annullare l’atto precedentemente emanato dal momento che il suo potere di autotutela rimane integro. Ciononostante, se ha tenuto un comportamento contrario a correttezza e buona fede, è obbligata a risarcire il danno, ma non a ritirare l’annullamento<sup>17</sup>. In altri termini, la p.a. mantiene la possibilità di modificare la posizione del privato dal momento che, allo stesso modo di quanto visto nel capitolo precedente, non viene in rilievo l’esercizio del suo potere, bensì il suo comportamento<sup>18</sup>.

Occorre sottolineare che la fattispecie di responsabilità da annullamento di un provvedimento favorevole non rappresenta la sola nuova forma di responsabilità che sorge in capo

---

<sup>16</sup> Si avrà modo di affrontare il tema nel paragrafo conclusivo.

<sup>17</sup> A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, 824, secondo cui non deve essere mortificata la possibilità per la p.a. di tornare sulle proprie decisioni e, in particolare «la tutela dell’affidamento [non] può spingersi fino a garantire una sorta di invariabilità del contenuto del rapporto instauratosi con la PA». Si v. anche A. TRAVI, *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Jovene, 2018, 33.

<sup>18</sup> Quindi, il provvedimento di caducazione del precedente atto rimane valido ed efficace e non viene affatto scalfito dal giudizio circa la correttezza del comportamento. Naturalmente quanto detto è, altresì, diretta conseguenza dell’applicazione del già visto principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta, il quale impone di tenere distinta la valutazione circa la legittimità degli atti da quella che, invece, ha ad oggetto la condotta delle parti all’interno di un rapporto giuridico.

all'amministrazione a tutela della posizione del privato. In proposito, infatti, particolare rilevanza, nel processo di responsabilizzazione della p.a., è assunta anche dalla responsabilità da mero ritardo, la quale pure, come si è fatto cenno, presenta delle peculiarità, data la presenza del soggetto pubblico.

## **2. La responsabilità da mero ritardo.**

La figura del danno da mero ritardo riguarda il caso in cui all'amministrazione venga contestato di aver emanato un provvedimento oltre i termini previsti per la conclusione del procedimento, appunto in ritardo, a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita cui il privato aspirava (e, dunque, dell'emanazione o meno di un provvedimento favorevole).

A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui la pubblica amministrazione abbia emanato un provvedimento di diniego legittimo, ma in ritardo.

La questione è se risarcire o meno quel ritardo, anche nel caso (come quello qui ipotizzato) in cui il provvedimento emanato dalla p.a. sia sfavorevole al privato.

Prima di addentrarci nell'analisi di tale ipotesi, in via di premessa, è necessario chiarire che l'ordinamento non è del tutto indifferente al ritardo dell'amministrazione nel compimento della propria attività, e questo può dedursi in primo luogo, a livello normativo, dall'art. 2 della Legge 241/1990, il quale prevede un termine per il procedimento, e dal successivo art. 2-bis<sup>19</sup>, che stabilisce l'obbligo di risarcire il danno a carico dell'amministrazione che non rispetti tale termine<sup>20</sup>. Si tratta, in particolare, del caso in cui la p.a. emani un provvedimento favorevole in ritardo: essa riconosce la spettanza del bene della vita in capo al privato, ma lo fa violando i termini di conclusione del procedimento. In tale ipotesi il risarcimento del danno è pacificamente ammesso, in quanto la violazione posta in essere dall'amministrazione si risolve nella lesione dell'interesse legittimo tardivamente riconosciuto. Si prenda, ad esempio, il caso di un permesso di costruire: anche ove l'amministrazione rilasci il permesso, ma ciò avvenga tardivamente, il privato può effettivamente dolersi di tale ritardo, in quanto – ove il permesso fosse stato rilasciato tempestivamente – lo stesso avrebbe potuto iniziare prima l'attività edificatoria e, di conseguenza, beneficiare prima della costruzione finale.

---

<sup>19</sup> Ci si riferisce alla già citata L. 7 agosto 1990, n. 241. L'art. 2 recita: "1. Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso [...]; 2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni".

<sup>20</sup> G. SORICELLI, *Analisi sistematica ed evolutiva della responsabilità da ritardo nell'emanazione del provvedimento amministrativo tra pubblico e privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 207 il quale, in merito alla conformazione dell'art. 2-bis ritiene che si possa parlare di "norma perfetta", in quanto in essa sono presenti sia il precetto che le conseguenze che seguono alla sua violazione.

È nel paragone con la fattispecie appena descritta che si apprezza la peculiarità della responsabilità per danno da *mero* ritardo. In particolare, mentre la responsabilità da ritardo non pone grandi problematiche, risolvendosi nella lesione di un interesse legittimo pretensivo (quello poi soddisfatto con il provvedimento tardivo), la responsabilità da mero ritardo, come accennato, prescinde dalla spettanza del bene della vita dell'oggetto del provvedimento<sup>21</sup>. Più nello specifico, tramite questa fattispecie, quello che si contesta all'amministrazione è solamente di aver emanato un provvedimento oltre il termine previsto per la conclusione del procedimento. In questo caso, non viene in alcun modo in rilievo il contenuto del provvedimento, e dunque non importa se questo sia di accoglimento o di diniego dell'istanza presentata dal privato.

A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui la pubblica amministrazione abbia emanato un provvedimento di diniego legittimo, ma in ritardo: in tale ipotesi, non vi è lesione dell'interesse del privato, dal momento che il diniego è legittimo e dunque il bene della vita, cui aspira, non è a questi dovuto. Questa ultima ipotesi si caratterizza per la mancanza di una valutazione sulla spettanza del bene della vita che, in effetti, potrebbe anche non essere dovuto.

Tale caratteristica rappresenta il nodo centrale del dibattito circa l'esistenza di questo tipo di responsabilità. Infatti, a parere di un primo orientamento giurisprudenziale, l'affermazione della responsabilità dell'amministrazione dovrebbe coinvolgere la valutazione circa la spettanza del bene della vita<sup>22</sup>: se il bene era dovuto e la p.a. lo ha riconosciuto in ritardo, allora sussiste la violazione di

---

<sup>21</sup> Per completezza, come visto nel corso del Cap. 1, par. 4, si nota che l'inerzia dell'amministrazione può sfociare anche in un terzo esito. Potrebbe, infatti accadere che la p.a. non emani il provvedimento, né in senso favorevole né in senso sfavorevole, e rimanga inerte. In tale caso, nella maggior parte delle ipotesi, il legislatore equipara il silenzio all'assenso dell'amministrazione al fine di non addossare sul privato le conseguenze della (mancata) condotta della p.a. Infatti, anche laddove tale condotta di inerzia venga sanzionata, comunque il privato deve sopportare il costo di un mancato riconoscimento del bene della vita. In altri termini, accettando l'inerzia della p.a. come tale, sarebbe inevitabile il danno prodotto al privato e quindi il legislatore, come noto, decide di trasformare tale inerzia in un provvedimento amministrativo, di accoglimento o di rigetto, attraverso un meccanismo di *fictione iuris*. Tuttavia, esistono delle ipotesi di silenzio non significativo in cui alla mera inerzia dell'amministrazione non corrisponde alcuna decisione, né in senso favorevole al privato, né in senso sfavorevole ad esso: in questi casi, dunque, l'inerzia dell'amministrazione rimane tale. Si pensi al caso già analizzato nel Cap. 2, par. 4, in cui la p.a. dà avvio ad un procedimento amministrativo senza tuttavia concluderlo e quindi, senza emanare il provvedimento finale. Laddove ciò accada, il privato ha a sua disposizione l'azione avverso il silenzio con cui, di fatto, obbliga l'amministrazione a rispondere e, in caso di esito favorevole, potrà senz'altro agire per il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo (dovuta al ritardo nel provvedere). Invece, in caso di esito negativo, potrà comunque lamentare il mero ritardo. A questo proposito, abbiamo visto nel primo capitolo (Cap. 1, par. 4), come l'introduzione delle ipotesi di silenzio significativo è stata finalizzata a garantire una tutela al privato. Infatti, in passato, davanti all'inerzia dell'amministrazione pubblica, essendo il processo improntato alla sola tutela caducatoria e necessitando, perciò, di un atto da annullare, al privato, di fatto, non era garantita alcuna tutela. Con l'introduzione delle ipotesi di silenzio significativo – tramite cui all'inerzia dell'amministrazione si equipara un provvedimento – si ammise finalmente una forma di tutela per il privato il quale, così, avrebbe potuto impugnare il provvedimento. Stessa *ratio* di tutela è sottesa all'introduzione dell'azione avverso il silenzio di cui all'art. 117 c.p.a., per mezzo della quale è assicurata la tutela del privato in caso di silenzio (inerzia) non significativo della p.a.

<sup>22</sup> In tal senso Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Giur. it.*, 2006, 1056: a parere dei giudici, il mero superamento dei termini procedurali non basterebbe a qualificare la condotta omissiva dell'amministrazione quale

un interesse legittimo e la responsabilità da ritardo della p.a.; se, al contrario, il bene non era dovuto, nessuna violazione si è verificata e, conseguentemente, nessuna responsabilità può essere imputata all'amministrazione pubblica<sup>23</sup>.

Detto in altre parole, questa tesi nega l'esistenza dell'evento dannoso: non viene messo in dubbio che l'amministrazione pubblica si sia pronunciata in ritardo e che questo abbia causato dei disagi al privato per avere pazientemente atteso – eventualmente immobilizzando le proprie risorse – l'esito del procedimento anche oltre il termine di conclusione dello stesso; tuttavia, egli non avrebbe diritto al risarcimento del danno da lesione del termine di conclusione del procedimento, dal momento che la sua pretesa non avrebbe comunque (legittimamente) trovato soddisfazione anche laddove il provvedimento fosse stato emanato tempestivamente. Di conseguenza, non sussiste alcun interesse legittimo passibile di lesione, e lesio.

D'altra parte, ad avviso di tale ricostruzione, la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione pubblica nasce per tutelare gli interessi legittimi pretensivi, dunque, in assenza di questi, la possibilità di esperire simile azione è preclusa. L'opinione in parola lega il risarcimento del danno per il ritardo dell'amministrazione alla spettanza del bene della vita: se il bene della vita non spetta, allora il risarcimento per il ritardo non è dovuto<sup>24</sup>.

In altri termini, a mente di detto orientamento, il bene "tempo" non trova un'autonoma tutela slegata dal riconoscimento dell'interesse legittimo cui il privato aspirava. A sostegno di tale tesi

---

illecito, e dunque fonte immediata di risarcimento del danno. In particolare, tale elemento non integrerebbe piena prova del danno ma servirebbe solo come indice presuntivo della colpa ed elemento oggettivo della responsabilità; Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755: «l'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento»; TAR Lazio, sez. II, 5 febbraio 2015, n. 2135, in *Red. Giuffrè*, 2015, che sottolinea l'importanza per la parte ricorrente di provare l'esistenza del danno da mero ritardo, pena il rigetto della domanda di risarcimento in mancanza di una concreta ed effettiva prova del danno stesso oggetto del risarcimento. Sul punto, in maniera uniforme, anche Cass. 26 settembre 2003, n. 14333, in *Foro it.*, 2004, I, 792; Cons. Stato 20 maggio 2013, n. 2899, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 1322. Ancora, Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2675, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2011, 1507; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, *ivi*, 2011, 918; Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2014, n. 1406, in *Giur. it.*, 2013, 1931 ss., con nota di F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*; Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600 in *lexitalia.it*; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 7 marzo 2014, n. 108, in *lexitalia.it*; TAR Veneto, sez. II, 26 gennaio 2015, n. 51, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2010, 3914.

<sup>23</sup> L'orientamento in parola mira a cercare un sostrato sostanziale ritenendo che il rispetto del termine abbia una valenza del tutto procedimentale, dal momento che in materia di tutela degli interessi legittimi «si deve valutare la risarcibilità alla luce della base sostanziale dell'interesse leso; ciò attribuisce rilevanza al rapporto tra interesse e risultato finale atteso dal soggetto titolare e, nel caso di interessi proiettati verso un bene futuro, induce ad effettuare una valutazione sulla lesione di un affidamento oggettivamente ingenerato» così E. NAVARRETTA, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, Giuffrè, IV, III, 2009, 224.

<sup>24</sup> Nota E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 225, che «non tutti gli interessi legittimi meritano una tutela risarcitoria, in particolare non spetta a quelli che a livello sostanziale sottendono solo un interesse alla corretta condotta della p.a.».

interverrebbe anche il dato normativo<sup>25</sup>, dal momento che la legge sul procedimento amministrativo, all'art. 2-bis co. 1-bis, fa espressamente riferimento al mero ritardo, ma solo per prevedere un obbligo di indennizzo<sup>26</sup>, non specificando, invece, alcunché nel comma precedente, riguardante il risarcimento. Dunque, non si tratterebbe di vera e propria responsabilità con conseguente obbligo risarcitorio, bensì, in assenza della tutela del bene della vita, il privato avrebbe diritto solo ad un indennizzo<sup>27</sup>.

Tuttavia, questa tesi non convince a pieno e le ragioni sono molteplici<sup>28</sup>.

In primo luogo, si deve rilevare che il bene "tempo" nel nostro ordinamento è tutelato di per sé, e questo può desumersi da una serie di indici normativi: l'art. 2 co. 2 L. 241/90, ad esempio, pone un

---

<sup>25</sup> A parere di questo orientamento, l'assenza di un'esplicita presa di posizione da parte del legislatore indicherebbe proprio la volontà di rimanere ancorato alla costruzione tradizionale che vede la spettanza del bene della vita come elemento che compone la responsabilità da ritardo. A tale proposito, si veda N. DURANTE, *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al Codice del Processo Amministrativo approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, in *giustizia-amministrativa.it*, 13 settembre 2010, il quale, riferendosi al richiamo al danno ingiusto ivi contenuto, ritiene che il tenore letterale dell'art. 2-bis, non consenta di attribuire alla norma una portata innovativa, rispetto alla precedente e prevalente ricostruzione, tale da prevedere il ristoro risarcitorio anche in caso di provvedimento negativo

<sup>26</sup> L. 241/1990, art. 2-bis, co.1-bis: «Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento».

<sup>27</sup> Di norma, alle ipotesi di responsabilità viene accostato il risarcimento del danno e non l'indennizzo che, invece, corrisponde a delle ipotesi di atto lecito dannoso. Sebbene questa sia la tesi sostenuta dalla prevalenza, a parere di qualcuno, la distinzione non è corretta. Infatti, a detta di questi, la qualificazione dell'ingiustizia del danno prescinde dal carattere illecito della condotta e, dunque, anche laddove si fosse in presenza di un atto lecito dannoso (che di regola, darebbe luogo solamente all'indennizzo, quantitativamente minore del risarcimento), si dovrebbe parlare di responsabilità e quindi di risarcimento del danno "in senso proprio". Si veda, in merito, C. SALVI, *La responsabilità civile*, G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2019, 274.

<sup>28</sup> M.L. MADDALENA, *Commento ad articolo 2-bis, Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento. Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Giappichelli, 2016, 176; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, 1995, 156; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 2000, 35; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, 2000, 91. In ambito giurisprudenziale, si veda Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 (*obiter dictum*); Cons. Stato, 14 novembre 2014, n. 5600, cit.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 febbraio 2015, n. 2135, in *Banca dati DeJure*; Cons. Stato, sez. IV, 07 marzo 2013, n. 1406, cit. Ancora, In questi termini Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 (il quale afferma che «il ritardo procedimentale nell'approvazione di un permesso di costruire comporta il ritardo nell'attribuzione del c.d. 'bene della vita' costituito [...] dalla possibilità di edificare secondo il progetto»); Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468, Cons. stato, sez. V, 20 novembre 2013, n. 5485; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 4 novembre 2010, n. 1368, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 2499; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, *ivi*, 2011, 918; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, *ivi*, 2011, 918; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405, *ivi*, 2013, 1661; TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 dicembre 2010, n. 3587, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2010, 3914; TAR Veneto, sez. II, 11 febbraio 2010, n. 440, *ivi*, 2010, 384; TAR Campania, Salerno, sez. I, 21 giugno 2011, n. 1123, in *Urb. app.*, 2011, 1363, con commento di A. NICODEMO, *È risarcibile il danno da ritardo anche in caso di non spettanza del "bene della vita"?*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 19 luglio 2013, n. 1148, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2013, 254; TAR Molise, sez. I, 30 maggio 2013, n. 357, *ivi*, 2013, 1657; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 30 dicembre 2014, n. 1703.

preciso termine per la conclusione del procedimento, e questo dimostra che il legislatore ha interesse a che il procedimento amministrativo non si protragga oltre il tempo indicato. Inoltre, risulta particolarmente rilevante la norma dell'art. 2-bis co.1, che espressamente prevede l'obbligo risarcitorio a carico delle amministrazioni che abbiano violato il termine di conclusione del procedimento, senza precisare alcunché in ordine alla spettanza del bene della vita. E, infine, l'art. 1 co. 9 stabilisce che il ritardo influisce anche sulla valutazione della *performance* del dirigente e del funzionario inadempiente, preposti alla gestione della procedura risultata tardiva<sup>29</sup>.

Alla luce di ciò, sembra irragionevole escludere la rilevanza del tempo nell'ipotesi di adozione di un provvedimento sfavorevole, in quanto ciò sarebbe contrario al dato normativo, che, in linea generale, dà certa rilevanza al tempo di conclusione del procedimento. A maggior ragione, la ricostruzione sopra citata lascia perplessi, ove si legga con maggiore attenzione il più specifico comma 1 dell'art. 2-bis, dove non è ravvisabile alcuna indicazione che ancori il diritto al risarcimento alla spettanza del bene della vita. Infatti, non si riesce a scorgere il motivo per il quale il diritto all'ottenimento di un provvedimento tempestivo debba essere tutelato solo in presenza di una decisione favorevole al privato. Se tale diritto viene riconosciuto in quanto tale, non rileva in alcun modo il destino dell'interesse legittimo alla cui soddisfazione il procedimento, conclusosi tardivamente, aspirava<sup>30</sup>.

Ma a tale conclusione può giungersi anche attraverso un diverso percorso argomentativo: infatti, anche laddove fosse stato assente il dato normativo – pur così chiaro – l'analisi del ruolo assunto dal principio di affidamento all'interno del rapporto pubblico condurrebbe, comunque, a riconoscere il danno da mero ritardo non ancorato alla spettanza del bene della vita cui il privato aspirava.

L'evoluzione di tale principio nel diritto amministrativo mette in luce, da un lato, l'importanza accordata alla posizione del privato, il quale non è più obbligato ad attendere che l'amministrazione adotti un provvedimento oltre i termini stabiliti, consentendogli – di conseguenza – di ottenere tutela

---

<sup>29</sup> Si veda, in merito, A. BLASINI, *Tempo e azione della P.A.: un nuovo paradigma del c.d. "danno da ritardo"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 458, il quale ritiene che si possano distinguere cinque linee di intervento seguite dal legislatore per rispondere all'inerzia o al ritardo dell'amministrazione pubblica. Si tratta di: «1) la previsione di un potere sostitutivo, in capo al superiore gerarchico, per la conclusione del procedimento; 2) la responsabilità disciplinare; 3) l'espressa indicazione della mancata o tardiva emanazione del provvedimento quale elemento della valutazione della performance individuale; 4) la responsabilità civile della pubblica amministrazione per il c.d. "danno da ritardo"; 5) la responsabilità amministrativo-contabile per i danni cagionati dal funzionario nei confronti della pubblica amministrazione».

<sup>30</sup> La riflessione è guidata, ancora una volta, dal principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta di cui si è ampiamente parlato nel capitolo precedente. Si veda Cap. 2, par. 3. Inoltre, in merito, v. G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto*, cit. 2004 ss.: "Anche distinguendo [...] tra norme finali, che identificano l'interesse pubblico perseguito, e norme strumentali che disciplinano il modo per raggiungerlo, non appare giustificabile un assorbimento, poiché il rapporto che intercorre tra norma finale e norma strumentale è di complementarietà e non di contraddizione".

per lamentare il danno subito<sup>31</sup>. Dall'altro lato, l'amministrazione viene messa nella posizione di dover prestare attenzione al privato e, dunque, non è più ammissibile che questa violi dei termini senza subire alcun tipo di conseguenza, da un punto di vista sanzionatorio<sup>32</sup>.

