



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

MARCO ANTONIOLI

**RAPPORTO SENZA POTERE
E TUTELA DELL’AFFIDAMENTO
LE NUOVE FRONTIERE
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA P.A.**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

97

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

MARCO ANTONIOLI

RAPPORTO SENZA POTERE E TUTELA DELL'AFFIDAMENTO

LE NUOVE FRONTIERE
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA P.A.



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2282-6

ISBN/EAN 978-88-921-6849-7 (ebook - pdf)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*A mia madre Giulia,
che ha condiviso con me,
nello spazio e nel tempo,
senza soluzione di continuità,
dolori e gioie di una vita.*

*«Wherever there is a man exercises authority,
there is a man who resists authority»*

O. Wilde, *The Soul of Man Under Socialism*, 1891

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

1. Interdisciplinarietà della responsabilità civile della P.A. Primo profilo: la responsabilità civile della P.A. tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato: una faglia instabile in cui si scontrano regole e principi dissonanti 2
2. Secondo profilo della responsabilità civile della P.A.: la dualità delle situazioni sostantive (una convivenza difficile). Luci ed ombre della “riscrittura” della giurisdizione esclusiva da parte del giudice delle leggi (cenni). Rapporto senza potere e potere senza rapporto, tra tutela dell’affidamento incolpevole e dell’affidamento legittimo 8
3. Terzo profilo: responsabilità civile della P.A. e funzione perseguita. Dalla funzione compensativa a quella preventiva. Risarcimento dell’interesse legittimo pretensivo e valutazione prognostica. L’approccio dell’analisi economica del diritto (cenni). Le clausole generali come parametri per l’accertamento della responsabilità civile 13
4. (*Segue*): efficienza, allocazione delle risorse nell’analisi economica del diritto. Responsabilità civile e finalità di prevenzione dei fatti illeciti. Esternalità e costi sociali nella teoria economica. Prevenzione e riparazione del danno ambientale. Contratti pubblici. Partenariato pubblico e privato (PPP). Ripartizione del danno 16
5. Breve *excursus* sulla responsabilità civile della P.A. e sul suo sviluppo. *The King do no wrong*. Il c.d. “lodo Fagiolari”. Cenni sulla risarcibilità (della lesione) degli interessi legittimi. Verso una rilettura di Cass., Sez. un., n. 500/1999 20

pag.

- | | |
|---|----|
| 6. Dal c.d. “contatto sociale” al “contatto amministrativo”. L’affidamento deluso riposto dal privato nell’attività amministrativa. Il ruolo assolto dal provvedimento. Tutela risarcitoria, riparto tra le giurisdizioni e (cognizione del) rapporto senza potere | 22 |
| 7. (<i>Segue</i>): presupposti e natura della tutela risarcitoria nei confronti della P.A. Riflessi sul riparto tra le giurisdizioni. Doveri di protezione e “contatto sociale qualificato”. Obblighi di correttezza e buona fede negli artt. 1175 e 1137 c.c. La tutela risarcitoria nel codice del processo amministrativo (cenni). Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale | 24 |

CAPITOLO I

DALLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE
ALLA RESPONSABILITÀ DA «CONTATTO SOCIALE»

- | | |
|---|----|
| 1. Dall’ampliamento dei confini della responsabilità extracontrattuale della P.A. alla responsabilità precontrattuale: le forme di responsabilità aggravata. La clausola generale contenuta nell’art. 2043 c.c. Il risarcimento (della lesione) dell’interesse legittimo (pretensivo) e il rapporto amministrativo (e procedimentale) | 27 |
| 2. Responsabilità precontrattuale e azione autoritativa: un rapporto complesso (cenni). La <i>culpa in contrahendo</i> : un inquadramento dibattuto nella letteratura civilistica (cenni) | 33 |
| 3. Responsabilità precontrattuale, buona fede, correttezza: dalla tutela dell’affidamento incolpevole ai doveri di protezione. Cenni sulla teoria dell’obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione | 35 |
| 4. Risarcimento del danno e doveri di protezione nella letteratura civilistica. Il “contatto sociale” tra le fonti dell’obbligazione. Analisi critica della teoria del “contatto sociale”. La letteratura civilistica: breve analisi | 38 |
| 5. Dalla teoria del “contatto sociale” all’integrazione dell’azione amministrativa. Doveri di protezione e doveri procedurali. Violazione del procedimento e rimedi risarcitori (rinvio) | 43 |

pag.

CAPITOLO II

RAPPORTO AMMINISTRATIVO E RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA P.A. TRA DOVERI PROCEDIMENTALI E OBBLIGHI DI PROTEZIONE