Per la verità, la tesi tradizionale – che ritiene necessario anche l'accertamento della spettanza del bene della vita – desta dubbi anche sotto il profilo processuale, in quanto affermare che il diritto al risarcimento del danno sorga solo laddove al privato spetti il bene della vita cui aspira significa ritenere che prima di esperire l'azione risarcitoria, devono essere presenti due condizioni: la prima è che il privato abbia agito avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 c.p.a., la seconda è che in seguito alla condanna a provvedere da parte del giudice, l'amministrazione, nell'esercitare il suo potere – discrezionale<sup>33</sup> – abbia riconosciuto, in capo al privato, la spettanza del bene della vita. In altri termini, solo con l'esperimento dell'azione di cui all'art. 117 c.p.a. può aversi un giudizio circa la spettanza del bene della vita; pertanto, questa diventerebbe pregiudiziale rispetto all'azione risarcitoria: il privato potrà chiedere il risarcimento per la lesione del suo interesse legittimo solo ove tale interesse sia stato positivamente riconosciuto in capo al privato stesso da parte della p.a.

Però tale conclusione, oltre a presentare le criticità sopra analizzate – legate alla necessaria presenza della spettanza del bene della vita – striderebbe con il dato normativo e con la recente evoluzione riguardante l'azione risarcitoria: la considerazione si lega all'art. 117 co. 6 c.p.a., il quale affronta l'ipotesi che le due azioni, quella avverso il silenzio e quella risarcitoria, siano proposte congiuntamente solo come un'eventualità, potendo anche essere esperite separatamente. Si legge, infatti, nel codice del processo amministrativo che «se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30 co. 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo [...]». A sostegno di ciò, si richiama, nuovamente, anche l'art. 30 co. 1 c.p.a. che, come visto<sup>34</sup>, stabilisce che l'azione risarcitoria possa esperirsi autonomamente rispetto alle altre azioni.

Al riguardo, si aggiunge anche che sostenere la pregiudizialità dell'azione avverso il silenzio rispetto all'azione risarcitoria si porrebbe in forte disarmonia con quanto affermato relativamente al

---

<sup>31</sup> Si veda nt. 41 con riguardo alla quantificazione del danno, diversa a seconda che il provvedimento sia favorevole o sfavorevole.

<sup>32</sup> S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 384: «Il tempo è anzitutto un bene della vita autonomo, prezioso e limitato, che condiziona e orienta le scelte di cittadini, imprenditori e investitori, per cui l'azione amministrativa deve essere tempestiva sia per soddisfare al meglio le singole situazioni giuridiche soggettive, sia per garantire la competitività economico-sociale dell'intero paese». Si veda anche A. SAVATTERI, *Il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, in *Giur. it.*, 2016, 440.

In merito al rischio di mancata (ingiusta) responsabilizzazione della p.a., si esprime anche A. BLASINI, *op. cit.*, 462.

<sup>33</sup> Diversamente accade in caso di potere vincolato in presenza del quale, per mezzo dell'azione avverso il silenzio, il giudice condanna l'amministrazione pubblica a pronunciarsi secondo quanto stabilito dalla legge senza esercitare la sua discrezionalità in ordine alla valutazione sulla spettanza del bene della vita.

<sup>34</sup> Vedi Cap. 2, par. 4.

rapporto tra lo stesso rimedio risarcitorio e quello caducatorio. Se in questa ipotesi, come visto<sup>35</sup>, è stata abbandonata la tesi della pregiudizialità del secondo rispetto al primo (affermando l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella volta a porre nel nulla il provvedimento), sarebbe contraddittorio sostenere il contrario all'interno del medesimo contesto processuale, ma con riferimento ad una differente azione (quella avverso il silenzio)<sup>36</sup>.

In sostanza, l'esistenza del danno da mero ritardo sembra debba essere ammessa proprio alla luce del processo evolutivo a cui stiamo assistendo da qualche anno a questa parte, riguardante la relazione tra privato e amministrazione<sup>37</sup>. Infatti, se, da una parte, a livello giurisprudenziale e normativo è data maggiore rilevanza alla correttezza dell'azione amministrativa, d'altra parte non si comprende perché allora il danno da ritardo non debba essere riconosciuto, dal momento che il rispetto dei termini procedurali rientra in quella serie di obblighi che, ove rispettati, fanno dell'azione amministrativa un'attività corretta.

Sebbene tali considerazioni sarebbero già di per sé sufficienti a convincere della possibilità di risarcire il danno da mero ritardo, si aggiunge che l'art. 133 co. 1 lett. a c.p.a.<sup>38</sup> stabilisce la giurisdizione esclusiva del g.a. in presenza di un danno ingiusto dovuto all'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento. Questo dato è di particolare interesse in quanto, indirettamente, consente di affermare l'esistenza del danno da mero ritardo.

A ben vedere, però, l'art. 133 co. 1 lett. a) c.p.a. rappresenta un forte argomento al fine di affermare l'esistenza del danno da mero ritardo. Infatti, ove la norma fosse riferita esclusivamente al caso di emanazione (tardiva) di un provvedimento favorevole, essa costituirebbe un'inutile superfetazione: infatti, in caso di provvedimento favorevole, la lesione riguarda in ogni caso un interesse legittimo (tardivamente riconosciuto) e, di conseguenza, la giurisdizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo, a prescindere da eventuali previsioni di legge.

---

<sup>35</sup> Vedi Cap. 2, par. 4.

<sup>36</sup> Vedi Cap. 2, par. 4; si veda anche A. GIANNELLI, voce *Responsabilità della p.a.*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Giuffrè, 2016, 838, la quale nota che: «Se, infatti, oggi l'ordinamento consente al giudice amministrativo di accordare il risarcimento anche in assenza di una pronuncia di annullamento, conoscendo incidentalmente la legittimità dell'atto dannoso, a fortiori tale cognizione incidentale in sede risarcitoria deve poter riguardare un profilo "meccanico" come il superamento del termine di conclusione del procedimento».

<sup>37</sup> In merito, cfr. A. IULIANI, *Attività amministrativa e rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2015, 31. L'autore, in particolare, sebbene si esprima a proposito di responsabilità civile dell'amministrazione pubblica in generale e non riguardo allo specifico caso del danno da mero ritardo, ritiene che «il diritto al risarcimento del danno sorge, allora, in presenza di qualsiasi danno che dovesse verificarsi nel corso del procedimento, a prescindere dalla spettanza o meno dell'utilità finale».

<sup>38</sup> Art. 133 co. 1 lett. a c.p.a.: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: 1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo [...]»

Diversamente, la necessità di affermare la giurisdizione esclusiva sul punto rende evidente la sussistenza di un diritto soggettivo, in capo al privato, e che può nascere esclusivamente da un *mero* ritardo (dunque, ove la p.a. emani un provvedimento sfavorevole). In questo caso, infatti, quello che si ritiene essere stato leso non è l'interesse legittimo a ottenere un determinato bene, bensì il diritto del privato ad ottenere una risposta dall'amministrazione nei termini stabiliti per poter organizzare le proprie sostanze e il proprio tempo.

Riconoscere questo tipo di responsabilità reca con sé due ulteriori riflessioni, la prima riguardante i requisiti in presenza dei quali è possibile affermare la sussistenza del danno da mero ritardo, la seconda legata al rapporto che intercorre tra questa responsabilità e le altre fattispecie legate al ritardo dell'amministrazione pubblica nell'emanazione di un provvedimento amministrativo.

In merito alla prima riflessione, sulla scorta dell'art. 2-*bis* co. 1 – che, come visto, rappresenta la base normativa del danno da mero ritardo – gli elementi di tale responsabilità possono riassumersi nel superamento del termine di conclusione del procedimento, nell'elemento soggettivo del dolo o della colpa<sup>39</sup>, nonché nel danno. Come fino ad ora osservato, non sarebbe invece necessaria la dimostrazione della spettanza del bene della vita<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Ad avviso della prevalente giurisprudenza, il mancato rispetto del termine del procedimento fa presumere la sussistenza della colpa. Tuttavia, si tratterebbe di una presunzione relativa, dal momento che la p.a. può dimostrare di essere incolpevole qualora ricorra una delle seguenti condizioni: equivocità e contraddittorietà della normativa applicabile; novità delle questioni giuridiche affrontate; contrasti giurisprudenziali; rilevante complessità della situazione di fatto che l'organo decidente è chiamato a valutare; influenza determinante di altri soggetti; illegittimità derivante da successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. Si veda, in merito, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5600, cit.; Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 1189; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2013, n. 798, *ivi*, 2013, 464; Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2010, n. 2029, *ivi*, 2010, 837; Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2009, n. 4527, *ivi*, 2009, 1728; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Riv. giur. edil.*, 2007, 2, I, 697; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 31 marzo 2011, n. 858, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2011, 749; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444; Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114. In dottrina, si sono occupati del tema, F. GAFFURI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in ordine alla natura e alla disciplina della responsabilità "da ritardo"*, in *Giur. it.*, 2015, 1701; S. SCREPANTI, *op. cit.*, 378. A questo proposito, si noti che il legislatore non arriva mai a risarcire la mera perdita di "tempo"; Al contrario, «l'accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa non può ricollegarsi, quale effetto automatico, alla mera constatazione della violazione dei termini del procedimento. Si richiede un *quid pluris*, ossia che l'inosservanza dei termini procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima e che il danno sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione»: così TAR. Campania, Napoli, sez. VIII, 26 ottobre 2011, n. 4942.

<sup>40</sup> Detto in altre parole, se il criterio del giudizio sulla spettanza del bene della vita si mostra utile per l'ipotesi di emanazione di provvedimento tardivo e favorevole, lo stesso non può dirsi per la diversa fattispecie di emanazione di provvedimento tardivo e sfavorevole. Diversamente, nota A. BLASINI, *op. cit.*, 465, «il giudizio di spettanza si trasformerebbe da criterio di accertamento del tipo di interesse leso, e quindi della lesione, nel criterio (costituito a priori) di allocazione del danno, come prima ricordato, senza andare a scandagliare e verificare quali interessi sono stati in concreto lesi». In altri termini, ad avviso dell'A. il quale nota che tale severità sul giudizio circa l'ingiustizia del danno conduce a delle aree di impunità della pubblica amministrazione. In particolare, in tali fattispecie, in cui si ritiene insussistente a priori l'ingiustizia del danno mancando, a parere della prima tesi, un bene della vita da tutelare, il giudice «non entra nel cuore della questione» e dunque, la sua scelta ha per oggetto non l'esistenza del danno ma la sua allocazione.

Alla luce di tali osservazioni, diventa facile dedicarsi al secondo profilo, relativo al rapporto tra tale rimedio (mero ritardo) e gli altri pure previsti dal legislatore a fronte dei ritardi della p.a.; infatti, una volta evidenziati gli elementi del risarcimento del danno da mero ritardo, gli elementi di distinzione con le altre due fattispecie si desumono facilmente. Si tratta dell'ipotesi del danno da ritardo e dell'indennizzo per il ritardo.

A questo proposito, come visto, la differenza con la prima fattispecie consiste unicamente nella dimostrazione della spettanza del bene della vita<sup>41</sup>. Invece, l'indennizzo da mero ritardo, previsto dall'art. 2-*bis* co. 1-*bis* L. 241/90, sarebbe dovuto a prescindere sia dalla spettanza del bene della vita, sia dalla prova dell'elemento soggettivo del dolo e della colpa. D'altra parte, l'art. 2-*bis* co. 1-*bis* non fa alcun riferimento a tale elemento, segnando così una netta differenza con quanto previsto dal comma precedente (relativamente al risarcimento).

Così delineato il quadro riguardante i ritardi dell'amministrazione, è possibile svolgere alcune osservazioni.

L'importanza acquisita dal "tempo dell'azione amministrativa", come visto, va incontro all'esigenza di garantire maggiori spazi di tutela in capo al privato e, sebbene tale finalità appaia meritoria, non si può fare a meno di notare che il quadro legislativo sia caratterizzato da una certa confusione, tanto da rendere, talvolta, oscura la volontà perseguita dal legislatore.

Invero, agire contro il silenzio dell'amministrazione oppure chiedere il risarcimento del danno o l'indennizzo, sebbene rappresentino dei passi in avanti nella tutela della posizione del privato, si presentano come soluzioni piuttosto onerose per quest'ultimo che, inoltre, deve districarsi all'interno di un quadro normativo di difficile comprensione dal momento che, come emerge dal dibattito circa la portata del testo di legge, appare ostico individuare i presupposti dell'una o dell'altra fattispecie<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Sul piano pratico, un'ulteriore differenza potrebbe avvertirsi relativamente alla quantificazione del danno sofferto dal privato: nonostante in entrambi i casi al cittadino vadano risarciti il danno emergente e il lucro cessante, proprio quest'ultimo potrebbe variare a seconda che si tratti di ritardo o di mero ritardo. Nel primo caso, infatti, il lucro cessante sarebbe legato alla mancata possibilità di esercitare l'attività autorizzata (si pensi, ad esempio, all'autorizzazione per svolgere un'attività) per il periodo coincidente al ritardo della p.a. Diversamente, nel caso di mero ritardo, il lucro cessante andrebbe quantificato sulla base delle occasioni perse dal privato nell'attesa dell'emanazione del provvedimento. Ugualmente, anche il danno emergente potrebbe variare a seconda che si tratti di ritardo (seguito dall'emanazione di un provvedimento favorevole) o mero ritardo (conclusosi con provvedimento sfavorevole): si pensi, ad esempio, al caso dell'esenzione chiesta dal cittadino alla p.a. nel pagamento di un'imposta o di un contributo. In caso di provvedimento favorevole, infatti, il danno emergente sarebbe quantificabile sulla base dell'esborso sostenuto dal privato, nelle more del provvedimento a lui favorevole (in quanto costui non sarebbe stato tenuto al pagamento della somma, ove la p.a. avesse risposto tempestivamente). Diversamente, in caso di provvedimento sfavorevole, il danno emergente appena descritto non pare sussistere.

<sup>42</sup> Si veda in merito A. BLASINI, *op. cit.*, 467; S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. sem. dir. pubbl.*, 2019, 1212: «I rimedi giurisdizionali quali l'azione avverso il silenzio ed il risarcimento del danno da ritardo esplicano, infatti, un effetto eminentemente puntuale ed il privato è soggetto ad adempimenti, tempi e costi amministrativi gravosi, che si sommano a quelli del contenzioso». In particolare, ad avviso dell'Autrice, lo scopo che il legislatore si era prefissato con l'introduzione dell'art. 2 non è stato raggiunto infatti, «la

Ancora, si deve notare che, sebbene sia consentita la tutela risarcitoria, il provvedimento tardivo (anche quello sfavorevole) rimane un provvedimento valido in quanto, ad avviso della prevalente dottrina, la scadenza del termine non influisce sul profilo di validità dell'atto e, in ultima analisi sulla legittimità dell'esercizio del potere<sup>43</sup>. In altre parole, il mancato rispetto del termine non comporterebbe l'esaurirsi del potere amministrativo e quindi, nonostante la tardività, l'amministrazione pubblica sarebbe ugualmente legittimata ad emanare un provvedimento valido.

In sostanza, quindi, il privato rimane destinatario del provvedimento tardivo senza poterlo impugnare a causa del ritardo: l'azione risarcitoria ripara il danno che il privato ha subito, in seguito al ritardo, ma non lo "protegge" dall'essere destinatario della volontà espressa dall'amministrazione pubblica tramite il provvedimento (sebbene questo sia tardivo). Da questo discende, a parere di alcuni<sup>44</sup>, che la tutela a vantaggio del privato davanti al ritardo della p.a. sia per così dire monca: alla già onerosa e confusionaria tutela risarcitoria, si aggiunge l'impossibilità di sindacare il provvedimento per tardività.

Sulla scia di questa considerazione, una tesi ritiene che il termine di conclusione del procedimento non sia ordinatorio, ma perentorio e, dunque, la sua violazione dovrebbe condurre alla possibilità di invocare la tutela caducatoria. In altri termini, il rispetto del termine occuperebbe il posto di elemento essenziale del provvedimento, perciò la sua mancanza configurerebbe causa di invalidità<sup>45</sup>.

Ebbene, tale ricostruzione, da un punto di vista della correttezza dogmatica, presenta il difetto di non tenere in debita considerazione il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta. Infatti, se è vero che la violazione del termine del procedimento costituisce

---

riduzione *ex lege* dei termini, avente essenzialmente l'intento di velocizzare l'azione pubblica e di sopperire *ope legis* ai ritardi delle pubbliche amministrazioni, non si è tradotta in una maggiore tempestività e qualità dell'azione amministrativa, né in un efficiente rimedio al problema strutturale di una lenta, frammentata e inefficace attuazione normativa e amministrativa».

<sup>43</sup> In merito, occorre specificare che all'interno della dinamica del procedimento amministrativo, i termini sono di regola ordinatori e solo eccezionalmente perentori. Tale distinzione ha conseguenza in merito alla possibilità per la p.a. di esercitare il potere anche oltre la scadenza del termine: nel caso di termine ordinatorio, il potere dell'amministrazione pubblica sopravvive e dunque questa può ancora emanare l'atto; al contrario, nel caso di termine perentorio, il potere della p.a. si esaurisce (sebbene non sia stato esercitato) allo scadere del termine, comportando l'impossibilità per l'amministrazione di emanare un provvedimento valido.

<sup>44</sup> Come afferma G. CORSO, *Attività amministrativa*, Giappichelli, 1999. Si veda in merito anche A. BLASINI, *op. cit.*, 467: «La rilevanza del tempo dell'azione amministrativa riceve, nel suo complesso, una sistemazione inadeguata ed insoddisfacente a partire da quel postulato, tralasciamente rinnovato da unanime giurisprudenza, ma privo di un qualsiasi serio fondamento normativo, che vuole che il decorso del termine di conclusione del procedimento non determini l'invalidità dell'atto in ragione dell'inesauribilità del potere amministrativo»; S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, cit., 1205.

<sup>45</sup> Si nota che, secondo autorevole dottrina, la violazione del termine del procedimento costituisce motivo di invalidità dell'atto tardivamente adottato. Ci si riferisce a quanto sostenuto da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici.*, ESI, 2018, il quale giunge, per l'appunto, a ricondurre il termine del procedimento nel paradigma della validità formale del provvedimento, in pari dignità delle altre norme che regolano la formazione dell'atto, per cui il provvedimento tardivo è invalido.

un'estrinsecazione della violazione dei doveri di correttezza e buona fede, da tale violazione – di regole di comportamento – non potrebbe farsi discendere l'invalidità dell'atto.

Tuttavia, l'orientamento in parola presenta il pregio di cogliere appieno la difficoltà che incontra il privato per assicurarsi una tutela davanti ad un'azione scorretta della p.a., e sottolinea la necessità di rendere, quindi, tale tutela maggiormente efficace. Detto altrimenti, notare che le soluzioni adottate dal legislatore contro i ritardi dell'amministrazione pecchino di poca chiarezza è fondamentale per ripensare il rapporto tra privato e p.a. in un'ottica più moderna; e l'idea che la tempestività del provvedimento possa rientrare tra gli elementi strutturali dello stesso è piuttosto suggestiva – sebbene difficilmente condivisibile – alla luce della maggiore tutela degli amministrati e dell'avvicinamento del diritto pubblico alle logiche privatistiche. Ma, se così fosse, a fronte del ritardo dell'amministrazione pubblica, al privato spetterebbe, oltre al risarcimento del danno, anche la tutela di annullamento.