1. Il rapporto amministrativo nel diritto amministrativo: principio di legalità, multipolarità e autoritatività. Il rapporto amministrativo nell'organizzazione, tra procedimento e provvedimento. Il rapporto amministrativo come fonte della responsabilità civile della P.A. Dal "contatto sociale" al "contatto amministrativo" 52
2. Dal "contatto sociale" al "contatto amministrativo". "Contatto sociale" e responsabilità della P.A. per danno da ritardo. Natura e presupposti del ritardo dell'azione amministrativa. Limiti posti alla tutela risarcitoria secondo la giurisprudenza amministrativa 55
3. Omessa o tardiva conclusione del procedimento. Le tesi recepite dalle recenti Adunanze plenarie nn. 5/2018 e 7/2021: analisi critica. La violazione del termine costituisce regola di responsabilità anche se consegue alla violazione di regole di validità 59
4. Responsabilità nelle trattative e condotta che contravviene alle regole di correttezza e buona fede. La tesi che distingue tra la P.A. come contraente e come autorità. Regole di responsabilità e rimedi risarcitori. Offerta al pubblico e attività contrattuale degli enti pubblici 61
5. Prime conclusioni: il rapporto amministrativo si pone in una posizione di alterità rispetto alle regole che presiedono le trattative preordinate alla conclusione del contratto. La tesi di Giannini si radica sulla paritarietà della P.A. che agisce nell'ambito delle trattative 64
6. (*Segue*): le Sezioni unite e le Adunanze plenarie convergono sul fatto che la responsabilità della P.A. è responsabilità da condotta. Ma quando sorge l'affidamento? Richiede, forse, l'aggiudicazione definitiva? Affidamento incolpevole, tutela risarcitoria, oggetto dell'affidamento e rapporti con l'esercizio del potere 66
7. (*Segue*): l'affidamento incolpevole del privato deve essere ingenerato dalla condotta (e non dal provvedimento) della P.A. Verifica dei presupposti del fatto illecito a questa imputabile e dei suoi conseguenti effetti (sugli elementi costitutivi della responsabilità e sul riparto tra le giurisdizioni) 70

CAPITOLO III

AFFIDAMENTO INCOLPEVOLE
E LEGITTIMO AFFIDAMENTO: SVILUPPI GIURISPRU-
DENZIALI E PLURALISMI INTERPRETATIVI

1. Il dilemma provvedimento-condotta per identificare i fatti costitutivi dell’illecito civile imputabile alla P.A. Il rischio della contrapposizione tra una costruzione pan-pubblicistica ed una pan-privatistica. La scelta di un approccio empirico, anziché dogmatico: la necessità dell’analisi della fattispecie e di una breve analisi del panorama giurisprudenziale 76
2. Le tre c.d. “ordinanze gemelle” rese dalle Sezioni unite nel corso del 2011. Breve analisi dei casi affrontati. Le ragioni di un distinguo tra azione autoritativa e attività negoziale. Alla ricerca dei presupposti dell’illecito civile in presenza di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, venuto meno 79
3. Analisi della giurisprudenza delle Sezioni unite, in tema di affidamento del privato nella P.A. e tutela risarcitoria: 85
 - a) l’annullamento dell’atto di affidamento e l’interesse legittimo come pretesa al provvedimento favorevole 85
 - b) l’annullamento di un piano in materia urbanistico-edilizia 87
 - c) l’annullamento di atti in materia di edilizia popolare (l’affidamento come “*fattispecie complessa*” in cui l’annullamento del provvedimento favorevole, successivamente annullato, *si configura solo come uno dei fatti costitutivi*); 88
 - d) la gestione del servizio di tesoreria e il “declassamento” dell’ente ospedaliero (verso un ridimensionamento del ruolo assoluto dal provvedimento nella causazione del danno) 88
4. Le Sezioni unite, nel 2021, di fronte alla domanda risarcitoria proposta nei confronti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per la propria condotta omissiva, in punto di ammissione alla CIGS. La sentenza n. 615/2021 precisa che: a) la responsabilità è da condotta (senza collegamenti diretti con il provvedimento); b) la responsabilità (non è più aquiliana, ma) deriva da “contatto sociale”; c) non è configurabile (la lesione di) un diritto all’integrità del patrimonio; d) il principio comunitario del legittimo affidamento si applica alla P.A. 90

pag.

5. L'affidamento tra Corte di giustizia e Corte costituzionale (rinvio). La responsabilità per lesione dell'affidamento riposto dal privato nella P.A. tra unitarietà e pluralismi interpretativi. Cassazione e Consiglio di Stato: un dialogo tra assonanze e divergenze. L'affidamento nella elaborazione dei gius-privatisti (rinvio) 94

CAPITOLO IV

VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE, LESIONE DELL'AFFIDAMENTO E TUTELA RISARCITORIA NEI CONFRONTI DELLA P.A.

1. Affidamento e buona fede. Nozione soggettiva e nozione oggettiva di buona fede. *Bona fides* e *fides bona*. Buona fede e obblighi di correttezza: una clausola generale. L'attività negoziale. Doveri solidaristici e art. 2 Cost. (cenni) 102
2. L'affidamento (e la sua tutela) negli atti di secondo grado. Affidamento illegittimo e affidamento incolpevole. Annullamento d'ufficio e bilanciamento degli interessi. Revoca degli atti amministrativi, indennizzo e fatto lecito dannoso (cenni). Stabilità del provvedimento e principio di legalità. Buona fede e attività (non) negoziale 106
3. P.A. e attività di diritto privato. Buona fede in astratto e in concreto. Affidamento soggettivo e oggettivo. Responsabilità contrattuale e torto aquiliano. Prova liberatoria e mancanza di colpa. Responsabilità per violazione della disciplina degli appalti pubblici. 110
4. Casi di responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento riposto dal privato: non aggiudicazione all'esito di una procedura selettiva; contraddittorietà e/o scarsa intellegibilità delle previsioni contenute nel bando di gara; finanza di progetto; procrastinazione di una procedura *ab origine* affetta da invalidità; insufficienza delle risorse necessarie per eseguire l'intervento programmato. Conclusione: violazione delle regole della correttezza in un'area esterna a quella dell'esercizio del potere su cui si fonda l'affidamento violato 113
5. Non colpevolezza e buona fede. Gli obblighi di buona fede tra art. 1337 c.c. e art. 1375 c.c. Il c.d. "danno da affidamento procedimentale": rilievi critici. Gli accordi previsti dall'art. 11 legge n. 241/1990 (cenni). Obblighi di protezione e divieto del *neminem laedere*. Conclusioni 117