In questa prospettiva, si pensi alla disciplina del ritardo nell'adempimento di una prestazione, all'interno del rapporto obbligatorio tra i privati: il debitore che adempia la propria prestazione in ritardo è tenuto, oltre che all'adempimento – sempre che il creditore sia ancora interessato a riceverlo – e al pagamento degli interessi moratori (in presenza di obbligazioni pecuniarie), a risarcire il danno da ritardo<sup>46</sup>.

Passando, invece, al rapporto amministrativo, come visto, il privato che si sia rivolto all'amministrazione pubblica per ottenere un provvedimento, in caso di ritardo può lamentare il danno ma rimane destinatario di quell'atto, a prescindere dalla sua volontà. In sostanza, equiparando l'obbligo di provvedere tempestivamente, facente capo alla p.a., all'obbligo di adempiere, si può affermare che – in determinati casi – il ritardo sia tale da far venir meno l'interesse del privato ad ottenere una risposta dall'amministrazione.

L'utilità di tale soluzione va verificata non tanto relativamente al caso in cui il privato riceve un provvedimento di diniego – in quanto, comunque, non ottiene quello cui aspira – quanto per il caso di emanazione di un provvedimento favorevole (ad es., di autorizzazione) emesso però con grande ritardo. Infatti, potrebbe accadere che – pur avendo presentato la relativa istanza – il privato non abbia più interesse a realizzare un'opera oppure a iniziare un'attività.

Se però nel caso dell'obbligazione di diritto privato rileva esclusivamente l'interesse del creditore insoddisfatto, più complessa è la vicenda di diritto pubblico. Vero è che il privato ha sempre la facoltà

---

<sup>46</sup> L'interesse creditorio costituisce, infatti, uno degli elementi costitutivi del rapporto obbligatorio e, dunque, il suo venir meno comporta l'estinzione dell'obbligazione (in tal senso, per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Giuffrè, 1990, 45). Sicché, in caso di adempimento tardivo, esso può sfociare in un inadempimento definitivo, ove la dilazione temporale sia tale da far perdere al creditore l'interesse a ricevere la prestazione: ciò pare dimostrato dalla disciplina prevista, in tema di impossibilità sopravvenuta, all'art. 1256 comma 2 c.c., dalla quale risulta che un eccessivo ritardo nella prestazione possa comportare il venir meno della stessa per disinteresse del creditore.

di rinunciare, ma è altrettanto vero che quell'attività non risponde solo all'interesse dello stesso, ma anche a quello dell'intera collettività. Di conseguenza, l'eventuale rinuncia del privato (causato dal ritardo della p.a. nell'emanare il provvedimento richiesto) non si riverbera soltanto sulla sua sfera giuridica, ma anche – più in generale – sull'interesse pubblico, che, talvolta, potrebbe rischiare di restare insoddisfatto<sup>47</sup>.

Di fatto, quindi, la lentezza dell'azione amministrativa rappresenta sempre un danno<sup>48</sup>.

In quest'ottica, la tesi che sostiene la possibilità per il privato di agire per la caducazione del provvedimento tardivo ha il merito di spostare l'attenzione sull'esigenza di trovare soluzioni strutturali ai difetti endemici che presenta il rapporto amministrati-amministratori. Tuttavia, essa è difficilmente accoglibile, in quanto non tiene in debito conto il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta e, altresì, non considera la natura ordinatoria del termine di conclusione del procedimento stesso.

### **3. Le “frontiere mobili” tra diritto pubblico e diritto privato: le influenze pubblicistiche sul diritto privato.**

L'analisi fin qui svolta, relativa alla responsabilità civile dell'amministrazione pubblica, ha portato a inevitabili rimandi alla disciplina civilistica e questo, d'altra parte, non senza una ragione: come detto, quello della responsabilità è uno degli ambiti che maggiormente consente di osservare da vicino l'interazione tra i due sistemi.

A questo proposito, nel corso del lavoro finora svolto, è emersa, sullo sfondo, una concezione dei rapporti tra le due materie (per così dire) tradizionale, nonché chiaramente orientata alla netta distinzione tra le stesse<sup>49</sup>: da una parte il diritto privato, orientato verso moduli consensuali, dall'altra il diritto amministrativo, con una dinamica concentrata sul potere dell'amministrazione pubblica.

---

<sup>47</sup> Si intende dire che se la richiesta del privato era finalizzata alla costruzione di un bene utile per la collettività, come ad esempio, un palazzetto sportivo, il ritardo e l'eventuale rinuncia del privato, potrebbero compromettere l'utilità collettiva e quindi avere ricadute di più ampia portata. Naturalmente, non è detto che ciò avvenga, considerato che, talvolta, la richiesta del privato potrebbe essere diretta all'ottenimento di un bene finale con scopo meramente egoistico, come ad esempio nel caso di un permesso di costruire un'abitazione privata.

<sup>48</sup> V. S. SCREPANTI, *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, cit., la quale, nota, in senso critico, con specifico riguardo alla materia degli appalti che: «Nel settore delle opere pubbliche, la costante instabilità del quadro normativo, la scarsa capacità amministrativa di reagire tempestivamente alle scadenze imposte per legge o regolamento, la ridotta attitudine di concertare le decisioni strategiche a livello politico-istituzionale e di realizzare le opere secondo le procedure e i poteri ordinari risultano i principali fattori che determinano incertezza e lentezza del procedimento decisionale e realizzativo delle opere con una conseguente insoddisfazione delle situazioni giuridiche soggettive di cittadini, imprese e investitori».

<sup>49</sup> *Ex multis*, parla di «grande dicotomia» tra diritto pubblico e diritto privato, N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Utet, 1985, 3 ss. Il tema è altresì

È proprio tale dicotomia che conduce a porre l'attenzione anche sul diritto privato: sebbene fino ad ora l'attenzione si sia riversata sull'applicazione di moduli privatistici al diritto amministrativo, il quesito riguardante i confini tra diritto privato e diritto pubblico non può prescindere neppure dall'analisi delle influenze che il diritto pubblico esercita sul diritto privato. A questo proposito, infatti, non interrogarsi su questo secondo profilo renderebbe incompleta la nostra analisi, in quanto il rapporto tra due termini (diritto privato e diritto pubblico, nel nostro caso) va indagato in senso "bidirezionale" (vale a dire, come l'uno influisce sull'altro, e *viceversa*).

A titolo esemplificativo, si pensi al quesito riguardante la natura della responsabilità precontrattuale: in tale ambito, come si vedrà, una delle obiezioni<sup>50</sup> mosse alla tesi della sua natura contrattuale – e, in particolare, del suo fondamento nel contatto sociale tra le parti – trova la propria ragion d'essere nell'assenza di pariteticità, all'interno del rapporto pubblico, tra privato e p.a.<sup>51</sup>. In questo solco, si colloca la tesi di chi vede, nel perseguimento dell'interesse collettivo da parte della p.a., un ostacolo alla piena applicazione del diritto privato, in quanto quest'ultimo si caratterizza per il fatto che le parti agiscono, per il raggiungimento del proprio interesse individuale, sulla scorta del principio volontaristico<sup>52</sup>. Ancora – al fine di giustificare una disparità tra soggetto pubblico e privato – si può fare riferimento alla (presunta) incompatibilità tra la necessità di mantenere stabile il vincolo contrattuale e la facoltà accordata all'amministrazione pubblica di sciogliere il negozio in virtù della massimizzazione dell'interesse collettivo.

In effetti, sotto questa prospettiva, potrebbe non essere agevole l'interazione tra diritto privato e pubblica amministrazione. Tuttavia, la dicotomia tra le due materie (così intesa) appartiene, appunto, ad una visione tradizionale dei rapporti e, in particolare, del diritto privato.

A questo proposito, qualche riflessione in merito al grado di interazione tra le due materie, privata e pubblica, non può prescindere da una serie di considerazioni che coinvolgono anche il diritto

---

approfondito da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1950, *passim* e L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001, 374 ss.

<sup>50</sup> Si v., anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, Cap. 2, par. 5.

<sup>51</sup> Si veda, in merito, il par. 5 del presente capitolo.

<sup>52</sup> Pare questa la giustificazione sottostante a Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. it.*, 1998, 569 ss., con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*: «l'art. 1337 c.c. è [...] inapplicabile [quando] vi sono soltanto i partecipanti alla gara i quali, pur avendo l'interesse legittimo all'esercizio corretto, da parte dell'autorità amministrativa, del potere di scelta dell'imprenditore che, alle condizioni più convenienti, dia ad essa le garanzie maggiori, non hanno tuttavia alcun diritto soggettivo alla prosecuzione del procedimento e al rispetto delle regole della buona fede imposto dall'art. 1337 c.c. »; si veda anche Cass. 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 349 ss., con nota di R. MORESE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno*; e in *Corr. giur.*, 2006, 67 ss., con nota di A.M. DE LUCA, *Culpa in contrahendo e procedimento amministrativo*; Cass., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4673, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864, in *Foro it.*, 2015, III, 615; Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 499 ss., con nota di E. BRUGNOLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*; Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920, in *Urb. app.*, 2005, 788 ss., con nota di C. CONTESSA, *Le Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di una infinita historia?*

privato, il quale ha visto cambiare i suoi paradigmi a partire dalla seconda metà del secolo scorso, anche a seguito alle trasformazioni economico-sociali intervenute in tale periodo.

Al riguardo, la sempre maggiore centralità accordata alla persona e l'influenza del diritto europeo su quello nazionale hanno infatti portato all'estensione dell'intervento pubblico nell'economia, il quale, a sua volta, ha condotto a stemperare alcuni dei dogmi propri del diritto civile<sup>53</sup>. In particolare, si è fatta decisamente più insistente l'esigenza solidaristica nella quale il dogma della libertà negoziale ha trovato un limite<sup>54</sup>.

Osservando il fenomeno più da vicino, un primo cambiamento di visione può apprezzarsi in tema di sindacato sull'equilibrio del contratto. A questo riguardo, in via generale, l'impianto tradizionale del codice civile si contraddistingue per un generale disinteresse del legislatore per l'equilibrio delle prestazioni contrattuali. Più precisamente, il sindacato sull'equilibrio *economico* è escluso, mentre il sindacato sull'equilibrio *giuridico* è sì ammesso, ma come eccezione alla regola, ed al ricorrere di condizioni specificamente individuate dal nostro ordinamento<sup>55</sup>.

Quanto affermato può essere osservato sotto molteplici punti di vista e utilizzando vari istituti presenti nel codice civile: si pensi, ad esempio, all'istituto della rescissione, attraverso il quale il legislatore interviene sull'equilibrio del contratto solo dopo la conclusione dello stesso e alla presenza di determinati presupposti ben individuati dagli artt. 1447 e 1448 c.c. In altri termini, la tutela della parte debole (quella che versa in stato di pericolo o in stato di bisogno) non tocca la fase fisiologica di formazione del contratto, ma si esplica solo relativamente alla fase patologica<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Mulino, 2021, 239 ss., il quale osserva come «la distinzione tra pubblico e privato è oggi profondamente revocata in discussione dalla crisi economica. L'insolvenza, prima dei debitori privati e poi dei debitori pubblici, ha prodotto rilevanti problemi e un cambiamento nel paradigma e nella riflessione di non poco conto»: l'A., in particolare, fa riferimento alla crisi finanziaria del 2008, quale uno dei fattori che ha contribuito a mettere in crisi la suddetta dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato.

<sup>54</sup> In altri termini, lo Stato si fa "regolatore", scegliendo così di «conformare normativamente l'attività dei privati, con l'obiettivo di preservare la dinamica concorrenziale ovvero di mimare, con la forza della norma imperativa, gli esiti d'un mercato che in concreto non esiste» (A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 244).

<sup>55</sup> La distinzione tra le due tipologie di equilibrio contrattuale risiede in ciò: l'equilibrio economico riguarda il valore economico delle prestazioni, mentre l'equilibrio giuridico attiene alla posizione di ciascuna delle parti, al momento della stipula del contratto. Nota «la propensione a *controlli sostanziali sul contenuto del contratto, per reagire a elementi di "ingiustizia" o "squilibrio"* che esso presenti: in controtendenza rispetto al principio tradizionale per cui i contraenti, che concordino sul contratto al di fuori di vizi della volontà o di stati di pericolo o bisogno, sono gli unici arbitri della sua "giustizia" e del suo "equilibrio"» V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 873.

<sup>56</sup> Parla della rescissione come «*rimedio contro l'approfittamento della debolezza contrattuale altrui*» (corsivo dell'A.), V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 830. *Amplius*, C. CAMARDI, *Rescissione (squilibrio contrattuale)*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Giuffrè, 2021, 969 ss. Ancora, sempre al fine di evitare la conclusione di un contratto squilibrato, l'art. 1341 c.c. prevede, a tutela della parte che non ha predisposto il contratto e che, quindi potrebbe essere ingannata da controparte, unico predisponente, la tutela della doppia firma. Tuttavia, si tratta di un tipo di tutela solitamente definita come meramente "formale", in quanto la stessa non garantisce un'effettiva informazione fornita al contraente debole. Nonostante l'apposizione della doppia firma al documento contrattuale abbia l'utilità di stimolare una maggiore attenzione al testo contrattuale da parte del soggetto tutelato, una volta apposte le sottoscrizioni richieste, il contraente debole non avrebbe più diritto ad alcuna tutela ulteriore, anche ove il contratto risulti *ictu oculi* svantaggioso. Sulle

A supporto di quanto detto, si aggiunge che il codice civile contiene una quantità esigua di norme imperative<sup>57</sup> e vede, invece, la prevalenza di norme dispositive (altrimenti dette suppletive) che, tramite il meccanismo dell'integrazione, si sostituiscono alla volontà delle parti solo ove questa sia carente e lacunosa, senza modificarla. In altri termini, queste sono norme "amiche della volontà delle parti", non si pongono in contrasto con la stessa, né la modificano. Diversamente avviene in presenza di norme imperative: dalla violazione di quest'ultime (per natura non derogabili dalle parti), deriva la nullità del contratto, che può essere sia *totale* (coinvolgendo l'intero negozio) sia *parziale* (essendo limitata alla sola clausola contrastante con le norme imperative, ove ricorrano le condizioni previste dall'art. 1419 c.c.). In quest'ultimo caso, dunque, il contratto viene modificato, amputando la clausola contraria alla norma imperativa e lasciando operare quest'ultima: in altri termini, il testo contrattuale viene riscritto e questo reca con sé la conseguente trasformazione dell'equilibrio contrattuale, così come deciso dalle parti<sup>58</sup>.

Sebbene quella descritta sia l'impostazione del codice civile, a ben vedere il dogma dell'insindacabilità dell'equilibrio contrattuale, come fino ad ora delineato, non trova più perfetta corrispondenza nel diritto vivente, dal momento che, da un lato, la legislazione speciale e, dall'altro lato, lo sforzo giurisprudenziale hanno progressivamente eroso tale principio. Guardando innanzitutto all'opera portata avanti dalla giurisprudenza, gli esempi possono essere molteplici: sia dunque consentito, in questa sede, soffermarsi solo su due vicende, esemplificative di questa tendenza.

Si pensi, innanzitutto, al dibattito che ha riguardato l'istituto della caparra confirmatoria: il quesito che la giurisprudenza si è posta riguarda la possibilità di estendere alla caparra la disciplina sulla riducibilità d'ufficio prevista per la clausola penale dall'art. 1384 c.c.<sup>59</sup>.

---

esigenze tutelate coi vincoli di forma, cfr. peraltro S. PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, 2011, 772 ss.

<sup>57</sup> Alla luce di questo quadro, dev'essere dunque salutato come una vera e propria eccezione (insuscettibile di applicazione estensiva) il caso della riducibilità (d'ufficio: si v. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, 1347 ss., con nota di V. CARBONE, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*) della penale, previsto dall'art. 1384 c.c., il quale consente al giudice un sindacato sull'ammontare della penale, che può essere ridotta d'ufficio ad equità, ove ritenuta eccessiva dal giudice medesimo. Parimenti, risulta eccezionale la previsione dell'art. 1815 comma 2 c.c., che statuisce la nullità degli interessi usurari, ove previsti dalle parti all'interno di un contratto di mutuo: in tal caso, è la medesima legge (facendo riferimento al c.d. tasso soglia, periodicamente stabilito dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e pubblicato in Gazzetta Ufficiale) a stabilire la nullità degli interessi usurari, precisando altresì – con chiara funzione sanzionatoria – che, in tal caso, non siano dovuti interessi, neppure in misura legale. Sulla funzione dell'usura, anche con prospettive di riforma, cfr. L. MORISI, *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, in *Nuova leggi civ. comm.*, 2020, 1406 ss.

<sup>58</sup> Si tratta, in altre parole, del meccanismo dell'integrazione cogente: sui diversi modelli di integrazione contrattuale, si v., da ultimo, A. D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Giuffrè, 2021, 609 s., il quale – sul punto – rinvia al «dispositivo di correzione legale del negozio di cui all'art. 1339 c.c., che legittimando l'inserzione nel contratto di clausole imposte dalla legge anche in sostituzione di patti difformi, rappresenta il modello integrativo più direttamente confligente con l'atto di autonomia».

<sup>59</sup> A questo proposito, una prima tesi ha dato risposta negativa alla questione sulla scorta di un duplice rilievo<sup>59</sup>: per un dato letterale e topologico, in primo luogo, in quanto l'art. 1384 c.c. fa espressamente riferimento alla sola clausola penale,

A questo proposito, quello che qui interessa sottolineare è la presa di posizione della Corte Costituzionale, la quale, sebbene abbia stabilito l'impossibilità di estendere analogicamente alla caparra la disciplina riguardante la riducibilità della penale, di fatto ha ammesso la facoltà del giudice di sindacare il carattere eccessivo della stessa<sup>60</sup>. Ad avviso della Consulta, la possibilità per il giudice di ridurre una caparra eccessiva troverebbe ancoraggio nell'art. 2 Cost.: più nello specifico, la clausola contenente la previsione di una caparra eccessivamente onerosa sarebbe nulla, ai sensi dell'art. 1418, in quanto in contrasto con i principi di solidarietà sociale e buona fede desumibili dal citato articolo costituzionale. Si tratta, come pare evidente, di un chiaro esempio del (sempre più diffuso) interventismo, che la giurisprudenza sta manifestando in ambito contrattuale, andando a sindacare proprio quell'equilibrio (economico) del contratto, in precedenza ritenuto d'esclusivo appannaggio delle parti: infatti, con la suddetta pronuncia, la Consulta ha aperto alla possibilità di sindacare l'assetto negoziale deciso dai contraenti<sup>61</sup>.

Con quanto detto non s'intende tanto muovere una critica all'approccio così adottato, quanto (più semplicemente) evidenziare la recente posizione della giurisprudenza, che - con la sua opera interpretativa - contribuisce a modificare il paradigma del contratto, quale terreno d'esclusiva competenza dei privati.

---

evidenziando con chiarezza l'intenzione del legislatore di non riferire la medesima previsione alla caparra che, infatti, si trova disciplinata successivamente; e, secondariamente, per via della struttura e della funzione dei due istituti, clausola penale (per la quale è prevista la riducibilità) e caparra confirmatoria (per la quale non è prevista). Mentre la prima ha struttura unilaterale e la funzione di liquidazione anticipata del danno e di coercizione all'adempimento, la seconda ha struttura bilaterale (potendo gravare su entrambe le parti del contratto) e, inoltre, pur condividendo le prime due funzioni della clausola, svolge altresì la funzione di acconto o di anticipazione parziale del pagamento. Di diverso avviso è chi, invece, afferma la riducibilità della caparra per mezzo dell'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 1384 c.c. sulla scorta dell'indubbia similitudine tra i due istituti<sup>59</sup>. In merito al primo orientamento, si veda Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, e, più recentemente, Cass. 25 agosto 2020, n. 17715, le quali - sulla base delle differenze strutturali e funzionali tra i due istituti - hanno stabilito che il meccanismo, previsto dall'art. 1384 c.c. in tema di clausola penale, non è applicabile anche alla caparra confirmatoria. Con riguardo al secondo, il dibattito dottrinale - con spunti critici verso il prevalente orientamento, sopra riportato, secondo cui l'art. 1384 c.c. non potrebbe applicarsi analogicamente alla caparra confirmatoria - è ricostruito da F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 685 ss.