	<i>pag.</i>
6. Attività amministrativa e principi dell’ordinamento comunitario. L’art. 1, comma 1, legge n. 241/1990. Corte di cassazione e Consiglio di Stato richiamano il principio del legittimo affidamento, secondo il diritto dell’Unione. Necessità di un’analisi del principio e della pertinenza dei richiami ad esso operati dalla giurisprudenza domestica	121
7. (<i>Segue</i>): breve analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Legittimo affidamento e certezza del diritto. Limiti e deroghe alla tutela del legittimo affidamento. Legittimo affidamento e concezione soggettiva nel diritto dell’Unione. Ultimi approdi delle Sezioni unite in tema di buona fede, obblighi di protezione e tutela dell’affidamento nel diritto privato	123

CAPITOLO V

LESIONE DELL’AFFIDAMENTO, TUTELA RISARCITORIA E RIPARTO TRA LE GIURISDIZIONI

1. La tutela dell’affidamento tra presupposti della responsabilità civile e riparto tra le giurisdizioni. Ricostruzione degli obblighi gravanti, nel corso delle procedure selettive, sull’amministrazione aggiudicatrice. Risultati dell’analisi fin qui condotta: convergenze e divergenze tra giudici amministrativi e Sezioni unite. Formazione del contratto e pubblica evidenza nella prospettiva “pan-pubblicistica”	132
2. (<i>Segue</i>): dalla “pubblicizzazione” dei doveri di correttezza discende la violazione delle norme di azione e non di relazione. L’illecito deriva dalla condotta. La situazione sostantiva vantata ha consistenza di diritto e non di interesse. La cognizione compete alla giurisdizione ordinaria	135
3. Esercizio del potere e doveri di condotta. Pubblica evidenza e trattative precontrattuali. Buona fede e correttezza tra azione e condotta. “Contatto procedimentale”, obblighi di protezione e procedimento. <i>Ius poenitendi</i> e stabilità dei rapporti tra <i>puissance publique</i> e attività di diritto privato	137
4. Affidamento del privato, risarcimento del danno e regole del riparto. Consistenza delle situazioni sostantive. Tutela annullatoria e tutela	

pag.

risarcitoria: un rapporto tormentato. Art. 7, comma 4, c.p.a., e tutela condannatoria, secondo C. cost. n. 204/2004. L'illegittimo esercizio del potere nella prospettiva dischiusa dagli artt. 7, comma 4, e 30, comma 2, c.p.a. Interpretazione letterale e non cumulabilità della tutela risarcitoria con quella annullatoria dinanzi al giudice amministrativo	141
5. Effettività e concentrazione delle tutele. Gli artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a., nel quadro del diritto europeo. Il cumulo di azioni presuppone (e determina) l'azzeramento del diritto al risarcimento del danno e della sua tutela. L'affidamento tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario	145
6. Effettività della tutela e affidamento del privato tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario. In particolare, la tutela dei terzi e la compresenza di giudizi pendenti dinanzi alle due giurisdizioni	149
7. Affidamento del privato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Breve <i>excursus</i> sul percorso seguito dal giudice delle leggi. Le sentenze nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007 e 35/2010. I meri comportamenti possono rientrare nella giurisdizione esclusiva se costituiscono espressione del potere, mentre non sono tali quelli meramente materiali, ritenuti estranei al suo esercizio	150
8. Giurisdizione esclusiva, giudice delle leggi e codice del processo amministrativo. Se non v'è esercizio del potere, non v'è giurisdizione esclusiva. La tutela risarcitoria dell'affidamento ha ad oggetto una condotta non costituente espressione (neppure mediata) del potere	153

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. L'affidamento come situazione ingenerata da un comportamento. Non integra una situazione soggettiva. L'attività della P.A. è in grado di fare insorgere un affidamento. Anfibologia della locuzione. Affidamento legittimo e affidamento incolpevole. Disambiguazione del termine. L'angolazione soggettiva nel diritto pubblico. Declinazione del termine tra Corti europee e giudice delle leggi	157
2. L'affidamento nei confronti della P.A. rileva anche quando questa non agisce come autorità. Il rapporto amministrativo. Sua inidoneità	

	<i>pag.</i>
a disciplinare i momenti non autoritativi dell’attività. Obblighi di protezione e “contatto sociale”. Doveri di correttezza e buona fede oggettiva. Responsabilità extracontrattuale e precontrattuale	160
3. Tutela giurisdizionale, situazioni soggettive e riparto tra le giurisdizioni. La tutela investe un diritto soggettivo attribuito alla cognizione dell’A.G.O. Senza illegittimità è preclusa l’azione di condanna dinanzi al G.A. Senza esercizio del potere non c’è (spazio per) la giurisdizione esclusiva. Non è configurabile alcun <i>vulnus</i> arrecato ai principi di effettività e di concentrazione delle tutele	163
<i>Bibliografia</i>	167
<i>Indice della Giurisprudenza</i>	189
<i>Indice degli Atti normativi</i>	199

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Interdisciplinarietà della responsabilità civile della P.A. Primo profilo: la responsabilità civile della P.A. tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato: una faglia instabile in cui si scontrano regole e principi dissonanti. – 2. Secondo profilo della responsabilità civile della P.A.: la dualità delle situazioni sostantive (una convivenza difficile). Luci ed ombre della “riscrittura” della giurisdizione esclusiva da parte del giudice delle leggi (cenni). Rapporto senza potere e potere senza rapporto, tra tutela dell’affidamento incolpevole e dell’affidamento legittimo. – 3. Terzo profilo: responsabilità civile della P.A. e funzione perseguita. Dalla funzione compensativa a quella preventiva. Risarcimento dell’interesse legittimo pretensivo e valutazione prognostica. L’approccio dell’analisi economica del diritto (cenni). Le clausole generali come parametri per l’accertamento della responsabilità civile. – 4. (*Segue*): efficienza, allocazione delle risorse nell’analisi economica del diritto. Responsabilità civile e finalità di prevenzione dei fatti illeciti. Esternalità e costi sociali nella teoria economica. Prevenzione e riparazione del danno ambientale. Contratti pubblici. Partenariato pubblico e privato (PPP). Ripartizione del danno. – 5. Breve *excursus* sulla responsabilità civile della P.A. e sul suo sviluppo. *The King do no wrong*. Il c.d. “lodo Fagiolari”. Cenni sulla risarcibilità (della lesione) degli interessi legittimi. Verso una rilettura di Cass., Sez. un., n. 500/1999. – 6. Dal c.d. “contatto sociale” al “contatto amministrativo”. L’affidamento deluso riposto dal privato nell’attività amministrativa. Il ruolo assolto dal provvedimento. Tutela risarcitoria, riparto tra le giurisdizioni e (cognizione del) rapporto senza potere. – 7. (*Segue*): presupposti e natura della tutela risarcitoria nei confronti della P.A. Riflessi sul riparto tra le giurisdizioni. Doveri di protezione e “contatto sociale qualificato”. Obblighi di correttezza e buona fede negli artt. 1175 e 1137 c.c. La tutela risarcitoria nel codice del processo amministrativo (cenni). Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.

1. *Interdisciplinarietà della responsabilità civile della P.A. Primo profilo: la responsabilità civile della P.A. tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato: una faglia instabile in cui si scontrano regole e principi dissonanti.*

La responsabilità civile della P.A. costituisce un tema, di certo, risalente¹, che denota una marcata interdisciplinarietà o, se si preferisce, multidisciplinarietà. Sotto un primo profilo, coniuga il diritto privato con il diritto amministrativo. Con il che si registra l'interazione di due rami del diritto, che non sempre sono in condizione di comunicare tra loro, seguendo regole e principi che, spesso, si pongono in una posizione di alterità.

Alla radice va considerato, soprattutto, il principio di legalità², secondo cui la norma giuridica detta il contenuto e le modalità della sequenza

¹ Secondo V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, vol. IV, Firenze, 1910, p. 384) la questione delle responsabilità dello Stato era «una delle più difficili e delle più controverse».

² Sul quale si vedano, tra gli altri: D. D'ORSOGNA, *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, VII ed., Torino, 2021, pp. 197 ss.; M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, pp. 371 ss.; M. MACCHIA, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2010, pp. 15 ss.; AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.; AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di A. Police-M. Immordino, Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. IV, Milano, 2002, pp. 73 ss. e, specialmente, pp. 85 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; C. PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 111 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3303 ss.; M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pp. 1587 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 91 ss.; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. X, Torino, 1994, pp. 85 ss.; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità ammini-*

degli atti, nonché i relativi effetti e i fini perseguiti (art. 1, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241)³; in un'ottica contrapposta, invece, si colloca l'agire del privato, che dispone della propria sfera di autonomia privata. Anche la P.A. dispone di tale autonomia (art. 11 c.c.) e, quando non adotta atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente (art. 1, comma 1-bis, legge n. 241/1990).

Sui soggetti pubblici grava il divieto di *neminem laedere*, in base al canone generale della responsabilità da fatto illecito, previsto dall'art. 2043 c.c. Un divieto, quello in esame, generalmente riconosciuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁴, anche nei confronti delle autorità di vigilanza. Queste, infatti, risultano sottoposte al regime della responsabilità

strativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità, Milano, 1993; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 20 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990; ID., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1355 ss.; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 868 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, Padova, 1969. In passato, il rapporto amministrativo veniva invocato, specialmente, per i provvedimenti modificativi o estintivi del rapporto, così come per i provvedimenti di secondo grado, costituenti estrinsecazione della medesima potestà, in virtù della quale il rapporto risulta costituito (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., vol. II, Milano, 1988, pp. 983 ss.). Sul rapporto amministrativo e sui suoi collegamenti con la tutela giurisdizionale, si confronta, specialmente, G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, *passim*.

³ Anche se al principio viene generalmente riconosciuto un ambito più ristretto, mediante l'assolvimento di un ruolo di garanzia, in correlazione ad una situazione soggettiva sulla quale l'azione autoritativa esercita i propri effetti. Infatti, «il principio di legalità si pone come argine a protezione del cittadino» nei confronti di tale attività. «È un contrappeso dell'autorità amministrativa» (M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2017, p. 37). Merita richiamare, in proposito, le pagine di un Maestro del diritto amministrativo, il quale osservava, tra l'altro, che «l'attività di programmazione dello Stato e di altri enti pubblici, finché non deve esprimersi in provvedimenti ablatori o autorizzatori, o in procedimenti formali, è al di qua del principio di legalità» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1988, pp. 87 ss. e, specialmente, p. 89).

⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. II, 30 marzo 2021, n. 8772.

aquiliana, non ostante i poteri di cui dispongono, rientranti nella discrezionalità tecnica. Diversamente opinando, secondo la medesima Corte, si perverrebbe ad un’inammissibile “immunità” dalla responsabilità aquiliana. Cosicché, venendo in considerazione l’omessa adozione di comportamenti doverosi posti a (presidio della) tutela del risparmio, la giurisdizione rientra in quella del giudice ordinario, sebbene l’art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., attribuisca la “*vigilanza sul credito*” alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵.