<sup>60</sup> Corte Cost., ord., 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, secondo cui «a fronte di una clausola negoziale (nella specie prevedente una caparra confirmatoria "eccessiva") che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, il giudice può rilevare *ex officio* la nullità (totale o parziale) ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato"».

<sup>61</sup> Critico, sul punto, è G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., 933, il quale accusa i giudici della Consulta di «introdurre un'idea che - nella sua apparente semplicità - contiene un principio "eversivo" dell'intero diritto contrattuale». Sul punto, si v. altresì gli spunti (critici) di C. GRANELLI, *Autonomia privato e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, 396 ss. e di M. TAVASSI, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, *ibidem*, 429 ss.

Gli esempi di questo *trend* non si esauriscono senz'altro nella pronuncia, sopra esaminata, della Corte Costituzionale: un altro caso in cui il giudice è stato chiamato – in via interpretativa – a sindacare l'equilibrio contrattuale si è verificato in tema di contratti assicurativi e *claims made*.

Senza ripercorrere lo sterminato dibattito sul punto<sup>62</sup>, questa nota vicenda giurisprudenziale riguarda i contratti di assicurazione da responsabilità civile stipulati dagli operatori medici: si tratta, in particolare, delle clausole *claims made* cc.dd. impure, sulla scorta delle quali le compagnie di assicurazione si obbligano a risarcire il danno causato dall'assicurato ad un terzo, alla duplice condizione che l'evento dannoso si sia verificato nell'arco di tempo di durata del contratto di assicurazione e che la richiesta di risarcimento del danno sia pervenuta nello stesso periodo di tempo.

Sebbene la vicenda sia nota soprattutto per essere stata oggetto di dibattito riguardante la meritevolezza di un contratto di assicurazione così disciplinato<sup>63</sup>, contenente regole eccezionali

---

<sup>62</sup> Sia consentito rinviare esclusivamente ai due (più celebri) precedenti a Sezioni Unite, vale a dire Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 3190 ss., con nota di R. SIMONE, *Le Sezioni Unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*, in *Danno resp.*, 2016, 929 ss., con note di M. GAZZARA-V. ALLAVENA-M. HAZAN, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 656 ss., con nota di P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Giur. it.*, 2016, 2602 ss., con nota di A. MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, in *Contr.*, 2016, 753 ss., con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 921 ss., con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 2017, II, 992 ss., con nota di R. MUGAVERO, *Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*, e Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Danno resp.*, 2018, 675 ss., con nota di R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Foro it.*, 2018, I, 3512 ss., con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims-made nel post diritto*, di A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, di N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, e di B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle Sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *Contr.*, 2018, 639 ss., con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le Sezioni Unite: bis in idem*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 1367 ss., con nota di C. BOLTI, *Le clausole claims made tra tipicità e pluralità dei rimedi*, *ivi*, 2020, II, 130 ss., con nota di S. LANDINI, *L'adeguatezza delle claims made*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 20 ss., con note di M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, e di G. FACCI, *Le Sezioni Unite e le claims made: ultimo atto?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 70 ss., con nota di A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in *Giur. it.*, 2019, 27 ss., con nota di F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "Big Picture"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 138 ss. con nota di M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*.

<sup>63</sup> Al riguardo, Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., fa espresso riferimento ad un «difetto di meritevolezza», diversamente Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., ritiene che «rispetto al singolo contratto di assicurazione *claims made* non si impone un *test* di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.», rendendosi piuttosto necessario «stabilire fino a che punto i paciscenti possono spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa». La differenza tra le due affermazioni pare basata su una diversa impostazione della problematica: ove il contratto d'assicurazione *claims made* fosse atipico, ad esso dovrebbe applicarsi proprio il vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322 comma 2 c.c. (come desumibile dalla pronuncia del 2016). Diversamente, le Sezioni Unite del 2018 negano la natura *atipica* del contratto *claims made*, sostenendo che esso s'inserisca all'interno dello schema tipico dell'assicurazione (senza snaturarlo) e perciò escludendo che ad esso possa applicarsi il controllo di meritevolezza prescritto dal comma sopra citato: piuttosto, sarà necessario verificare la sussistenza della «causa concreta» del contratto assicurativo.

rispetto al modello previsto nel codice civile, ciò che in questa sede preme sottolineare riguarda, ancora una volta, l'intromissione del giudice all'interno della dinamica contrattuale.

Al riguardo, la giurisprudenza si è ormai assestata nel senso di consentire al giudice – attraverso lo strumento della “causa in concreto” – di sindacare l'equilibrio economico, determinato dalle parti con l'inserimento della clausola *claims made* nel contratto di assicurazione, nonché di *emendare* il contratto squilibrato, procedendo a «integrare, come affermano le Sezioni Unite n. 22437 del 2018, lo statuto negoziale secondo il meccanismo previsto dall'art. 1419 c.c.»<sup>64</sup>. Un simile potere integrativo, riconosciuto in capo al giudice, disvela, nuovamente, la volontà di intervenire sul *regolamento negoziale*, riportando *ad aequitatem* un contratto (economicamente) squilibrato<sup>65</sup>.

Come sopra accennato, gli esempi denotano un'influenza della giurisprudenza nel regolamento contrattuale e quindi una limitazione della volontà negoziale delle parti che, in alcune occasioni, subisce una compressione, al fine di lasciare spazio all'assetto di interessi ritenuto migliore per la tutela di una delle parti del contratto.

Il *trend* giurisprudenziale appena sottolineato – legato ad un più penetrante sindacato sull'equilibrio contrattuale – trae ulteriore linfa anche dall'opera del legislatore, il quale – soprattutto in sede della legislazione speciale, legata alla tutela del consumatore<sup>66</sup> – ha posto l'attenzione sulla necessità di conformare l'attività negoziale dei privati, ponendo numerose norme imperative (necessarie, nella *mens legis*, ad addivenire ad una maggiore tutela del contraente debole). Nell'ambito della contrattazione consumeristica, infatti, la diffusione della contrattazione standardizzata e “di massa” ha reso necessario un percorso di “oggettivizzazione” della relazione negoziale che ha messo in crisi alcuni dei tradizionali postulati del diritto dei contratti.

---

<sup>64</sup> Cass., (ord.) 25 febbraio 2021, n. 5259, pubblicata in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 751 ss., con nota di S. BOSA, *Questioni (insolute) in tema di nullità del claims made*, in *Corr. giur.*, 2021, 773 ss., con nota di M. D'AURIA, *La “riscrittura” giudiziale dei contratti. Il caso delle claims made*, e in *giustiziavivile.com*, 26 aprile 2021, con nota di D. D'ADAMO, *Il vaglio giurisdizionale sulle clausole claims made: tra interventismo giudiziale ed istanze di tutela dell'autonomia negoziale*.

<sup>65</sup> Cfr. F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1093 s., secondo cui «la scelta di affidare alla causa nell'accezione di funzione economico-individuale del contratto un controllo di adeguatezza, che per di più si spinge sull'insidioso terreno dell'equilibrio economico tra le prestazioni, si rivela o contraddittoria o non pienamente consapevole della portata dogmatica delle categorie scomodate». Si vedano anche V. BACHELET, *L'affermarsi della responsabilità precontrattuale da contratto assicurativo inadeguato (e di altri rimedi meno adeguati)*, in *Annuario del contratto*, diretto da V. ROPPO-AND. D'ANGELO, Giappichelli, 2018, p. 177 ss., e G. FACCI, *Le Sezioni Unite e le claims made: ultimo atto?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 38 ss.

<sup>66</sup> Sulla spinta (decisiva) dell'Unione (prima, Comunità) Europea: sul punto, si v. A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 901 ss. il quale nota come «la protezione del consumatore non è un frutto della cultura giuridica italiana. Essa è prodotto di importazione e, nonostante i disperati tentativi di trovare “riferimenti indiretti” nel codice, la spinta decisiva a inserire nel nostro ordinamento elementi veri e propri di tutela del consumatore proviene dalla Comunità europea e dai provvedimenti da essa adottati palesemente ispirati dalle culture giuridiche dei Paesi dell'Europa settentrionale».

In quest'ambito, si può dunque notare una presenza più consistente di regole imperative, da cui consegue un maggiore utilizzo, da parte del legislatore, del meccanismo di integrazione cogente (che, come sopra si notava, non "accompagna" la volontà contrattuale ma, al contrario, la comprime, sostituendo clausole decise dalle parti con quanto, invece, predisposto dal legislatore), al fine di garantire la tutela di un interesse ritenuto preminente<sup>67</sup>. In altri termini, il monopolio un tempo lasciato alle parti nella costruzione del regolamento contrattuale viene fortemente ridotto allo scopo di assicurare un interesse, ritenuto dal legislatore, prevalente rispetto agli altri.

In tale prospettiva, si badi bene, non si fa riferimento ad un interesse individuale della parte debole. Al contrario, tramite la disciplina cosiddetta consumeristica, il legislatore tutela solo indirettamente l'interesse individuale del consumatore, intendendo, in prima battuta, tutelare un'intera categoria, allo scopo di assicurare il corretto svolgimento dei rapporti contrattuali nel contesto di un mercato sano e concorrenziale<sup>68</sup>.

Dalla disciplina consumeristica, esce dunque ridimensionata anche l'idea di pariteticità della relazione contrattuale<sup>69</sup>. Infatti, la legislazione speciale in ordine alla tutela del consumatore<sup>70</sup> trova la sua ragion d'essere nell'asimmetria esistente nella posizione dei contraenti: come noto, il legislatore prende atto dello squilibrio informativo che sussiste tra il professionista e il consumatore, oppure tra l'intermediario finanziario e il suo cliente<sup>71</sup>, e predispone una disciplina volta a evitare che tale squilibrio si trasformi in contratti altrettanto squilibrati a danno dei soggetti più deboli.

La particolarità è che in tali casi il legislatore non interviene solamente dopo la conclusione del contratto, attribuendo ad esempio al consumatore il c.d. diritto di ripensamento<sup>72</sup> ed introducendo

---

<sup>67</sup> V., al riguardo, S. PAGLIANTINI, voce *Contratti del consumatore*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Giuffrè, 2021, 101 il quale provocatoriamente si chiede se il diritto dei consumatori debba essere visto «come regola utilitaristica perché la protezione all'autodeterminazione consapevole di una parte è strumento di efficienza dei mercati».

<sup>68</sup> Parla di obiettivi di «giustizia e efficienza», V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 848.

<sup>69</sup> Cfr. G. D'AMICO, voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, Giuffrè, 2008, 571, il quale parla del contratto del consumatore come un «nuovo paradigma contrattuale».

<sup>70</sup> In questo caso un ottimo esempio è anche il terzo contratto, vale a dire quello stipulato da due imprenditori, che non necessariamente (per il solo fatto di essere forniti di una maggiore professionalità, rispetto a quella che caratterizza il consumatore) si trovano nella medesima posizione informativa.

<sup>71</sup> In tema di intermediazione finanziaria, si vedano, a titolo meramente esemplificativo, gli artt. 21 ss. del t.u.f., ma anche (e soprattutto) agli obblighi informativi risultanti dagli artt. 27 ss. del Reg. Emittenti: in quest'ultimo, si v., su tutti, l'art. 31, in forza del quale «gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari trattati, tenendo conto in particolare della classificazione del cliente come cliente al dettaglio o cliente professionale. La descrizione illustra le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri di tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate», nonché l'art. 40, relativo all'adeguatezza dell'informazione da fornire al cliente.

<sup>72</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 52 cod. cons., entro un termine di quattordici giorni (decorrenti dalla conclusione del contratto o dalla consegna del bene), il consumatore – nel caso di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali – può recedere dal contratto senza preavviso e senza dover sostenere spese ulteriori, come prezzo del recesso. Tale disposizione rappresenta, senza dubbio, una vistosa deroga al dogma dell'accordo, il quale prevede lo scioglimento unilaterale del vincolo solo in casi eccezionali e, solitamente, contro il pagamento di un corrispettivo.

così un'importante deroga al tradizionale principio di stabilità del vincolo contrattuale<sup>73</sup>. Ulteriormente, vengono previste regole (di condotta) riguardanti il rapporto tra le parti, anche prima della conclusione del contratto (solitamente, nel corso delle trattative), al fine di prevenire eventuali abusi del contraente forte<sup>74</sup>. Detto altrimenti, l'“intrusione” del legislatore all'interno della dinamica negoziale non attende che si verifichi la patologia, bensì *previene* il rischio di verifica della stessa, ponendo dei limiti alla volontà contrattuale del tutto innovativi, se paragonati alla dogmatica contrattuale contenuta nel codice civile.

La configurazione così disegnata del diritto civile e, in particolare, della contrattualistica, induce a compiere le considerazioni di cui si accennava sopra, in ordine ai rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, e consente di porsi in una prospettiva diversa da quella tradizionale. A tale proposito, le riflessioni possono essere molteplici: innanzitutto, anche il diritto privato ha subito (e subisce tutt'oggi) influenze da parte del diritto amministrativo. Ciò non equivale ad affermare che le regole pubblicistiche vengano pedissequamente applicate al diritto dei privati; tuttavia, non si può fare a meno di notare la diffusione di un diritto privato sempre più improntato a logiche e a principi, tradizionalmente di matrice pubblicistica come, per esempio, l'attenzione ad un interesse non individuale ma collettivo, oppure l'asimmetria all'interno del rapporto.

#### **4. Riflessioni finali sulla natura della responsabilità da lesione dell'affidamento della p.a.**

Alla luce dell'interazione crescente tra diritto pubblico e diritto privato, è possibile procedere a ad alcune riflessioni concentrandosi, ancora una volta (e in via conclusiva) sulla responsabilità da affidamento dell'amministrazione pubblica.

La prima osservazione che può farsi è che l'istituto della responsabilità precontrattuale ha, nel corso del tempo, guadagnato sempre più spazio, vedendo il proprio campo di azione estendersi anche al settore del diritto pubblico.

In merito, infatti, la responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole e quella da mero ritardo (al pari della responsabilità precontrattuale, già esaminata in ambito di contrattazione pubblica) pure si muovono nell'orbita dei paradigmi pre-contrattuali e, d'altra parte, ognuna di queste ipotesi, come visto, trova la sua ragion d'essere nella tutela dell'affidamento del privato: più nello

---

<sup>73</sup> Oltre al rinvio all'art. 1372 c.c., da sempre portante il principio della vincolatività del regolamento contrattuale (*pacta sunt servanda*), è possibile qui richiamare le diverse funzioni attribuite ai recessi *legali*, previsti cioè dal nostro codice civile, e solitamente suddivisi in recessi di liberazione (volto a sottrarsi da un vincolo contrattuale che altrimenti peserebbe eccessivamente su una delle parti), di autotutela (solitamente giustificato da un inadempimento di controparte) e di pentimento (espressamente previsto dal contratto, che consente ad una parte di “cambiare idea”). Sul punto, *amplius*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 518 ss.

<sup>74</sup> Come nel caso degli obblighi informativi, riportati alla precedente nt. 71.

specifico, non si tratta di vere e proprie ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma di fattispecie che della precontrattuale utilizzano alcuni elementi e dunque, ad essa possono essere assimilate, sebbene con la dovuta flessibilità.

Così, la responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole, pur facendo propri gli obblighi comportamentali di correttezza e buona fede, richiede di non essere completamente appiattita sul paradigma della responsabilità precontrattuale e di mantenere la propria autonomia, sia dal punto di vista nominalistico sia (soprattutto) con riguardo alla disciplina applicabile. In proposito, di particolare interesse risulta la tesi<sup>75</sup> che propone la definizione di “responsabilità preprovvedimentale” con applicazione del generico art. 1175 c.c. in luogo dei più specifici artt. 1337 e 1338 c.c.

Simili considerazioni possono valere per la responsabilità da mero ritardo, che pure trova il proprio fondamento nella violazione di obblighi comportamentali da parte dell'amministrazione pubblica e della lesione dell'affidamento del privato, in quanto quest'ultimo ha fiducia nel fatto che il procedimento arriverà a conclusione nei tempi previsti.

Allo stesso tempo, la fattispecie mantiene alcune specificità legate alla presenza del soggetto pubblico e alla sua applicazione ad un ambito in cui le esigenze di cura dell'interesse pubblico devono, di regola, prevalere sull'interesse privatistico. Dunque, l'ipotesi della responsabilità da mero ritardo, pur presentando delle forti similitudini con la vicenda della mora del debitore, in realtà, ancora una volta, non è perfettamente assimilabile alla dinamica di un rapporto obbligatorio tra privati.

Guardando alla responsabilità precontrattuale, il dibattito generale si riverbera (inevitabilmente) anche sulla *culpa in contrahendo* della p.a.

Come noto, la diatriba vede contrapporsi due orientamenti, di cui il primo sostiene la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, mentre il secondo sposa la teoria della natura contrattuale della stessa<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Sopra riportata, al par. 1 del presente capitolo.

<sup>76</sup> Al riguardo, c'è chi ritiene che tale dibattito sia piuttosto sterile e debba essere ridimensionato dal momento che, nei fatti, la disciplina della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità aquiliana, nell'ambito della *culpa in contrahendo*, non condurrebbero a risultati così dissimili da imporre una scelta. Ci si riferisce, in proposito a G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, cit., 1384, il quale sostiene che la problematica qualificatoria non sembra avere particolare rilevanza, in quanto su molti profili le discipline potrebbero finire per convergere indipendentemente dalla natura attribuita alla *culpa in contrahendo*. In breve, l'A., con riguardo all'onere probatorio, nota che non abbia senso applicare la regola in virtù della quale al creditore spetta solo allegare l'inadempimento di controparte, toccando, invece al debitore provare di aver adempiuto. Infatti, a parere dell'A., tale regola sarebbe applicabile solo in presenza di una prestazione determinata nel suo contenuto, invece, nel caso della responsabilità precontrattuale, la pretesa del creditore (soggetto leso dalla scorrettezza di controparte) è diretta ad un mero comportamento dal contenuto indeterminato. Pertanto, sarebbe onere del creditore, non solo allegare, ma anche provare il comportamento scorretto di controparte convergendo così tale disciplina con quella della responsabilità aquiliana, in punto di prova del fatto lesivo. Con riguardo, invece, alla prova dell'elemento soggettivo, si potrebbe trattare di una responsabilità per colpa presunta dovendo gravare quindi, sul debitore danneggiante l'onere della prova contraria. Si veda, in merito anche A. IULIANI, *La*

Il dibattito, mai sopito, ha una valenza tutt'altro che dogmatica. Stabilire se una fattispecie rientra nell'alveo della responsabilità extracontrattuale o contrattuale ha delle implicazioni di grande rilevanza soprattutto in termini di onere probatorio e di termini di prescrizione e, dunque, di concreta possibilità, da parte del richiedente, di vedersi riconosciuto il risarcimento del danno (senza dubbio, in entrambi i casi, quantificabile facendo riferimento al solo interesse negativo del danneggiato<sup>77</sup>).

Inoltre, a ben guardare, tale questione, trasposta nell'ambito dell'amministrazione pubblica, assume ancora più interesse dal momento che l'esame delle forme di responsabilità esaminate nel corso del lavoro potrebbe fornire ulteriori elementi, utili a chiarire o confermare i termini del dibattito riguardante la natura della *culpa in contrahendo*.

Allo stesso tempo, le considerazioni relative alla natura dell'istituto non sono estranee all'analisi dell'evoluzione del rapporto pubblico, dal momento che il trattamento risarcitorio incide nettamente sulla posizione del privato danneggiato e costituisce un dato ulteriore per indagare il grado di tutela accordata a quest'ultimo, nel suo rapporto con l'amministrazione.

Per la verità, questa sembra anche essere la convinzione della nota pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 2018<sup>78</sup>, la quale, sebbene si riferisca espressamente alla figura del contatto sociale, si affretta subito a precisare che l'argomento meriterebbe un più approfondito esame.

In proposito, occorre ricordare che la decisione appena citata, nel ribadire la portata generale dell'obbligo di correttezza, rinviene la base costituzionale dell'art. 1337 c.c. nel principio di solidarietà sociale e sottolinea come tale dovere si rafforzi nei momenti relazionali, come quelli precedenti la stipula di un contratto, tanto da specificarsi in doveri di correttezza e buona fede propri della fase precontrattuale. A questo proposito, il Supremo Consesso amministrativo fa, appunto, esplicito riferimento alla figura del *contatto sociale*<sup>79</sup>, a cui va ascritto il merito di aver ben messo in

---

Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 1451 ss.

In merito, invece, al risarcimento dei danni solo prevedibili, l'A. ritiene che neanche l'art. 1225 vada applicato alla *culpa in contrahendo* in quanto è legato all'esistenza di un'obbligazione, anch'essa, determinata nel suo contenuto, condizione necessaria affinché il debitore possa calcolare sia i vantaggi che gli eventuali danni. Questo requisito non è presente tra gli elementi della precontrattuale e pertanto, come nell'aquiliana, la ratio dell'art. 1225 c.c. non potrebbe trovare spazio. Infine, ad avviso dell'autore, l'unica reale differenza tra le due discipline sarebbe legata al diverso termine di prescrizione.

<sup>77</sup> A. D'ADDA – C. FERRARI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 309.

<sup>78</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, 1983 ss., con nota di COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, 1547 ss., con nota di TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*; in *Urb. app.*, 2018, 639 ss., con nota di GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Guida dir.*, 2018, 23, 88 ss., con nota di CLARICH-FONDERICO, *Un passo avanti per eliminare situazioni di privilegio*; in questa *Rivista*, 2018, 1594 ss., con nota di FOÀ-CALDERARO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*.

<sup>79</sup> Si veda, a tal proposito A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2015, 346 ss. l'A. nota che, con l'espressione, si intende fare riferimento a «rapporti che si caratterizzano per la circostanza che un soggetto ha riposto una certa fiducia in un altro soggetto nel momento in cui

luce il collegamento sussistente tra gli obblighi di correttezza e buona fede, da un lato, e l'intensità della relazione tra le parti e dunque il grado di affidamento, dall'altro: proprio l'affidamento riposto dal privato diviene particolarmente elevato nel caso in cui una delle parti occupi un determinato *status*.

Una volta svolte queste considerazioni, il passo per applicarle ai rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione è breve: infatti, il privato nutre (di regola) una maggior fiducia nell'attività della p.a., rispetto a quella riposta nei confronti degli altri privati, in quanto l'operare del soggetto pubblico è sottoposto al principio di legalità<sup>80</sup>.

Approfondendo allora il dibattito sul tema, la ricostruzione che incardina la responsabilità precontrattuale della p.a. nelle maglie della responsabilità aquiliana utilizza, come argomento principale, quello dell'estraneità delle parti, che non risultano ancora legate da alcun vincolo contrattuale. Questo comporterebbe l'applicazione di un regime probatorio più gravoso per il privato danneggiato che si vedrebbe costretto - al fine di ottenere il risarcimento del danno - a provare il fatto illecito, il nesso causale tra la condotta illecita e il danno, nonché il danno subito e l'elemento soggettivo della p.a. danneggiante, con un termine di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno di cinque anni.

Diversamente, l'opposto orientamento ritiene che la fattispecie rappresenti un'ipotesi di responsabilità contrattuale, valorizzando il dato fattuale per cui, seppur in assenza di un vincolo obbligatorio contrattuale, le parti sarebbero già legate da quello che è stato definito "contatto sociale qualificato": anche nella fase precontrattuale, sorgono in capo alle parti *obblighi* di informazione e

---

consapevolmente, al fine di conseguire lo scopo che tramite il 'contatto sociale' desiderava raggiungere, ha affidato determinati propri beni giuridici alla cura e alla protezione altrui». In particolare, per tale teoria, la fattispecie della *culpa in contrahendo* sarebbe un'ipotesi della categoria degli obblighi di protezione senza obblighi primari di prestazione. In tale ottica, all'interno della responsabilità precontrattuale «il fondamento razionale dell'obbligo di protezione è l'affidamento che si genera tra le parti di una relazione qualificata o – come si suole dire con un'espressione invalsa ma talora fraintesa – di un contatto sociale. Si tratta di quell'affidamento, che la buona fede rende legittimo, nella lealtà e correttezza della controparte, ossia nella ragionevole attenzione che quest'ultima osserverà per evitare che il rapporto diventi occasione di danno per l'altro»: così, A. NICOLUSSI, voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015, 660. La figura degli obblighi protezione senza obbligo primario di prestazione è stata teorizzata dalla dottrina tedesca e, in particolare da K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1976, 93. In proposito, si veda L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e 'di mezzi'*. *Studio critico*, Scritti, II, Milano, 2010, 229 – il quale identifica gli obblighi di protezione come obblighi di correttezza, «giusta la terminologia del nostro art. 1175» - nonché C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 545 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2020, 1164; G. D'AMICO, *op. cit.*, 1401.

<sup>80</sup> Sul punto si veda Cap. 1, par. 2.

chiarezza, i quali si caratterizzano per una maggiore stringenza rispetto al generico principio del *neminem laedere*<sup>81</sup>.

Quale (prima) conseguenza di tale ricostruzione, il privato danneggiato, al fine dell'ottenimento della somma richiesta a titolo di risarcimento del danno, dovrebbe dimostrare solo l'inadempimento dell'amministrazione e allegare il titolo dell'obbligazione, gravando, invece, in capo alla controparte, l'onere di aver adempiuto all'obbligazione.

Inoltre – sempre aderendo a quest'ultima ricostruzione – il termine di prescrizione sarebbe ben più lungo in quanto avverrebbe, ove trovasse applicazione l'art. 2946 c.c.<sup>82</sup>.

Ebbene, in merito, le recenti oscillazioni giurisprudenziali mettono in luce l'estrema attualità del dibattito, anche nell'ambito del diritto pubblico: fino a qualche anno fa sembrava prevalere l'idea secondo cui si inquadra la *culpa in contrahendo* dell'amministrazione pubblica come fattispecie di natura contrattuale<sup>83</sup>, e, più precisamente, ritiene che le trattative rappresentassero un fatto (diverso

---

<sup>81</sup> In giurisprudenza, sostenevano la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: Cass. civ., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, 597 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*; Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15172; Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160; Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645; Cass. civ., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Corr. giur.*, 1999, 1501, con nota di G. CECCHERINI; Cass. civ., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184 ss., con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*; nonché in *Corr. giur.*, 1990, 832, con nota di V. CARBONE, *Un'occasione perduta: la Cassazione riconferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale*, nonché, più recentemente, Cass. civ., 20 marzo 2012, n. 4382 e Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477, entrambe in *Danno resp.*, 2013, 754 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*, nonché da Cass. civ., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 693 ss.

Ha aperto alla natura contrattuale di tale responsabilità, per prima, Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1227 con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*; in *Contr.*, 2012, 235 ss., con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*. A questa pronuncia dedicano interessanti considerazioni ed analisi anche M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2013, 283 ss., e A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 344 ss.

<sup>82</sup> A parere di altra tesi, tuttavia, pur ritenendo che la responsabilità precontrattuale abbia natura contrattuale, in realtà, si prescriverebbe in cinque anni quando essa abbia ad oggetto un contratto annullabile per vizio del consenso. In tal caso, infatti, la domanda di risarcimento andrebbe proposta unitamente a quella di annullamento (con prescrizione quinquennale) sulla base del fatto che il 1338 limita il risarcimento ai danni derivanti per aver confidato nella validità del contratto e dunque discendenti dal suo annullamento. In merito, si guardi L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 335. In realtà, si ribadisce che l'azione risarcitoria, anche in questo caso, possa mantenere una sua autonomia rispetto a quella di annullamento. D'altra parte, con specifico riguardo all'ipotesi di dolo, l'art. 1440 c.c. espressamente prevede che l'azione risarcitoria sia promossa autonomamente rispetto all'azione di annullamento che, in questo caso, non è proponibile dal momento che il dolo non ha la caratteristica di essere determinante. Si guardi, in merito anche G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1384 ss.

<sup>83</sup> A proposito, v. Cass. civ., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 1451 ss., con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2016, 2568 ss., con nota di A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 2, 1950 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale e "contratto sociale qualificato"*; in *Corr. giur.*, 2016, 1504 ss., con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Foro it.*, 2016, 1, 2695 ss., con nota di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e culpa in contrahendo: verso la tesi contrattualistica*; in

dal contratto o dal fatto illecito) idoneo a produrre obbligazioni in capo alle parti, ai sensi dell'art. 1173 c.c.<sup>84</sup>.

A supporto di tale tesi, agli argomenti già descritti relativamente al dibattito generale, si adducono ulteriori considerazioni, legate all'ambito specifico del procedimento amministrativo (anche quello di evidenza pubblica). Il privato e l'amministrazione, infatti, non solo sono legati da trattative ma, in maniera ben più intensa, sono anche parti di un procedimento amministrativo, specificamente volto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, al cui interno sono previsti precisi obblighi di informazione a carico dell'amministrazione, nonché il diritto di partecipazione a favore del privato. Inoltre – come spesso accade in molte ipotesi di *culpa in contrahendo* – rileva in modo particolare lo *status* dell'amministrazione, che crea un particolare affidamento del privato sia per la competenza

---

*Danno e resp.*, 2016, 1051 ss., con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1129 ss., con nota di A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla "culpa in contrahendo" alla violazione di obblighi di protezione*; in *Contratti*, 2017, 35 ss., con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*; in *Riv. not.*, 2017, 2, 776 ss., con nota di M. RINALDO, *Il contatto sociale qualificato nella controversa natura della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, e in *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, 2016, cit., con commento di D'ADDA – C. FERRARI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, cit., 311. Vedi anche Cons. Stato, sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2662, con nota di MAU. RENNA - A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*; Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. it.*, 2012, 12, con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) tedesca*; ancora, Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 1 ss., con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità contrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della p.a.*, e di E. CASSETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*; in *Danno e resp.*, 2002, 183, con nota di V. CARBONE, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da contatto procedimentale*; in *Giust. civ.*, 2002, 2679, con nota di S. MORELLI, *La responsabilità da atti illegittimi della p.a. secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*; nonché Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 9366, in *Foro it.*, 2003, I, 3359, con nota di F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Responsabilità delle Amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*. Per osservazioni critiche rispetto a questa ricostruzione, si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 236-238.

<sup>84</sup> V. A. D'ADDA – C. FERRARI, *op. cit.*, 304, che sostengono che «la sentenza si inserisce in quel filone giurisprudenziale colto, attento alla formazione e ai contributi più avanzati della dottrina. In particolare, trova qui accoglimento la «costruzione mengoniana della responsabilità contrattuale», comprensiva, in guisa di sineddoche, di tutte le ipotesi di responsabilità derivanti dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente, a prescindere dalla sua fonte, non necessariamente *ex contractu*»; in merito, si guardi anche L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 45. In merito, Cfr. C. CASTRONOVO, *La cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, *ivi*, 2012, 1233; vedi anche C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*, cit., *passim*. e M. D'ONOFRIO, *La responsabilità da contatto sociale della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021, 1350. Quest'ultima nota che «il procedimento amministrativo determina [...] un'intenzionale prossimità tra i soggetti che si interfacciano (il privato e la P.A.) ed è proprio questo elemento che sembra idoneo a giustificare un rafforzamento della tutela. Invero, in ragione dell'incremento del rischio cagionato dall'accostamento dei due centri d'interesse, risulta coerente la previsione di regole di condotta improntate al principio di buona fede più incisive rispetto al generale precetto di non ingerenza nella sfera giuridica di terzi». Sul versante giurisprudenziale, come sopra accennato, anche Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, *cit.*, sebbene abbia sottolineato la necessità di procedere ad un'analisi più approfondita, sembra aver sposato la tesi della *culpa in contrahendo* della amministrazione pubblica quale fattispecie di responsabilità da contatto sociale.

che l'amministrazione detiene, sia perché l'azione pubblica rinviene uno dei suoi pilastri nel principio di legalità che funge dunque da garanzia per il privato<sup>85</sup>.

Tuttavia, alcuni dei più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa hanno riaffermato la lettura della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione quale ipotesi di responsabilità aquiliana. In questo senso si è espressa una recente sentenza del Consiglio di Stato, la quale – nell'individuare i presupposti della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione all'interno del procedimento di evidenza pubblica – ha preso una chiara posizione sulla natura di tale responsabilità<sup>86</sup>. Inoltre, pochi mesi prima della pronuncia in parola, il medesimo Consiglio di Stato si è espresso sulla natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione pubblica, nel procedimento pubblico in generale e non solo in quello ad evidenza pubblica, sulla base del fatto che il rapporto tra amministrazione e privato sarebbe di tipo asimmetrico e quindi difficilmente conciliabile con il paradigma paritario su cui si basa la figura del contatto sociale<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> V. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., che afferma che «da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*». V., inoltre, Cass., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., par. 32, secondo cui non si tratta della generica responsabilità del passante ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno". Si guardi anche Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in *Corr. giur.*, 2016, 60 ss., con nota di M.C. AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto*, e in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2015, I, 989, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione e obbligo di informazione precontrattuale*. In particolare, quest'ultimo Autore ritiene che lo status professionale dell'amministrazione contribuisce a fondare in capo al privato che si interfaccia con le stessa «una specifica posizione di garanzia»; ancora, cfr. Cass. civ., sez. lav., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corr. giur.*, 2014, 165, con nota di V. CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*; M. D'ONOFRIO, *La responsabilità da contatto sociale della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, cit., 1350 ss. Si veda anche A. D'ADDA-C. FERRARI, *op. cit.*, 307. Che si tratti di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione è convinto anche C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 9, 1749, il quale ritiene che le ipotesi in commento non possano essere ricondotte al modello aquiliano in quanto tra le parti esiste già un rapporto e afferma che in realtà, è la preesistente situazione di rapporto, originata dall'esercizio del potere, sulla cui legittimità il privato può ragionevolmente confidare, a rendere giuridicamente rilevante l'affidamento». In particolare, l'A. fa riferimento a una responsabilità contrattuale in senso debole, come elaborata da S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 121 ss. La figura è definibile come «quella forma di responsabilità che scaturisce dalla violazione di obblighi privi della preordinazione a far conseguire al creditore una determinata utilità, quale che ne sia la natura», infatti «qui il fulcro della vicenda è la tutela dell'affidamento che il privato ha riposto nella legittimità della precedente condotta della Pubblica Amministrazione e non già l'aspettativa ad una condotta della medesima giuridicamente definibile come prestazione».

<sup>86</sup> CFR. Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, cit., e Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1246 (s.m.), con note di G. CRICENTI, *La chance come bene autonomo. Critica*, e di A.M. GAROFALO, *Interesse legittimo e obbligazione senza prestazione: il rapporto giuridico di affidamento tra rimedi specifici e risarcitori*; in *Foro it.*, 2021, 394; in *Danno resp.*, 2021, 509, con nota di M.L. VISCONTI, *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della p.a.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*; in *Giur. it.*, 2022, 708 ss., con nota di G. COMPORI, *L'Adunanza delle occasioni perse. Responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, cit.

<sup>87</sup> V. Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, cit., secondo cui «né la fattispecie in esame può essere ricondotta alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di "contatto sociale", in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del "rapporto amministrativo", la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata

Sembra, però, che la posizione del Supremo Consesso amministrativo si esponga a rilievi critici, sia nel metodo che nel merito, quando asserisce che il rapporto tra privato e p.a. sia un rapporto asimmetrico, e da ciò fa automaticamente discendere la non applicabilità dell'art. 1218 c.c., a favore dell'art. 2043 c.c.

In primo luogo, affermare che il rapporto tra amministrazione e privato sia improntato sulla “supremazia” della prima (a scapito del secondo, che si troverebbe dunque in una situazione di soggezione) si pone in netto contrasto, non solo e non tanto con quanto affermato, in maniera costante, dalla giurisprudenza immediatamente precedente alla suddetta pronuncia<sup>88</sup>; ma, anche, con la volontà del legislatore che, come visto, è indirizzata, da un lato, a responsabilizzare l'amministrazione nei confronti dei privati e, dall'altro lato, ad avvicinare la prima al secondo mediante l'utilizzo di moduli consensuali, scardinando il dogma della supremazia e del privilegio amministrativo.

Invero, se si invoca il principio del reciproco affidamento all'interno della procedura ad evidenza pubblica, di matrice schiettamente relazionale, è quantomeno contraddittorio giungere alla conclusione della natura aquiliana della responsabilità. Questa, come visto, non trova fondamento in uno specifico rapporto tra le parti, ma nel più generico principio di solidarietà sociale ed è lontana da quelle dinamiche in cui, invece, tra le parti intercorrono già delle reciproche e precise obbligazioni, dalla cui violazione nasce il diritto al risarcimento del danno<sup>89</sup>. In altri termini, la presenza di obbligazioni reciproche derivanti dall'applicazione, non solo del codice civile, ma anche della legge sul procedimento, impediscono, a maggior ragione, di escludere la natura relazionale della responsabilità in parola.

---

in termini di “supremazia”, cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul «contatto sociale» che si fondano sulla relazione paritaria»; C. CONTESSA, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss.; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2021, III, 406 ss.

Tale pronuncia, peraltro, come notato nel capitolo precedente (cfr. Cap. 2, par. 7) utilizza il termine di “supremazia” per descrivere la posizione dell'amministrazione nei confronti dei privati ponendosi in netta controtendenza con gli sforzi giurisprudenziali e le novità legislative che, invece, parlano di parità, all'interno del rapporto amministrativo, dei due soggetti, pubblico e privato.

<sup>88</sup> Vedi giurisprudenza già citata alla nt. 83.

<sup>89</sup> A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, 830; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 1217-1218: «si crea un ibrido, in quanto una categoria, che ha senso solo sul piano del rapporto, l'affidamento, viene trasposta nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, la quale — come suggerisce la sua stessa intitolazione — svolge invece la sua funzione proprio in mancanza di un rapporto. Far rilevare l'affidamento sul piano aquiliano è insomma un'improprietà, dovuta alla tendenza a concentrare tutta la responsabilità civile intorno alla clausola dell'ingiustizia, col risultato di appannare pure la distinzione legalmente prevista tra responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.) e responsabilità da violazione di obblighi (artt. 1218-1337 c.c.)»; A. DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della Pubblica Amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 299. In tale ottica, risulta dunque, altrettanto contraddittoria la Plenaria 21/21 nella quale i giudici, pur utilizzando il principio di affidamento reciproco quale perno del ragionamento fatto, in maniera un po' schizofrenica fanno applicazione dei principi di cui all'art. 2043 c.c.

Inoltre, è facile rispondere che l'asserita caratteristica di asimmetria – anche ove se ne ammetta la fondatezza – del rapporto tra privato e amministrazione non rappresenta un argomento convincente, in quanto anche nella disciplina civilistica esistono ipotesi di asimmetria tra le parti contraenti, tra cui, a titolo esemplificativo, il contratto concluso tra un professionista e un consumatore: tuttavia, ciò non impedisce di applicare – in tali casi – il regime della responsabilità contrattuale<sup>90</sup>.

In quest'ottica, il riconoscimento della sussistenza di una generica obbligazione di comportarsi secondo buona fede, in capo alla pubblica amministrazione, aiuterebbe a scardinare definitivamente il privilegio, tradizionalmente riconosciute<sup>91</sup>. In altre parole, pur restando il rapporto di natura asimmetrica, verrebbe meno l'idea di un'amministrazione impenetrabile, e questo si concilierebbe con l'esigenza di responsabilizzare la stessa e di tutelare la certezza degli affidamenti e del mercato, pervenendo, da ultimo, ad una sistemazione degli interessi in gioco più equa<sup>92</sup>.