Se, come si è detto, la P.A. dispone della capacità di agire secondo le norme di diritto privato, molta dottrina ritiene anche che l’attività assuma una diversa connotazione, caratterizzandosi in senso eminentemente funzionale⁶. Una contrapposta tesi, invece, non condivide questa conclusione, obiettando che si tratterebbe di una “*dichiarazione di facciata*”, dal momento che, quando è necessaria una “funzionalizzazione”, il legislatore è solito imporre il ricorso alla procedura “di evidenza pubblica”⁷: come avvie-

⁵ Così, Cass., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6452, in *Giur. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 740. Nello stesso senso, Cass., Sez. un., 6 marzo 2021, nn. 6324, 6325, 6451, 6453 e 6454. Conformemente, si veda già Cass., Sez. I, 12 aprile 2018, n. 9067. Si confronti anche Cass., Sez. III, 5 giugno 2010, n. 10814, secondo cui «*l’attività della P.A. deve svolgersi, anche nel campo tributario, nei limiti imposti dalla legge e dalla norma primaria del “neminem laedere”, per cui è consentito al giudice ordinario adito per il risarcimento del danno – nonostante il divieto di stabilire se il potere discrezionale sia stato opportunamente esercitato – accertare se vi sia stato, da parte dell’amministrazione o del concessionario per la riscossione, un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la lesione di un diritto soggettivo, ferma restando, per il detto concessionario, l’azione di regresso nei confronti dell’ente impositore per la misura della condotta causalmente e colposamente riferibile allo stesso e alle sue obbligazioni di diligenza*».

⁶ Si esamini, specie per i richiami alla bibliografia, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, pp. 306 ss., rimarcando «*la necessità di individuare il punto d’intersezione dell’autonomia negoziale con quella funzionale, ossia di mettere in luce quelle peculiarità che caratterizzano l’autonomia contrattuale dei soggetti pubblici*» (ivi, p. 309). Sul tema, ampiamente, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.

⁷ Così, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 119, rimarcando che «*detta funzionalizzazione dell’attività di diritto privato, costantemente conclamata, o non esiste – nel senso che è una mera dichiarazione di facciata, che non costituisce un limite apprezzabile, tant’è che di essa non si hanno rilevanti applicazioni giu-*

ne, ad esempio, per la costituzione di società miste, nel quadro del partenariato pubblico-privato, in base all'art. 5, comma 9, del "Codice dei contratti pubblici" (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), richiamato dall'art. 17, comma 1, del "Testo unico delle società pubbliche" (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)⁸; e come avviene, specialmente, per la delibera dell'ente pubblico di partecipare alla costituzione di una società, in base all'art. 7 del medesimo Testo unico (TUSP).

Anche se alle società a partecipazione pubblica si applicano «*le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*», in base all'art. 1, comma 3, TUSP, si registra, non di meno, una marcata funzionalizzazione del modello societario. Si considerino, in proposito, i vincoli, di natura sostanziale, aventi fonte rispettivamente, nel I e nel II alinea dell'art. 4 del citato Testo unico⁹: il primo vincolo è quello "di scopo", ai sensi del quale le amministrazioni non possono costituire società o acquisire partecipazioni nelle medesime, laddove non risultino «*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie attività istituzionali*»; in base al secondo vincolo, invece, gli enti pubblici «*possono, diretta-*

risprudenziali – ovvero, comunque, è abissalmente diversa dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa». Tale conclusione, secondo l'Autore, ogni qualvolta occorre fare ricorso ad «*una vera funzionalizzazione*», il legislatore «*ha operato l'assoggettamento della stessa alla procedura c.d. di evidenza pubblica*» (ivi).

⁸ In argomento, specialmente, A. MALTONI, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, pp. 189 ss. e, da ult., ID., *La partecipazione detenuta in società in house da privati e da altri enti non affidanti e controllanti*, in AA.VV., *La società in house*, Napoli, 2020, pp. 153 ss. Sul tema, prima del Testo unico, M. LUCIANI, "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in *Riv. dir. comm.*, 2012 I, pp. 756 ss., S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e limiti*, Milano, 2012, F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 546 ss. Si veda anche della Commissione europea, *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, 30 aprile 2004, COM (2004) 327, § 53.

⁹ Tra gli altri, A. MALTONI, *Società a partecipazione pubblica e perseguimento di interessi pubblici*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 196 ss.; M. RENNA, *Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*, ivi, pp. 119 ss.; M. ANTONIOLI, *Soci pubblici, costituzione di società e circolazione delle partecipazioni dopo il testo unico e il decreto correttivo*, in AA.VV., *La società in house*, cit., pp. 39 ss., anche per i richiami alla bibliografia esistente sull'argomento.

mente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività» previste dall’art. 4, comma 2.

Come si vede, dunque, la funzionalizzazione può conoscere differenti gradazioni e coloriture, passando da un livello minore ad uno maggiore, che enfatizza il perseguimento dell’interesse pubblico. Entrambe le opinioni, quindi, descrivono il fenomeno, sotto due concorrenti angolazioni, ciascuna delle quali valorizza una parte del tutto: se la funzionalizzazione non può non essere riconosciuta, quando si registra la conformazione dell’attività di diritto privato dell’amministrazione pubblica, come avviene nel regime delle società in mano pubblica, così l’attività d’impresa, benché funzionalizzata, continua a collocarsi in una posizione di alterità, rispetto all’esercizio del potere: per cui, il vincolo di scopo prescritto dalla legge non appare in grado di snaturare il modello della società mercantile¹⁰, né, tanto meno, di porre in discussione la generale capacità di diritto privato degli enti pubblici¹¹.