Con questa considerazione non si intende dire che la qualificazione del rapporto dipenda dalla natura che si decide di attribuire alla responsabilità, che a quel rapporto fa riferimento. Al contrario, in senso logico, è la natura della responsabilità a dipendere dal tipo di rapporto. Tuttavia, se questo è vero, d'altro canto, si nota come, affermare la natura contrattuale della responsabilità, possa comunque assumere una funzione strumentale nell'intento di avvicinamento dell'amministrazione alle ragioni del privato.

In sostanza, la qualificazione, in termini di responsabilità contrattuale, della responsabilità precontrattuale della p.a., avrebbe delle ricadute pratiche rilevanti, in quanto agevolerebbe il processo di slittamento del rapporto pubblico verso una disciplina paritetica: si avrebbe, infatti, un onere

---

<sup>90</sup> A titolo esemplificativo, si pensi al diritto del consumatore che, in particolare modo, nasce dall'esigenza di tutelare la parte debole all'interno di una relazione asimmetrica.

<sup>91</sup> Inoltre, in merito, A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, 828 notano come solo il riconoscimento della natura relazionale di tale responsabilità consente di ritenere rilevante anche l'affidamento dell'amministrazione nei confronti del privato e di tutelare, dunque, anche la prima: «così, in tale prospettiva è possibile riconoscere la responsabilità del cittadino nei confronti della PA quando, ad esempio, il primo abbia fornito alla seconda informazioni parziali o altrimenti decettive nell'ambito del procedimento, sulle quali si sia fondata l'adozione di un provvedimento poi riconosciuto illegittimo». Ancora, gli stessi Autori, rilevano (*ivi*, 830) un'ulteriore contraddizione nella ricostruzione che afferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica: «riferendosi al principio di inesauribilità del potere amministrativo e al correlato potere di varianza, la rimproverabilità di condotte della PA che abbiano generato affidamento riceve senso proprio in funzione della rilevanza del profilo relazionale, laddove in termini di responsabilità aquiliana sarebbe incoerente reputare illecito un fatto che costituisce applicazione di un potere e quindi chiamare ingiusto un danno reso possibile dallo stesso ordinamento giuridico».

<sup>92</sup> A questo proposito, si veda la Cass., sez. un., ord., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., par. 33.1 per la quale «il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto [...]».

probatorio meno gravoso, in capo al danneggiato, e un termine di prescrizione più lungo, assicurando una maggiore probabilità che la p.a.- danneggiante risponda della propria condotta<sup>93</sup>.

Tale considerazione assume maggior peso se si considera che, nel contesto dei servizi resi ai cittadini, la p.a. ricopre il ruolo di monopolista: il cittadino non può scegliere a chi rivolgersi e, anche laddove decidesse di partecipare ad un'altra gara, la sua interlocutrice sarebbe comunque la p.a. Dunque, le conseguenze di un regime di responsabilità maggiormente gravoso per il privato sono da valutare all'interno di un più ampio contesto dei rapporti tra pubblico e privato che vede l'amministrazione mantenere alcune delle sue specificità<sup>94</sup>.

Infine, una simile conclusione garantirebbe anche una migliore allocazione del rischio socio-economico di un errato comportamento da parte della p.a. Non è sufficiente, infatti, garantire al privato più ampi spazi di partecipazione al procedimento oppure maggiore tutela delle sue aspettative, bensì si rende necessario anche mirare all'allocazione del rischio sociale ed economico derivante da scelte compiute dal soggetto pubblico nell'ottica del raggiungimento di un rapporto paritario<sup>95</sup>.

Come intuibile, considerazioni di questo tipo, legate al procedimento in generale – e al rapporto che si instaura tra privato e p.a. durante lo stesso – non solo sono fondate quando si parla di responsabilità precontrattuale, ma si adattano anche a quella fattispecie che fino ad ora è stata descritta come responsabilità pre-provvedimentale. Infatti, anche in quest'ultimo caso si è in presenza di un procedimento, sebbene, come visto, non finalizzato alla conclusione di un contratto.

Con particolare riguardo a questa ipotesi, ancora una volta, la giurisprudenza si è divisa tra chi ritiene che la sua natura sia aquiliana e chi, al contrario è di opposto avviso<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Per un'opinione contraria, si veda C. CONTESSA, *op. cit.*, 621 ss., il quale ritiene che «va comunque sottolineato che la ricostruzione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione secondo il modello aquiliano non incide in alcun modo sulla pienezza ed effettività della tutela somministrabile, adattandone - piuttosto - le modalità di concreto riconoscimento alle ragioni storiche che hanno caratterizzato la nascita e lo sviluppo del sistema nazionale di giustizia amministrativa».

<sup>94</sup> In merito, si guardi, A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *op. cit.*, 841, i quali notano che «peraltro, nei casi delle procedure di evidenza pubblica il soggetto che partecipa, entro i termini di legge, non può revocare la propria offerta e perciò gli è sostanzialmente precluso prendere in considerazione altri affari che lo priverebbero delle risorse per svolgere l'attività oggetto del bando», prosegue «Insomma, la scorrettezza mortifica il cittadino anche nella sua possibilità di cogliere altre opportunità, le quali, ove non venga poi adottato il provvedimento, vengono il più delle volte perdute definitivamente». Ancora, si guardi M. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016, 2.

<sup>95</sup> Al riguardo, viene a rilevanza anche il dibattito tema circa la funzione della responsabilità dell'amministrazione pubblica. Questo si pone come particolarmente problematico in quanto, nel diritto amministrativo, non vi è una disciplina *ad hoc* per la responsabilità, bensì è necessario fare riferimento alle norme civilistiche. Per un'analisi generale si veda, MAU. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 802. Si veda anche M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996; ID., *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, in *Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo tenutosi a Venezia il 28-29 settembre 2006*, Milano, 2007.

<sup>96</sup> Si noti che anche in questo caso, l'orientamento prevalente, all'interno della giurisprudenza amministrativa è quello che sostiene la natura aquiliana della responsabilità in parola. Sul punto, si veda nt. 3.

I sostenitori della tesi extracontrattuale, oltre a ribadire il carattere di supremazia del rapporto tra privato e amministrazione, all'interno del procedimento, notano anche che non è possibile rinvenire un'ipotesi di inadempimento di un'obbligazione laddove l'amministrazione pubblica utilizzi il suo potere, dal momento che non sarebbe configurabile, in capo alla stessa, alcun obbligo. Al contrario, la p.a. sarebbe titolare, appunto, solo di un potere attribuito dalla legge, da esercitarsi in conformità alla stessa e «ai canoni di corretto uso del potere individuati dalla giurisprudenza»<sup>97</sup>.

Tuttavia, similmente a quanto fatto in punto di *culpa in contrahendo*, sembra potersi dubitare della fondatezza di tale tesi per sposare, invece, quella che ritiene si sia in presenza di una fattispecie contrattuale.

In merito, come visto<sup>98</sup>, se, da un lato, l'assenza di un legame con il contratto (considerando che, non solo il contratto non c'è ma, in più, il procedimento non è preordinato alla sua conclusione) fa percepire come *prima facie* contraddittoria l'affermazione della natura contrattuale; dall'altro lato, appare utile – anche se forse scontato – ricordare che quando si utilizza l'aggettivo “contrattuale”, ci si riferisce ad ogni ipotesi di inadempimento di un'obbligazione. Detto altrimenti, l'espressione responsabilità “contrattuale” contiene una sineddoche, in quanto cita solo *uno* dei possibili casi (l'obbligazione derivante da contratto), per far riferimento ad una fattispecie ben più ampia (tutti i casi di inadempimento di un'obbligazione, a prescindere dalla sua fonte). Se questo è vero, allora, affermare la natura “contrattuale” della responsabilità pre-provvedimentale dell'amministrazione pubblica rappresenta un corollario necessario dell'esistenza di obblighi in capo alle parti – e, specificamente, in capo alla p.a. – di correttezza, trasparenza, imparzialità, nonché di tutti gli obblighi specificamente previsti dalla legge sul procedimento amministrativo.

Tale ultima considerazione conduce – inevitabilmente – a svolgere alcune riflessioni anche con riguardo alla natura della responsabilità da mero ritardo, che, come già detto, condivide con le prime due la base giuridica dell'affidamento e, allo stesso tempo, coinvolge l'obbligo di concludere il procedimento entro un certo termine.

---

<sup>97</sup> Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7 con nota di C. Contessa, *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 621 ss.; A. Palmieri - R. Pardolesi, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2021, III, 406 ss. Più nello specifico, la Plenaria si è pronunciata su richiesta del Consiglio Giuridico amministrativo per la Regione Siciliana (CGARS) con C.g.a., 15 dicembre 2020, n. 1136, reperibile in *Banca dati Pluris*.

<sup>98</sup> Vedi par. 1 del presente capitolo.

Al riguardo, il dato letterale dell'art. 2-*bis* appare chiaro nell'individuare tale ipotesi come *species* di responsabilità aquiliana, sulla scorta del riferimento all'elemento soggettivo, tipicamente appartenente al paradigma dell'art. 2043<sup>99</sup>.

Nonostante tale indice normativo, anche in tale caso – come nelle precedenti ipotesi di responsabilità – sembra da preferire la ricostruzione opposta. Infatti, l'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità da ritardo recherebbe con sé una contraddizione. Tale convinzione risiede nella considerazione del “diritto ad ottenere un provvedimento tempestivo” come bene autonomo e tutelabile in sé, a prescindere dall'esito favorevole del procedimento amministrativo. Sulla scorta di tale premessa, la ricostruzione in parola nota che – se l'obbligo di rispetto dei termini procedurali grava sull'amministrazione pubblica indipendentemente dalla spettanza del bene della vita – allora, si può affermare che si tratti di una vera e propria obbligazione la quale, laddove inadempita, darebbe luogo al risarcimento del danno a favore del creditore danneggiato.

Detto altrimenti, il risarcimento del danno previsto dall'art. 2-*bis* integrerebbe una forma di tutela risarcitoria avente la funzione di mettere il privato nella medesima curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se la controparte pubblica avesse adottato il provvedimento – sia favorevole che sfavorevole – tempestivamente. Alla medesima conclusione si giunge anche prendendo a riferimento il dato letterale: se, come visto, la norma in questione non fa alcun riferimento all'esito del procedimento, lasciando desumere che il risarcimento spetti anche in caso di esito sfavorevole, ciò significa che il ritardo è fonte di risarcimento *ex se*, dunque per il solo fatto di esser stato posto in essere<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Si veda in merito alla giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2675, cit.; Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2014, n. 1406, cit.; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 7 marzo 2014, n. 108, cit.

<sup>100</sup> F. GAFFURI, *op. cit.*, 1705, secondo cui l'art. 2-*bis* «non si limita ad imporre all'amministrazione un dovere, generico ed irrelato, di rispettare i termini di conclusione della procedura, ma prescrive una specifica regola di condotta, che la stessa amministrazione deve garantire, in termini di certezza, verso i soggetti che prendono parte all'iter di formazione del provvedimento». In merito si veda anche MAU. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 566; nel medesimo senso si veda ID., *Spunti di riflessione per una teoria delle posizioni soggettive “strumentali” e tutela degli interessi “procedimentali” pretensivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 812. V. anche Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*: in tale sentenza la Suprema Corte ha riconosciuto espressamente che i vincoli all'azione amministrativa, posti dalla L. n. 241/1990, costituiscono in capo all'autorità pubblica agente “obblighi procedurali”, inquadrabili nello schema contrattuale e qualificabili come “vere e proprie prestazioni da adempiere”, ai sensi dell'art. 1174 c.c. Ancora, sul punto, v. G. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2003, 64; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 601; E. CASSETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18.V. altresì Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.: «c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita

Alla luce del quadro così delineato, in merito alla natura delle tre forme di responsabilità «da lesione dell'affidamento» dell'amministrazione, una prima riflessione legata al modo di essere del diritto privato (e, dunque, a come quest'ultimo risente del rapporto col diritto pubblico), viene qui spontanea

Infatti, continuando nell'analisi di istituti di confine tra privato e pubblico, si può notare come il secondo può aiutare a comprendere o confermare le dinamiche del primo. E di questo, il dibattito sulla natura della responsabilità da lesione dell'affidamento della p.a. rappresenta un esempio. In tale ottica, affermare che le tre forme di responsabilità analizzate siano sussumibili, a seconda delle loro specificità, sotto il cappello dell'art. 1218 c.c., potrebbe servire a supporto della tesi della natura contrattuale all'interno del dibattito generale sulla natura della *culpa in contrahendo*. D'altra parte, se tutte queste tipologie sono accomunate dal loro legame con il principio di affidamento, sarebbe difficile affermarne la natura differente (dell'una rispetto alle altre).

In altri termini, si nota che, se da un lato il diritto amministrativo si serve di paradigmi privatistici per raggiungere alcune delle sue finalità, dall'altro, il diritto privato potrebbe attingere al diritto amministrativo in modo proficuo per chiarire a fondo i propri meccanismi.

---

sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento)». A questo proposito, completezza impone di portare all'attenzione anche un'ulteriore ricostruzione (dottrinale), ad avviso della quale si sarebbe in presenza di una responsabilità da procedimento (in quanto legata al superamento di un obbligo procedimentale), con funzione deterrente-sanzionatoria. In merito, per G. SORICELLI, *Analisi sistematica ed evolutiva della responsabilità da ritardo nell'emanazione del provvedimento amministrativo tra pubblico e privato*, op. cit., 2030, si tratterebbe «più che [di] un modello [di un] *tertium genus* di responsabilità, una *species* di responsabilità civile specifica dell'amministrazione per violazione delle norme procedimentali che tende ad avere una sua dimensione relazionale, caratterizzata dall'obbligo di adempimento di una prestazione "provvedimentale" a fronte di una pretesa creditoria del richiedente». La finalità, ad avviso dell'A., sarebbe quella di perseguire nuove forme di comportamenti antigiuridici derivanti dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede. Ne discenderebbe, pertanto, una possibile natura polifunzionale della responsabilità da mero ritardo che si proietterebbe nella prospettiva sanzionatorio-punitiva. L'A. sostiene che si possa notare, negli ultimi tempi, un riscontro a livello costituzionale in merito alla cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività della tutela che, in molti casi, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. (*Ex multis* Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Cass. pen.*, 2016, 4253). Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che si pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. È evidente però la necessità di prendere atto di questa rinnovata polifunzionalità della responsabilità civile in generale (cfr. *Cass.*, sez. un., 5 luglio 2017, n.16601 (in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1198, con riflessioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, e con nota di A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*), che amplia una precedente rivisitazione giurisprudenziale della responsabilità argomentata da *Cass. civ.*, 17 settembre 2013, n.21255, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1097]. A. BLASINI, *op. cit.*, 459, il quale ritiene che il tenore della maggior parte degli interventi legislativi in merito al silenzio abbia «funzione di prevenzione generale e soprattutto sanzionatoria nei confronti del funzionario e del dirigente che risulti inadempiente».

## 5. Privatizzazione del diritto amministrativo o contaminazione reciproca?

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di prendere atto che il privilegio dell'amministrazione pubblica è stato scardinato in seguito alle evoluzioni che hanno interessato il diritto amministrativo, sia da un punto di vista sostanziale, sia da un punto di vista processuale.

In modo particolare, il diritto amministrativo è stato, per così dire, investito dal fenomeno della privatizzazione, che si risolve nell'applicazione di canoni privatistici alle attività poste in essere dalla pubblica amministrazione. Si è avuto anche modo di osservare che l'ambito privilegiato per l'indagine di tale fenomeno è quello della responsabilità dell'amministrazione: questa, nel corso dell'ultima metà dello scorso secolo, era già stata al centro del dibattito che ha condotto la dottrina e la giurisprudenza ad ampliarne le maglie da un lato, riconoscendo nuove ipotesi di responsabilità aquiliana in capo all'amministrazione, dall'altro, estendendo, sebbene solo parzialmente (all'attività *iure privatorum*), la disciplina prevista dagli artt. 1337 e ss. c.c.

Con riguardo alla materia contrattuale, a partire dalla riforma del 2005 della legge sul procedimento amministrativo, il legislatore è intervenuto con plurime modifiche sulla normativa pubblicistica mostrando sempre maggior *favor* nei confronti di moduli consensuali di cui, indiscutibilmente, il contratto rappresenta un paradigma.

Si pensi all'introduzione dell'istituto degli accordi amministrativi *ex art.* 11 e del comma 1-bis all'art. 1 della L. 241/90. Entrambi gli articoli richiamano con chiarezza la normativa del diritto privato e, tuttavia, meno chiara è la modalità con cui degli stessi occorre fare applicazione. Infatti, si osserva che, sebbene il richiamo fatto dal legislatore sia tutt'altro che ambiguo, sarebbe stato necessario uno sforzo maggiore in termini di chiarezza e di coerenza sistemica nella stesura che avrebbe permesso alle norme di raggiungere una potenzialità applicativa maggiore di quella che, invece, oggi, si attribuisce loro<sup>101</sup>.

Guardando all'art. 11 della legge sul procedimento, l'istituto degli accordi avrebbe potuto rappresentare la normativa generale per tutti i tipi di accordi dell'amministrazione, comprendendo anche i contratti che appunto, per loro natura, si risolvono in un accordo. Tuttavia, come visto<sup>102</sup>, questi, dalla lettura del dato positivo, presentano delle caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dei contratti pubblici, così da rendere impropria un'assimilazione delle due ipotesi. Infatti, mentre i contratti pubblici si basano sulla cosiddetta struttura diaframmatica, comprendendo due fasi distinte tra loro, quella pubblicistica e quella privatistica, lo stesso non può dirsi per gli accordi.

---

<sup>101</sup> In merito, si richiamano le considerazioni svolte da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017, 33; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2005, 23.

<sup>102</sup> Vedi Cap. 1, par. 7.

Più nello specifico, come si ricorderà, gli accordi sostitutivi sostituiscono, appunto, *in toto*, il provvedimento amministrativo e, dunque, non hanno struttura bifasica, mentre quelli integrativi hanno la funzione di decidere quale sarà il contenuto del successivo provvedimento; quindi, presentano una struttura esattamente opposta a quella dei contratti pubblici: negli accordi integrativi, infatti, è il provvedimento a seguire l'accordo. D'altra parte, come visto, mentre gli accordi presuppongono la negoziabilità del potere, ciò non vale per i contratti pubblici<sup>103</sup>.

Una considerazione non troppo dissimile, in termini di utilità dell'intervento legislativo, può ben calzare anche per quel che riguarda l'art. 1 comma 1-*bis* della legge sul procedimento amministrativo, rispetto al quale l'ambiguità della lettera e le conseguenti incertezze interpretative hanno depotenziato e ristretto l'ambito di applicazione della norma, impedendo che si trasformasse nell'opportunità di chiarire una volta per tutte la prevalenza di moduli consensuali su quelli unilaterali.

La convinzione che sta alla base di tali modifiche legislative parte dal presupposto che istituti basati sul consenso delle parti possono rivelarsi utili all'amministrazione per il perseguimento delle sue finalità. In altri termini, l'intento sembra essere quello di attribuire ai moduli del diritto privato un ruolo centrale all'interno della dinamica pubblicistica così da realizzare gli obiettivi di efficienza previsti. Nel rapporto con i privati, infatti, la possibilità per la p.a. di utilizzo di moduli consensuali reca con sé una serie di conseguenze: un atto bilaterale, ottenuto dallo scambio di consensi degli interessati, è, per sua natura, dotato di maggiore stabilità di un atto unilaterale, imposto da una sola delle parti e – passivamente – sopportato dall'altra. Le conseguenze di tale distinzione si misurano, dunque, in termini di certezza delle relazioni e credibilità dell'amministrazione: da un lato il privato sarà meno propenso a impugnare un atto di cui ha contribuito a formare il contenuto; dall'altro lato, l'amministrazione sarà meno incline ad annullare un atto che è stato raggiunto a seguito di un'intensa interlocuzione con controparte. Questo porta con sé la riduzione dello spazio lasciato alla discrezionalità amministrativa e ad un proporzionale aumento della fiducia che i cittadini ripongono nell'azione dell'amministrazione. Con conseguente deflazione del contenzioso amministrativo.

Ancora, il maggiore coinvolgimento del privato cittadino consente alla p.a. di avvalersi delle competenze di quest'ultimo che talvolta è maggiormente consapevole delle circostanze esistenti rispetto alla fattispecie concreta: non è insolito che siano gli stessi privati a presentare all'amministrazione idee, programmi e progetti che potrebbero migliorare la vita dell'intera collettività. Questi sono, inoltre, depositari di informazioni che la p.a. riuscirebbe ad ottenere,

---

<sup>103</sup> Vedi Cap. 1, par. 7.

autonomamente, solo con maggior sforzo e che, invece, tramite il dialogo con il privato, risultano essere più accessibili<sup>104</sup>.

Al medesimo tempo, la prospettiva di una collaborazione tra privato e p.a. implica, naturalmente, degli obblighi di comportamento per entrambe le parti: è così che si coglie l'importanza degli obblighi di correttezza e buona fede e la crescente rilevanza attribuita all'affidamento del privato<sup>105</sup>.

Detto altrimenti, nel momento in cui l'amministrazione pubblica non opera più da sola e in maniera distaccata dal privato ma a questo si avvicina, sia domandandone la collaborazione, sia tenendo in considerazione le sue esigenze, i paradigmi di riferimento mutano in modo che la disciplina possa adattarsi il più possibile a tale evoluzione.

Ecco, quindi, che il diritto amministrativo prende in prestito degli strumenti dal diritto privato e li inserisce nell'interazione tra privato e amministrazione: ne sono esempio gli istituti analizzati nel corso di tutto il lavoro.

Questa constatazione rappresenta il punto da cui partire per interrogarsi circa la forma che assume il diritto privato quando, trapiantato nel diritto pubblico, deve adattarsi a logiche che non gli sono proprie. Ci si chiede, cioè, se i moduli privatistici, quando entrano in contatto con il diritto amministrativo e, in particolare, con il soggetto pubblico, si modificano o meno.

Il quesito ha una natura complessa e queste brevi pagine non sembrano sufficienti – né hanno la pretesa – di fornirvi una risposta compiuta e definitiva<sup>106</sup>. Tuttavia, almeno in un punto di

---

<sup>104</sup> Si veda, in merito, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 176, il quale sottolinea che l'alternativa tra strumenti unilaterali e strumenti consensuali risiede in ragioni di efficienza e benessere collettivo: l'amministrazione consensuale è per definizione "efficiente in senso paretiano perché aumenta il benessere di entrambi i contraenti". Questo modello di assicurazione un'allocazione ottimale delle risorse a prescindere da come sono assegnati inizialmente i diritti. Al riguardo, si veda anche M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, a cura di, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1987, 443; C. CUDIA, *Gli strumenti di azione della p.a.*; A. MOLITERNI, *Alla ricerca della risarcibilità degli interessi pretensivi: il nodo dei vizi procedurali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 817. Ancora, ID., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, 390, precisa che "molte delle ragioni tecniche sottese all'utilizzo di strumenti privatistici consentono di rafforzare – e non già di pregiudicare – le esigenze di legalità e certezza dei rapporti giuridici che vanno assumendo un rilievo sempre maggiore anche nell'ordinamento amministrativo [...]".

<sup>105</sup> A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Eu. e dir. priv.*, 4, 2021, 780, sottolinea la ragione politica che sta dietro queste trasformazioni: "il diritto amministrativo, come si è detto, è venuto sempre più caratterizzandosi quale diritto "dei soggetti amministrati" anziché quale veste "del potere". Il che significa che, per tale aspetto, se ne riafferma anche "la alterità" verso altri e/o meglio di essere così fonte di norme "di relazione" e non solo "di azione", onde, in tal veste, esso è destinato ad incontrare il diritto civile, il quale, per definizione, è il diritto "del rapporto" con altri e quindi di norme "di relazione". In merito, si nota che una recente pronuncia Cass. sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428 ha escluso l'applicazione del canone di correttezza e buona fede *in executivis*, all'accordo sostitutivo di provvedimento, in quanto ritenuto incompatibile con la norma di attribuzione del potere e quindi, in ultima analisi, con la posizione di supremazia dell'amministrazione pubblica rispetto al privato. Tuttavia, tale ricostruzione dei rapporti appare isolata e lascia adito all'obiezione secondo cui, in realtà, la p.a., nell'esercizio del suo potere, si sarebbe volontariamente sottoposta alle regole di diritto comune così da non potersi sciogliere unilateralmente dal vincolo.

<sup>106</sup> D'altra parte, dare una risposta definitiva non sembra possibile dal momento che nel corso dei decenni, gli equilibri tra diritto privato e diritto amministrativo si sono sempre modificati a seconda dell'interesse che il legislatore intendeva

responsabilità, è possibile tracciare un andamento della tendenza che il fenomeno fino ad ora descritto sta assumendo.

Dall'analisi degli istituti della responsabilità aquiliana, della responsabilità precontrattuale e delle nuove forme di responsabilità sembrerebbe che il diritto privato non subisca alcuna modificazione e che non si trasformi, laddove applicato all'autorità<sup>107</sup>.

Si prenda, ad esempio, il caso della *culpa in contrahendo*: sebbene la fattispecie si presenti come particolare<sup>108</sup>, il contratto che segue alla procedura di evidenza pubblica rimane un contratto di natura privatistica<sup>109</sup>. Allo stesso modo, la disciplina delle trattative, precedenti sia all'aggiudicazione che alla stipula del contratto, in nulla differisce da quella normalmente applicabile alla trattativa tra i privati. Al riguardo, gli obblighi di correttezza e buona fede rimangono i medesimi.

Quel che si nota, in senso critico, è l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza che, al contrario, ha cercato di adattare le categorie del diritto privato al rapporto pubblico, sforzandosi di assimilare gli istituti pubblicistici a quelli privatistici. Ma di questa operazione non sembra esserci bisogno.

Non è necessario equiparare l'aggiudicazione invalida ad un contratto invalido al fine di applicare l'art. 1338 c.c.: trovandosi l'aggiudicazione in un momento precedente alla stipula del contratto, è sufficiente fare applicazione del più generale art. 1337 c.c., che meglio si presta anche a proteggere

---

perseguire. Si pensi, in merito, all'istituto della concessione: a partire dal primo ventennio del secolo scorso, a differenza di quanto praticato nel secolo precedente, si attuò il passaggio da una concezione contrattuale ad una ricostruzione della concessione di beni e servizi pubblici come atto amministrativo. Tale trasformazione è servita, in passato, sia ad assicurare la tutela giurisdizionale dei terzi aspiranti alla medesima concessione, sia a giustificare l'attribuzione all'amministrazione di un generale potere di revoca e quindi a garantire un maggior controllo da parte del soggetto pubblico. Tanto premesso, con la crescente influenza del diritto comunitario negli ultimi due decenni, le cose sono cambiate ancora una volta tanto che, oggi, nel codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/2016) si parla di contratto di concessione. Si veda, in merito, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 52.

<sup>107</sup> G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2005, 25, secondo cui «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale». Della stessa opinione è A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 390, il quale nota che «in questa prospettiva, pare essersi mossa la riforma in materia di società partecipate, la cui legge di delega (7 agosto 2015, n. 124), all'art. 18 co. 1 lett. a) ha previsto un vincolo di proporzionalità nella introduzione delle deroghe al diritto civile, imponendo al legislatore delegato il rispetto di tali obiettivi: 'distinzione tra tipi di società in relazione alle attività svolte, agli interessi pubblici di riferimento, alla misura e qualità della partecipazione e alla sua natura diretta o indiretta, alla modalità diretta o mediante procedura di evidenza pubblica dell'affidamento, nonché alla quotazione in borsa o all'emissione di strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, e individuazione della relativa disciplina, anche in base al principio di proporzionalità delle deroghe rispetto alla disciplina privatistica, ivi compresa quella in materia di organizzazione e crisi d'impresa'».

<sup>108</sup> Con riguardo alle peculiarità di tale procedura si veda Cap. 2, par. 2.

<sup>109</sup> A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 397, il quale sostiene che «si può pure ritenere che l'interesse pubblico penetri all'interno della relazione negoziale, purché ciò sia assicurato secondo modalità e con tecniche necessariamente compatibili con i principi e i valori del diritto privato: d'altra parte, l'interesse pubblico concreto si realizza se e nella misura in cui le parti siano in grado di attuare e realizzare – in buona fede e secondo correttezza – l'assetto negoziale pattuito». Sul punto, si veda anche G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit. 119; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio*, cit., 209.

la sfera giuridica del privato. Come visto<sup>110</sup>, infatti, estendere il raggio d'azione dell'art. 1338 c.c. alla fattispecie dell'annullamento di un'aggiudicazione invalida, equivale a tenere in considerazione il profilo soggettivo anche del privato, e dunque a limitarne il diritto al risarcimento del danno in virtù della presenza o meno di un comportamento colposo dello stesso. Tuttavia, tale presa di posizione non tiene in debita considerazione che gli elementi in base ai quali si valuta la colpa del privato non sempre sono da lui governabili e, anzi, dipendono in larga parte dalla p.a. o da terzi.

Ecco, allora, che l'applicazione dell'art. 1338 c.c. sembra un'operazione volta a trovare, a tutti i costi, un equivalente del diritto privato all'interno del diritto amministrativo, senza interrogarsi, in modo approfondito, sulle peculiarità della fattispecie.

Considerazioni simili possono farsi con riguardo all'ipotesi di responsabilità da annullamento di provvedimento favorevole, rispetto alla quale la giurisprudenza ritiene applicabile la disciplina della *culpa in contrahendo*.

Come visto, sebbene il caso, di fatto, sia assimilabile all'annullamento dell'aggiudicazione invalida – che pure è un provvedimento – la disciplina di cui agli artt. 1337 c.c. e ss. non sembra trovare il suo capo d'azione ideale nell'ambito procedimentale. Questo sulla scorta del fatto che, in effetti, l'ambito non è quello tipico delle trattative precontrattuali, bensì quello del procedimento amministrativo, preordinato all'emanazione di un provvedimento.

Anche in questo caso, come in quello precedente, però, negare l'applicazione di una certa disciplina non equivale a evitare di responsabilizzare l'amministrazione pubblica, escludendo *in toto* l'operatività di istituti presi in prestito dal diritto civile. Al contrario, è possibile individuare una disciplina che sia più consona alla fattispecie. Detto altrimenti, non è necessario scomodare la figura della *culpa in contrahendo*, dal momento che gli obblighi di correttezza e buona fede assumono una portata generale, nel diritto civile, per mezzo dell'art. 1175 c.c.

Si aggiunga che, in tale ipotesi, l'applicazione della norma generale risulta maggiormente giustificata dal fatto che, in seguito all'evoluzione del rapporto pubblico, gli obblighi di correttezza e buona fede tra le parti del rapporto sono cristallizzati nella stessa legge del procedimento amministrativo. In sostanza, quindi, in questo caso, già il legislatore è intervenuto traslando al diritto amministrativo uno dei principi cardine del diritto civile, rinvenibile nella correttezza della condotta di ognuna delle parti del rapporto.

Infine, lo stesso principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta a cui si è più volte fatto riferimento nasce proprio all'interno della materia civilistica<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Vedi Cap. 2, par. 6.

<sup>111</sup> Si veda F. CARINGELLA e M. PROTTO (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Bologna-Roma, 2005; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi ?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 219

Alla luce di ciò, alla considerazione per cui, in effetti, il diritto privato non cambia volto, se ne può aggiungere un'altra che, invece, riguarda l'ambito pubblicistico.

A questo riguardo, se alla fine del precedente capitolo si è iniziata a delineare una linea di tendenza che preserva la specificità del soggetto pubblico, tale dato appare ancor più evidente una volta esaminate le altre due forme di responsabilità.

Infatti, se da un lato il diritto civile sembra non subire alcuna modifica, dall'altro la specificità della presenza del soggetto pubblico rimane di grande rilevanza: come visto, non si può fare applicazione del diritto privato acriticamente, e – in maniera semplicistica – estendere il suo raggio d'azione senza considerare la peculiarità delle fattispecie in oggetto.

Da qui l'importanza del momento pubblicistico: la corretta applicazione del diritto privato ad un rapporto in cui è presente l'autorità passa attraverso l'attenzione a quest'ultima e alle sue peculiarità.

Lo scenario così descritto, però, lascia ancora presagire una netta distinzione tra le due materie ancorata ad una visione tradizionale del loro modo di interagire, e fa pensare al solo fenomeno di privatizzazione del diritto pubblico. Inoltre, questa conformazione dell'interazione tra privato e pubblico spinge a chiedersi come sia possibile applicare il diritto privato ad una materia che, invece, possiede delle caratteristiche del tutto diverse e che, dalle sue origini, predilige moduli unilaterali e imperativi, invece che consensuali e basati sull'accordo delle parti.

Tuttavia, la risposta a tale quesito, e dunque lo studio dell'interazione tra diritto privato e diritto pubblico, impone di non considerare solo il fenomeno della privatizzazione del diritto amministrativo: così facendo, l'operazione sarebbe inesatta. In particolare, apparirebbe miope l'analisi, laddove non si considerasse debitamente anche la conformazione del diritto privato.

Come detto, il diritto privato pure ha visto i propri paradigmi cambiare negli ultimi anni, facendo sempre maggiore uso di moduli che, nella visione tradizionalista, appartengono al diritto pubblico.

A ben guardare, infatti, l'asimmetria nella posizione delle parti di un rapporto, la possibilità di sciogliere il rapporto unilateralmente, l'attività contrattuale vincolata alla soddisfazione di un interesse pubblico, nonché le maggiori limitazioni imposte alla libertà negoziale di almeno una delle due parti sono aspetti che caratterizzano sì il diritto pubblico, ma che si ritrovano con sempre maggiore frequenza anche nei rapporti tra privati. Detto altrimenti, alcuni dei canoni tipicamente ascrivibili al diritto pubblico hanno, nel tempo, trovato spazio all'interno della dinamica contrattuale.

In tale prospettiva, non può non rivolgersi l'attenzione alla disciplina dei cosiddetti secondo e terzo contratto. L'introduzione del codice del consumo o della legge sulla subfornitura, infatti, ci

---

ss.; G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2021, 290; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1105; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento nel nuovo diritto dei contratti: il caso dell'intermediario*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

offre l'immediata percezione del ridimensionamento dell'idea della necessaria pariteticità tra le parti del contratto e della sempre maggiore attenzione rivolta agli "status".

Al medesimo tempo, l'attenzione del legislatore, nell'ambito del diritto privato, è rivolta ora anche agli interessi ultra-individuali, che riguardano la collettività. In altri termini, l'accordo negoziale non serve più solo a realizzare il migliore assetto di interessi voluto dalle parti, ma anche il fine pubblico che con la disciplina specifica si intende tutelare, pena l'invalidità del contratto. Così, il diritto del consumatore, come noto, al medesimo tempo, guarda sia alla tutela del singolo soggetto – debole – che conclude un certo tipo di contratto, sia alla tutela dell'intera categoria dei consumatori, con il fine ultimo di proteggere la correttezza delle relazioni commerciali e, in ultima analisi, la concorrenza.

Tali considerazioni si pongono come necessarie per poter rispondere al quesito posto all'inizio del lavoro circa i rapporti riguardanti il diritto privato e il diritto pubblico: occorre interrogarsi sul modo di intendere la contrapposizione tra le due materie, nonché riflettere sull'opportunità di esprimersi ancora in termini netti, segnando un *discrimen* così marcato tra questi due ambiti<sup>112</sup>.

Ebbene, se quanto detto è vero, se anche il diritto privato è al centro di un'intensa riformulazione dei suoi paradigmi nel senso sopra visto, allora sembra preferibile sdrammatizzare la contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, in quanto, se con riguardo al primo sta intervenendo un fenomeno di privatizzazione, anche il secondo sembra essere stato investito da una certa "amministrativizzazione"<sup>113</sup>. In altri termini, il confine, già fluido, tra le due materie, nel presente periodo storico, sembra essersi assottigliato, in quanto elementi tradizionalmente propri dell'una trasmigrano nell'altra tanto che oggi il perseguimento di un interesse generale, oppure l'asimmetria – soprattutto informativa ma anche economica – tra le parti in gioco, rivestono un'importanza cruciale anche all'interno della relazione negoziale; così come la fiducia, che una parte

---

<sup>112</sup> Il dubbio viene a rilevanza anche guardando alle posizioni giuridiche soggettive di diritto soggettivo e interesse legittimo: la riflessione più consapevole contesta la distinzione delle situazioni soggettive e revoca in discussione la stessa autonomia concettuale dell'interesse legittimo, atteso che tale qualificazione è piuttosto la conseguenza del riparto di giurisdizioni. Come visto, infatti, nel precedente capitolo (cfr. par. 7), alla luce dell'evoluzione che ha interessato anche il piano processuale del diritto amministrativo con conseguente maggiore tutela dell'interesse legittimo, viene il dubbio che non sia la distinzione tra due posizioni ontologicamente differenti ad aver fondato la doppia giurisdizione ma che, al contrario, sia l'esigenza di assicurare la doppia giurisdizione ad aver fondato la distinzione tra le posizioni. Ci si chiede dunque se, in merito, il dibattito circa la scelta della giurisdizione sia ancora utile.

<sup>113</sup> A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Judicium*, 2012, 10. L'A., in merito parla di «decostruzione» del binomio «potere e consenso» sulla scorta di un'analisi socio-economica dei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo. Si veda, in merito, anche A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, cit., 789.

ripone nel comportamento corretto di controparte, ha assunto importanza all'interno del rapporto pubblico<sup>114</sup>.

Detto con parole ancora diverse, sorge il dubbio che, invece di parlare di privatizzazione del diritto amministrativo o pubblicizzazione del diritto civile, sia più appropriato esprimersi in termini di "reciproca contaminazione"<sup>115</sup>. Tale espressione, scevra da riferimenti riguardanti solo l'una o l'altra materia, sembra maggiormente idonea a descrivere il movimento osmotico che talune regole compiono per muoversi all'interno dell'ordinamento generale. Tanto da consentire di fare capolino a quella dottrina che auspica la creazione di un diritto comune generale e ritiene che i due sistemi di regole siano, tra loro, "reciprocamente interscambiabili"<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni*, cit., 395, nota l'A. che «un più ampio ricorso a modelli privatistici, cioè una riconduzione di parti dell'attività delle istituzioni ad una disciplina di diritto privato, comune anche agli altri soggetti dell'ordinamento, possa essere il tassello mancante per attuare lo Stato evoluto della Costituzione». Si veda anche A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 7: «Si registra, al riguardo, una duplice e opposta traiettoria evolutiva, di cui segmenti essenziali sono, da un lato, la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo a configurarsi come diritto dell'uguaglianza; dall'altro, la produzione di regole di diritto privato pensate per riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale»; V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 19.

<sup>115</sup> Uno degli ambiti in cui maggiormente si nota tale fenomeno è quello dei contratti pubblici. Infatti, in merito, come visto nel Cap. 2, in tale materia emerge la chiara volontà del legislatore di ridurre l'efficacia condizionante della fase pubblicistica sulla disciplina del contratto e, quindi, di assicurare una maggiore impermeabilità tra le due discipline. Si veda in merito D. DE PRETIS, *Il sistema della prevenzione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici*, a cura di G. GRECO, Giuffrè, 2011, 3; F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario e contratti della pubblica amministrazione*, Esi, 2010, 145.

<sup>116</sup> A. ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 6; G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, cit., il quale nota che il terreno comune da cui partire per pensare ad un sistema unitario potrebbe essere rappresentato dall'elemento dell'alterità: cfr. nota 72.