In ogni caso, a quale delle opinioni riferite si intenda accedere, resta il fatto che la distinzione tra regole di diritto pubblico e di diritto privato permane gravida di conseguenze: in un caso, all’interno del procedimento, la fattispecie viene rigidamente disciplinata dalla norma attributiva del potere in osservanza ai canoni della tipicità¹², senza possibilità di etero-

¹⁰ Neppure quello della società *in house*, rinviandosi sul punto, a M. ANTONIOLI, *L’in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione pulviscolare ed eterodirezione delle società*, in RIDPC, 2020, pp. 599 ss. e ID., *L’in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell’istituto dopo il decreto n. 175/2016*, ivi, 2018, pp. 555 ss.

¹¹ Tuttavia, anteriormente all’entrata in vigore del citato d.lgs. n. 175/2016, C. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, aveva ritenuto che l’attività d’impresa fosse «*consentita agli enti pubblici, solo in virtù di espressa previsione*», sebbene tale attività rientri nella generale capacità di diritto privato, riconosciuta alla pubblica amministrazione.

¹² Secondo cui «*ogni potere risponde ad una funzione specifica. Nessun potere si confonde con un altro. Ogni potere può essere utilizzato solo per la funzione cui è preordinato*» (G. GUARINO, *Atti e poteri*, Milano, 1994, p. 140). Inoltre, «*la legalità confina con la tipicità e con la nominatività degli atti amministrativi. Non vi è spazio per poteri impliciti della pubblica amministrazione: il potere amministrativo deve trovare una base esplicita nelle norme di legge*» (M. D’ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 37). Ancora, «*secondo la versione più esigente del principio di legalità, la legge avrebbe dovuto*

integrazione¹³; nell'altro caso, il paradigma dell'attività dell'amministrazione diviene più elastico, in presenza di una fattispecie aperta, sottoposta alle regole del diritto privato¹⁴.

tipizzare sufficientemente il contenuto dell'agire amministrativo, attribuendo specifici e nominati poteri e precisando criteri e fini dell'azione» (M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., pp. 406-407). Si confronti anche B. MARCHETTI, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in B. MARCHETTI-G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, pp. 100 ss.

Secondo C. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, p. 760, «*la parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ai sensi dell'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400, secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invece di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti*». Sugli atti impliciti, da ult., C. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, I, p. 322, in materia di occupazione illegittima di un immobile da parte della P.A.

¹³ Si esamini, ad es., TAR Lombardia, Milano-Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, in *Foro it.*, 2016, 12, III, c. 660, che attribuisce «*natura speciale*» alla responsabilità della P.A., non essendo riconducibile al modello aquiliano, né a quello contrattuale. In particolare, il modello in esame «*presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione*». Sicché, «*la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico – rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima*».

¹⁴ Del resto, «*come è ben noto la responsabilità civile è atipica, mentre il provvedimento amministrativo è tipico in quanto predeterminato dal principio di legalità*» (così, F. MERUSI, *Sentieri ininterrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 33). Non di meno, la questione dell'estensione della riserva di legge all'attività di diritto privato della P.A. è stata posta dalla dottrina tedesca, che ha sostenuto la necessità di un'autorizzazione legislativa estesa anche a tale ambito. Sul punto, si rinvia a G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Anno V, fasc. 1, Milano, 1966, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009, pp. 127 ss., secondo cui l'attività di diritto privato degli enti pubblici non incide sulla sfera di libertà del cittadino, per cui la richiesta di una base normativa per ogni attività privatistica dell'amministrazione determina «*un*

Tale dicotomia rappresenterà una sorta di *fil rouge*, che accomuna gli argomenti trattati nel presente studio, con i corollari che ne discendono sul piano sostanziale, come su quello processuale.

2. Secondo profilo della responsabilità civile della P.A.: la dualità delle situazioni sostantive (una convivenza difficile). Luci ed ombre della “riscrittura” della giurisdizione esclusiva da parte del giudice delle leggi (cenni). Rapporto senza potere e potere senza rapporto, tra tutela dell’affidamento incolpevole e dell’affidamento legittimo.

L’interdisciplinarietà, ancora, viene in gioco sotto un secondo profilo, che investe la tutela risarcitoria, con particolare riguardo al riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. Esso è correlato ad un tratto identitario del nostro sistema, nel quale i diritti soggettivi convivono con gli interessi legittimi. Una dicotomia, quella appena evocata, costituzionalizzata dagli artt. 24, comma 1, 103, comma 1, e 113, comma 1, Cost. Con il corollario che la responsabilità civile diviene un laboratorio in cui si impone il confronto con le situazioni sostantive fatte valere in giudizio, dalla cui consistenza deriva la scelta del plesso giurisdizionale.

Tale bipartizione pone un limite al legislatore, a cui permane precluso distribuire a suo libero piacimento la cognizione delle controversie¹⁵. Va-

rovesciamento totale della posizione degli enti pubblici nell’ambito del diritto privato, quale è normalmente configurata dalla dottrina»: da un lato, la struttura dello Stato democratico non verrebbe in gioco, in quanto «la dipendenza politica dell’esecutivo dal legislativo» rappresenta «una forma di investitura dell’esecutivo stesso tale da renderlo democraticamente legittimato»; dall’altro lato, poi, «il richiedere una riserva di legge rispetto ad ogni attività della pubblica amministrazione» produrrebbe «uno spostamento eccessivo dei termini del rapporto intercorrente tra legislativo ed esecutivo», con l’effetto di «una violazione del principio della tripartizione dei poteri». Non di meno, l’Autore ritiene che la riserva possa essere giustificata «limitatamente a determinati settori del diritto privato», come quando l’attività, svolta in forme privatistiche, venga ad incidere sui diritti fondamentali, nei cui confronti la legge costituisce la garanzia più efficace.