## BIBLIOGRAFIA

### A

AFFINITO, L., *Il nesso causale negli illeciti commissivi mediante omissione. La Cassazione civile "dimentica" le sezioni unite penali*, in *Dir. e giust.*, 2003

AICARDI, N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi. Fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997

ALBANESE, A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi ?*, in *Corr. Giur.*, 2008

ALBANESE, A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione degli obblighi di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2017

ALES, E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002

V. AMENDOLAGINE, V., *La P.A. ed i danni causati da res di cui la stessa è proprietaria o custode: responsabilità fondata sul neminem laedere o presunzione di colpa?*, in *Corr. giur.*, 2006

AMORTH, A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938

ANTONELLI, V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005

### B

BALDASSARRE, C., *La responsabilità per danni da fauna selvatica: tramonto dei privilegi della P.A.*, in *Danno e resp.*, 2020

BARBERA, M., *Annullamento dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 2021

BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012

BENVENUTI, F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987

BENVENUTI, F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2018

BERTI, G., *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1974

BIANCA, C.M., *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2019

BIANCA, C.M., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Giuffrè, 1990

BLASINI, A., *Tempo e azione della P.A.: un nuovo paradigma del c.d. "danno da ritardo"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020

BONASI, A., *La responsabilità dello Stato per gli atti dei suoi funzionari*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1886

BONETTI, T., *Pubblica amministrazione e danno da ritardo: il fattore «temporale» come bene della vita*, in *Giur. it.*, 2012

BORGIA, C., *Oltre il dogma dell'immunità dell'amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, in *Rass. Avv. Stato*, 2018, I

BOSCOLO, E., *La dialettica tra Plenaria sulla natura liberalizzante della DIA e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati ad una vita effimera*, in *Giur. it.*, 2012

BRIGUGLIO, A., *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*), in *Resp. civ. prev.*, 2017

BRUGNOLI, E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si configura solo dopo l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009,

BRUTI LIBERATI, E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privato*, Milano, 1996

## C

CAFAGNO, M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996

R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016

CAMARDI, C., *Rescissione (squilibrio contrattuale)*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Giuffrè, 2021

CAMMEO, F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911

- CAMMEO, F., *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1913, 113
- CAMPOBASSO, M., *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II
- CAPONIGRO, R., *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2011
- CAPUTO, O.M., *Tutela dell'affidamento: sì ... purché "inconsapevole"*, in *Urb. e App.*, 2022
- CARANZA, R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I
- CARBONE, A., *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013
- CARBONE, V., *Un'occasione perduta: la Cassazione riconferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale*, in *Corr. giur.*, 1990,
- CARBONE, V., *Riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in *Corr. giur.*, 2005
- CARINGELLA, F., *Responsabilità precontrattuale della P.A. tra schemi privatistici e moduli procedurali*, in *Corr. giur.*, 1996
- CARINGELLA, F., *Profili generali della riforma*, in *Urb. e App.*, 2005
- CARINGELLA, F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020
- CARINGELLA, F. – PROTTO, M. (a cura di), *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, Bologna-Roma, 2005
- CARNELUTTI, F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929
- CARNEVALI, U., *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2016
- CARUSI, D., *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1995, I.
- CASSETTA, E., voce *Attività amministrativa*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987.

- CASSETTA, E. – FRACCHIA, F., *Responsabilità da contatto: profili problematici* in *Foro it.*, 2002, III
- CASSESE, S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971
- CASTRONOVO, C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995
- CASTRONOVO, C., *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012
- CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile*, Milano, 2018
- CERULLI-IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997
- CERULLI-IRELLI, V., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, 1998
- CERULLI IRELLI, V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss
- CERULLI-IRELLI, V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15/2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241/90)*, reperibile in *astridonline.it*
- CHIARELLA, M., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede, efficienza e tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 2016
- CHIEPPA, R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003
- CIANFEROTTI, G., *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, 1980, 162
- CICERO, G., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Corr. giur.*, 2016
- CIPPITANI, R., *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. e App.*, 2021

- CIRILLO, G.P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto*, in *Foro Amm.*, 2016
- CIRILLO, G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2021
- CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997
- CLARICH, M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995
- CLARICH, M.- FONDERICO, G., *Un passo avanti per eliminare situazioni di privilegio*, in *Guida dir.*, 2018, 23,
- CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019
- COLOMBARI, S., *Le valutazioni ambientali dei progetti ed il risarcimento del danno da ritardo*, in *Giur. it.*, 2016
- COMPORI, G., *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996
- COMPORI, G., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2003
- COMPORI, G., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Foro it.*, 2011
- COMPORI, G., *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018.
- COMPORI, G., *L'Adunanza delle occasioni perse. Responsabilità della P.A. in cerca di qualità*, in *Giur. it.*, 2022
- CONTESSA, C., *Le Sezioni Unite, l'Adunanza Plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di una infinita historia?*, in *Urb. app.*, 2005
- CONTESSA, C., *L'Adunanza plenaria sulla natura (extracontrattuale) del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Urb. e App.*, 2021
- CORSO, G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999
- CORTESE, F., *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011

CRICENTI, G., *La chance come bene autonomo. Critica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021

CUFFARO, V., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988

## D

D'ADDA, A., voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Giuffrè, 2021

D'ADDA, A.-FERRARI, C., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *I nuovi orientamenti della cassazione civile*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2017

D'AGNELLO, M.C., *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto*, in *Corr. giur.*, 2016

D'ALBERTI, M., *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, 1987

D'AMICO, G., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996

D'AMICO, G., voce *Formazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, Giuffrè, 2008, 571

D'AMICO, G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014

D'AMICO, G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto, V, I Rimedi - 2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2022, 1316

D'ANCONA, S., *La revoca e il recesso nelle convenzioni amministrative*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE G. BOTTINO, Milano, 2013, 607-610

D'ANGELO, L., *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?*, in *Giust. civ.*, 2011

D'AURIA, M., *Ancora sul nesso di occasionalità necessaria negli illeciti dei promotori finanziari: profili problematici*, in *Giur. it.*, 2011,

D'ONOFRIO, M., *La responsabilità da contatto sociale della P.A.: i riflessi sul riparto di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2021.

DE DONNO, M., *Consensualità e interesse pubblico*, Bologna, 2015

DE LUCA, A.M., *Culpa in contrahendo e procedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2006

DE MENECH, C., *La responsabilità vicaria nel diritto vivente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II

DE NICOLA, C., *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2021

DE PRETIS, D., *Il sistema della prevenzione preventiva*, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici*, a cura di G. GRECO, Milano, 2011

DELLA NEGRA, F., *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contr.*, 2012

DELLA NEGRA, F., *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta*, in *Danno e resp.*, 2013

DETTORI, S., *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017

DI MAJO, AD., *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999,

DI MAJO, AD., *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Giur. it.*, 2012, I

DI MAJO, AD., *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021

DI MAJO, AL., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. ed.*, 2020

DURANTE, N., *I rimedi contro l'inerzia dell'amministrazione: istruzioni per l'uso, con un occhio alla giurisprudenza e l'altro al Codice del Processo Amministrativo approvato con D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, in *giustizia-amministrativa.it*

## **F**

FALCON, G., *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984

- FALCON, G, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009
- FERRARA, R., voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993
- FERRARA, R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985
- FERRI, A., "Insidie" e "trabocchetti": *eliminazione dei residui privilegi della p.a. in tema di r.c. per danni originati dal demanio stradale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006
- FIGORILLI, F., *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002
- R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2018
- FORTI, U., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1947, 157
- FORTI, U., "Atto" e "procedimento" amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, vol. I, Padova, 1931
- FRACCHIA, F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I
- FRACCHIA, F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli altri strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 47
- FRACCHIA, F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I
- FRACCHIA, F., *Ordinamento comunitario e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2010
- FRACCHIA, F.– OCCHIENA, M., *Responsabilità delle Amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2003, I
- FRANCO, I. - RAGANELLA, E., *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, in *Urb. e App.*, 2006

FRANZONI, M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, Milano, a cura di M. FRANZONI, 2010, 1241

FREGO LUPPI, S.A., *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.*, 2008

## G

GALGANO, F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997

GALLI, G., *Contratti pubblici (lavori servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, 1,

GALLO, P., *Il quantum nella responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 2022, 1084

GAROFOLI, R., *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di A. CAVALLARI et. AL., Napoli, 2011

GAROFALO, A.M., *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019

GAROFALO, A.M., *Interesse legittimo e obbligazione senza prestazione: il rapporto giuridico di affidamento tra rimedi specifici e risarcitori*. In *Resp. civ. e prev.* 2021

GIAGNONI, L., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 2018

GNANI, A., *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009

GIANNELLI, A., voce *Responsabilità della p.a.*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, 2016

GIANNINI, M.S., voce *Atto Amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1957

GIANNINI, M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, Milano, 1960, 83

GIANNINI, M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962

GIANNINI, M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963

- GIANNINI, M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981
- GIANNINI, M.S., *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, Padova, 1988
- GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993
- GIARDINO, E., *La dia (e la scia) all'esame dell'Adunanza Plenaria*, in *Giorn. amm.*, 2012
- GIGLIONI, F. - NERVI, A., *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2019.
- GIORGI, G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1891
- GIRACCA, M.P., *Responsabilità civile e pubblica amministrazione: quale spazio per l'art. 2049 Cod. Civ.?*, in *Foro it.*, 2001
- GIUSTI, A., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione legislativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017
- GIROLAMI, M., *Vicende preclusive, preparatore e condizionanti*, in *Trattato del contratto. I. Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2022
- GRANELLI, C., *Autonomia privato e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018
- GRECO, F., *Illecito del promotore e responsabilità della Sim: fine di un percorso ad ostacoli?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, II
- GRECO, G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986
- GRECO, G., *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003
- GRECO, G., *Dal dilemma diritto soggettivo – interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014
- Grossi, P., *La scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000
- GUERINONI, E., *Illecito del promotore e responsabilità dell'intermediario e concorso di colpa dell'investitore?*, in *Corr. giur.*, 2011

## I

ILLUMINATI, A., *La Plenaria sul danno da provvedimento poi annullato: giurisdizione sempre del Giudice amministrativo*, in *Giustiziacivile.com*, 28 giugno 2022

IMMORDINO, M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999

IULIANI, A., *Attività amministrativa e rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2015

IULIANI, A., *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I

## L

LAGHEZZA, P., *Trabocchetto e responsabilità della p.a.: Corte Costituzionale e Cassazione a confronto*, in *Danno e resp.*, 1999

LAMORGESE, A., *Stop della Cassazione alla concentrazione della giurisdizione a senso unico*, in *Giust. civ.*, 2011, I

LEDDA, F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965

LOPILATO, V., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 908

LOPILATO, V., *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1, 2021

LORENZONI, L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018

LORENZONI, L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020

## M

MADDALENA, M.L., *Commento ad articolo 2-bis, Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento. Il danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016

M. MAGRI, *Il consiglio di stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014

MANFREDI, G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001

- MANNORI, L.-SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001
- MANNUCCI, G., *Una svolta a metà sull'affidamento*, in *Giorn. amm.*, 2022
- MANTOVANI, M., *Commentario al codice civile*, a cura di E. NAVARETTA - A. ORESTANO, Torino, 2012, I
- MANTOVANI, M., *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto. IV. Rimedi-I*, a cura di A. GENTILI, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006.
- MARICONDA, V., “*Si fa questione d’un diritto civile...*”, in *Corr. giur.*, 1999
- MARICONDA, V., *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. Giur.*, 2008
- MARZUOLI, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- MASCI, E., *La responsabilità della pubblica amministrazione per difettosa manutenzione di strade un difficile inquadramento*, in *Giust. civ.*, 2003, I
- MASERA, S.R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. e App.*, 2011
- MASSERA, A., *Nuovi aspetti dell’uso della società per azioni con partecipazione pubblica*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I
- MASSERA, A., *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto. VI. Interferenze*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2022.
- MASUCCI, A., *Trasformazioni dell’amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988
- MATTARELLA, B.G., *Il provvedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2005,
- MAYER, V. F., *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1977
- MAZZAMUTO, M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008
- MAZZAMUTO, S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011

MAZZARIOL, L.-ROMANO, A.-ROVERSI MONACO, F.A.-SCOCA, F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005

MAZZOLA, M., *Ingiustizia del danno - e antigiuridicità nel risarcimento da provvedimento illegittimo favorevole*, in *Danno e Resp.*, 2014

MENGONI, L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956

MENGONI, L., *Obbligazioni 'di risultato' e 'di mezzi'. Studio critico*, in *Scritti*, II, Milano, 2010

MERUSI, F., *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzante*, in *Giur. it.*, 2012

MERUSI, F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993

MERUSI, F., *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II

MOLASCHI, V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità contrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Foro it.*, 2002, III

MOLITERNI, A., *Alla ricerca della risarcibilità degli interessi pretensivi: il nodo dei vizi procedurali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015

MOLITERNI, A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 390

MORELLI, S., *La responsabilità da atti illegittimi della p.a. secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale*, in *Giust. civ.*, 2002

MORESE, R., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per recesso ingiustificato da trattative con privato e risarcimento del danno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I

MORISI, L., *Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma*, in *Nuova leggi civ. comm.*, 2020

## N

NAPOLITANO, G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale dir. amm.*, 2005

NAPOLITANO, G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017

NAPOLITANO, G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, in *Saggi di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003

NATUCCI, A., *Vicende preclusive, preparatorie condizionanti*, in *Trattato del contratto. I. Formazione*, a cura di C. GRANELLI, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006, 341

NAVARRETTA, E., *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi*, in *Remedies in Contract*, 2008

NAVARRETTA, E., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, IV, III, Milano, 2009

NICODEMO, A., *È risarcibile il danno da ritardo anche in caso di non spettanza del “bene della vita”?*, in *Urb. e App.*, 2011

NICOLUSSI, A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007

NICOLUSSI, A., voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, 2015

NICOLUSSI, A.-ZECCHIN, F., *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Eur. dir. priv.*, 2021

NIGRO, M., *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988

NIGRO, M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002

## **O**

OPPO, G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, III

## **P**

PAGLIANTINI, S., voce *Contratti del consumatore*, in *Enc. dir., Tematici, Contratto*, Milano, 2021

PAGLIANTINI, S., voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011

PALMIERI, A.- PARDOLESI, R., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare, con ampi riferimenti giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2021, III

PARDOLESI, R., *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*; Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15172

PASSARELLA, A., *Responsabilità precontrattuale della P.A. nelle procedure ad evidenza pubblica in Resp. civ. e prev.*, 2013

PASSARELLA, A., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione: un passo in avanti o una vittoria di Pirro?*, in *Contratti*, 2014

PATTI, F.P., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II

PATTI, F.P., *Il declino della responsabilità oggettiva (a margine del 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019

PATTI, G.- PATTI, S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario, Artt. 1337-1342*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1993

PIETROBON, V., *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963

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

PIRAINO, F., *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1093

PISELLI, M., *L'attività del chirurgo dentro la struttura è condizione per il fatto*, in *Guida al diritto*, 2017

PORTALURI, P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998

## **R**

RACCA, G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000

RACCA, G.M.-PONZI, S., *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2015

REALMONTE, F.; *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, a cura di P. CENDON, Milano, 1994

RENNA, MAU., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, 2016, IX

RENNA, MAU., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005

ROMANO, A., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011

ROPPO, V., *Il contratto asimmetrico*, in *Remedies in Contract*, 2008

ROPPO, V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010

ROSSELLI, F.; *Appunti sull'affidamento come principio generale vincolante anche i soggetti pubblici*, in *Giust. civ.*, 2021

ROTIGLIANO, R., *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 2007

ROVELLI, L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, 2, Torino, 2000

RUFFOLO, U., *La responsabilità vicaria*, Milano, 1976, 111 ss.

## S

SABATO G., *L'elemento soggettivo nel danno da ritardo*, in *Giornale di dir. amm.*, 2016

SALVAGO, S., *Danno da affidamento in rapporto all'attività illegittima della pubblica amministrazione e giurisdizione*, in *Giust. civ.*, 2012

SALVI, C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2019

SANDULLI, M.A., *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004

SANDULLI, M.A., *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in *Foro amm. TAR*, 2005

SANDULLI, M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria)*, in *Federalismi*, 7, 2011

SANDULLI, M.A., *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice civile dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022

SAVATTERI, A., *Il risarcimento del danno per il ritardo nel rilascio del permesso di costruire*, in *Giur. it.*, 2016

SCOCA, F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971

SCOCA, F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995

SCOCA, F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 2000

SCOCA, F.G., voce *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002

SCOCA, F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo*, Milano, 2003

SCOCA, F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011

SCOCA, F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017

SCOCA F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi e domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. Amm.*, 2020

SCOCA, S., *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008

- SCODITTI, E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenziale in materia risarcitoria* in *Foro it.*, 1999, I
- SCODITTI, E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I
- SCOGNAMIGLIO, C., *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile dell'amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- SCOGNAMIGLIO, C., *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012
- SCOGNAMIGLIO, C., *Status professionale della pubblica amministrazione e obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2015
- SCOGNAMIGLIO, C., *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017
- SCOGNAMIGLIO, C., *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2020
- SCOGNAMIGLIO, C., *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*, in *Corr. giur.*, 2020
- SCOGNAMIGLIO, R., voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226
- SCOGNAMIGLIO, R., voce *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 699
- SCREPANTI, S., *I tempi delle opere pubbliche e la relatività del tempo nel diritto amministrativo*, in *Riv. sem. dir. pubbl.*, 2019
- SCREPANTI, S., *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giornale dir. amm.*, 2015
- SCUMACE, B., *Lucro cessante e interesse negativo*, in *Contratti*, 2018
- SICA, S., *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, 2018
- SORICELLI, G., *Analisi sistematica ed evolutiva della responsabilità da ritardo nell'emanazione del provvedimento amministrativo tra pubblico e privato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017
- STICCHI DAMIANI, E., *Gli accordi amministrativi dopo la l. 15/2005*, in *Foro amm. TAR*, 2005

STICCHI DAMIANI, E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992

## T

TAVASSI, M., *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018

TIMO, M., *Il ruolo del giudice amministrativo e l'esaurimento della discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 2019

TRAVI, A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004.

TRAVI, A., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, 2005.

TRAVI, A., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo. Atti del 56° convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna-Villa Monastero. 23-25 settembre 2010*, Milano, 2010, 75

TRAVI, A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I

TRAVI, A., *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018

TRAVI, A., *Il sistema delle azioni delineato dal Codice del processo amministrativo*, in *L'oggetto del processo amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. CUDIA, Torino, 2020

TRAVI, A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018,1, 121

TRENTIN, S., *L'atto amministrativo*, Roma, 1915

TRIMARCHI BANFI, F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, 2000

TRIMARCHI BANFI, F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018

TRIMARCHI BANFI, F., *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Corr. giur.*, 2018

TRIMARCHI, MI., *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici.*, Napoli, 2018

TRIMARCHI, MI., *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022

TURSI, G., *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, in *Danno e resp.*, 2019

## **V**

VACCA, A., *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*, in *Foro Amm. CdS*, 2006

VAPINO, A., *La Cassazione conferma la responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase precedente l'aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 2014

VILLATA, R. - RAMAJOLI, M., *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2017

VILLATA, R., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss

VISCONTI, M.L., *Ritardo nel provvedere e responsabilità aquiliana della p.a.: l'arrocco dell'Adunanza Plenaria*, in *Danno resp.*, 2021

VERZARO, S., *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Giur. it.*, 1998

VITALE, S., *La responsabilità civile della P.A. per i danni derivanti da beni pubblici al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione sfumata*, in *Giust. civ.*, 2000

## **Z**

ZACCARIA, A., *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015

ZENNA, S.C., *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017

ZOPPINI, A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Judicium*, 2012

ZOPPINI, A., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020