¹⁵ È, così, la Corte costituzionale a fissare «i limiti generali alla discrezionalità del legislatore nell’attribuzione di determinate materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull’autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, p. 100, in nota.

le ricordare, in proposito, che, in base all'orientamento del giudice delle leggi, la giurisdizione amministrativa è preposta a giudicare l'esercizio del potere, anche quando, nell'ambito di particolari materie, conosce dei diritti soggettivi (art. 103, comma 1, Cost.)¹⁶. Secondo la medesima Corte, la giurisdizione esclusiva non è ammessa nelle controversie in cui è «*assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità*»¹⁷. Questo anche qualora si versi in una materia rientrante nella giurisdizione esclusiva¹⁸. Se viene in gioco la violazione del *neminem laedere*, senza che siano investite scelte di natura discrezionale il cui esercizio avvenga in forme autoritative, la cognizione della controversia va devoluta alla cognizione del giudice ordinario¹⁹.

Ma, come pure si è osservato, «*a fronte dell'amministrazione che si veste di autorità, il cittadino non può vantare altro che interessi legittimi*»²⁰. Tra

¹⁶ C. cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594, in *Giur. it.*, 2004, p. 2255, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207; C. cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. it.*, 2006, p. 1729; C. cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, c. 435; e C. cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2975, in *Giur. cost.*, 2011, I, p. 42.

¹⁷ C. cost. n. 204/2004, cit.

¹⁸ Sulla quale, per tutti: F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001, pp. 594 ss.; P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. VII, Torino, 1991, pp. 440 ss.; P. SANDULLI, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2021, n. 25843, secondo cui «*l'inosservanza da parte della P.A., nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono, delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza, può essere denunciata dal privato dinanzi al giudice ordinario non solo ove la domanda sia volta a conseguire la condanna della P.A. al risarcimento del danno patrimoniale, ma anche ove sia volta a conseguire la condanna della stessa ad un "facere", giacché la domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al rispetto del principio del "neminem laedere". Né è di ostacolo il disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000 – che devolve al giudice amministrativo le controversie in materia di urbanistica ed edilizia – giacché, a seguito della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, tale giurisdizione esclusiva non è estensibile alle controversie nelle quali la P.A. non eserciti alcun potere autoritativo finalizzato al perseguimento di interessi pubblici alla cui tutela sia preposta*». Si veda non diversamente, Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 9318.

²⁰ Così, F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2210.

le due ipotesi, dunque, *tertium non datur*: con il corollario che il criterio di riparto, governato dalla consistenza delle situazioni soggettive, tende ad assorbire quello della materia, con la conseguente dissoluzione della stessa giurisdizione esclusiva²¹.

Si tratta, peraltro, di una costruzione, quella operata dal giudice costituzionale, che discenderebbe da una sentenza giudicata, da taluno, come «*restauratrice*» e anacronistica, risentendo di una «*impostazione tradizionale di tipo tardo ottocentesco*»²². La pronunzia, secondo questa tesi, esprimerebbe una forte distonia con la precedente elaborazione della dottrina e, non da ultimo, proprio con l’esigenza di valorizzare l’effettività della tutela, laddove l’intreccio tra diritti e interessi appariva inestricabile o, quanto meno, difficilmente superabile²³.

In seguito all’intervento manipolativo del giudice delle leggi²⁴, la *liaison* tra diritto sostanziale e riparto tra le giurisdizioni tende ad assumere una nuova colorazione, divenendo meno inestricabile. La stessa attribuzione di una controversia al giudice amministrativo tende a connotare la natura di una determinata attività, identificando i parametri della stessa. Quando la distribuzione della giurisdizione segue il criterio della materia,

²¹ Come rimarca F.G. SCOCA, *ult. op. cit.*, pp. 2210-2211, rilevando un «*salto logico*» nel percorso argomentativo del giudice delle leggi. Questa conclusione appare condivisa anche da C. CONSOLO, in V. CARBONE-C. CONSOLO.-A. DI MAJO, *Il “waltzer delle giurisdizioni” rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1131, affermando che «*così la giurisdizione esclusiva si avvicina alquanto a quella di legittimità sull’atto*». Analogamente, A. DI MAJO, *ivi*, p. 1135, rimarcando la trasformazione della giurisdizione esclusiva in una «*species della “giurisdizione generale di legittimità”*», in netta controtendenza rispetto alla progressiva tendenza ad elaborare l’oggetto del giudizio, in guisa da trasporto dall’atto al rapporto. Si confrontino, sul tema, anche le puntuali osservazioni svolte da C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 631 ss.

²² C. CONSOLO, *Il “waltzer delle giurisdizioni”*, *cit.*, pp. 1131-1132.

²³ Per tutti, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, il quale, anteriormente all’intervento della Corte, sottolineava come le «*particolari materie*» che il legislatore intendesse devolvere al giudice amministrativo non fossero prefissabili, in assenza di un canone precostituito della misura di giurisdizione spettante a ciascuno dei due ordini giurisdizionali (*ivi*, pp. 24-25).

²⁴ Secondo V. CONSOLO, *Il “waltzer delle giurisdizioni”*, *cit.*, p. 1130, con la sentenza n. 204/2004 la Corte costituzionale avrebbe realizzato il più intenso intervento manipolativo nella sua storia, sul quale l’Autore non ha nascosto le proprie «*perplexità*».

come avviene nell'art. 133 c.p.a., viene meno la sovrapposizione tra posizioni soggettive. Il risultato è che la fattispecie finisce per gravitare nell'orbita delle norme di azione e non di quelle di relazione²⁵. Il corollario è rappresentato dalla tendenziale riduzione delle aree rientranti nella giurisdizione esclusiva, dove vengono in gioco i diritti e non gli interessi.

Commentando le statuizioni rese, sul punto, dai giudici del palazzo della Consulta, un Autore ha evocato, con efficacia, l'esistenza di «*rapporti senza potere e potere senza rapporti*»²⁶. Tale dualismo riguardava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, "riscritta" dal giudice delle leggi. Non di meno, esso può corrispondere alla contrapposizione tra regole di condotta e regole di validità: le prime investono le relazioni intersoggettive, al di fuori (e al di là) dei profili di natura autoritativa; le seconde, per converso, hanno ad oggetto l'esercizio del potere: la posizione soggettiva che viene in considerazione, in un caso, ha la consistenza di diritto soggettivo e, nell'altro, di interesse legittimo.

La formula in esame sembra pienamente in grado di rappresentare il filo conduttore delle principali questioni affrontate nel presente volume. L'affidamento, come si dirà, riceve una differente connotazione nelle due ipotesi considerate: nel "rapporto senza potere" l'affidamento degno di protezione è quello "incolpevole", mentre nel "potere senza rapporto" l'affidamento meritevole di tutela è definito "legittimo".

Nel primo caso, viene in considerazione una dimensione relazionale tra pubblico e privato, che investe un comportamento, il cui collegamento con la potestà amministrativa è, al più, mediato, in quanto i parametri di legittimità della stessa risultano destituiti di rilevanza; nel secondo caso, per converso, non si applicano i canoni che disciplinano, sul piano orizzontale e in una dimensione paritaria, i rapporti giuridici, in quanto le regole che governano esercizio del potere monopolizzano il sindacato di validità sulla stessa. L'assenza di rapporto, nell'accezione riferita, enfatizza unicamente l'eshaustività della disciplina della fattispecie, in base ai più rigorosi canoni della autoritatività.

La serie procedimentale e il provvedimento finale possono avere in-

²⁵ Si confronti, in proposito, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022, p. 197.

²⁶ A. DI MAJO, *Rapporti senza potere e potere senza rapporti: ancora sul riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 781.

generato un affidamento sul legittimo esercizio del potere. Non senza considerare, poi, come il comma 2-*bis*, dell’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall’art. 12, comma 1, lett. 0a), della legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha convertito il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “Decreto Semplificazioni”), disponga che i «*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*». Come ha precisato, di recente, l’Adunanza plenaria, «*la disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell’agire pubblicistico dell’amministrazione, che trae fondamento dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, comma 2, Cost.)*»²⁷.

Se si tratta di un canone «*dell’agire pubblicistico*», resta il fatto, però, che la sua implementazione non può che avvenire in base alle regole che presiedono l’esercizio del potere. È ancor più certo, dopo la novella richiamata, che tale esercizio è in grado di ingenerare un affidamento sul fatto che l’ente pubblico segua le regole della collaborazione e della buona fede. Del resto, era stato già l’art. 10, comma 1, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (il c.d. “Statuto del contribuente”) ad introdurre il principio secondo cui «*i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede*»²⁸.

È meno certo, però, se non dubbio, che il comma 2-*bis*, dell’art. 1 della legge n. 241/1990 ricomprenda la lesione dell’affidamento, non derivante dal modello autoritativo. La norma si limita ad evocare i “rapporti” tra cittadino e amministrazione, ricalcando la formula, utilizzata dalla legge n. 212/2000, dei “rapporti” tra contribuente ed erario. Vero è che l’art. 1 della legge n. 241/1990, come recita la rubrica, ha ad oggetto i «*Principi generali dell’attività amministrativa*», nella quale è su-

²⁷ Così, C. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, § 5.

²⁸ Il riferimento ai canoni della correttezza e della buona fede è contenuto anche nel recente «*Codice della crisi e dell’insolvenza*», adottato mediante il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, s.m.i. In base al I alinea dell’art. 5 («*Doveri delle parti*»), «*nelle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza, e durante le trattative che le precedono, debitore e creditore devono comportarsi secondo correttezza e buona fede, non tacendo alcuna informazione rilevante, collaborando all’obiettivo della migliore soluzione finale della crisi e non utilizzando gli strumenti a loro disposizione per scopi incompatibili con le finalità della procedura*».

scettibile di essere ricompresa l'attività di diritto privato; tuttavia, fatta eccezione per il comma 1-*bis* dell'art. 1, secondo cui «*nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*», deve constatarsi che le previsioni contenute nell'art. 1 si occupano dell'esercizio di poteri autoritativi. Se così è, il citato comma 2-*bis*, dell'art. 1 risulta neutrale rispetto all'affidamento la cui lesione non consegue, almeno direttamente, dall'esercizio del potere. In tal caso, la lesione non può collocarsi che al di fuori del modello autoritativo e delle regole di validità che lo presidono, venendo in considerazione unicamente le regole di condotta che disciplinano il rapporto.

3. *Terzo profilo: responsabilità civile della P.A. e funzione perseguita. Dalla funzione compensativa a quella preventiva. Risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo e valutazione prognostica. L'approccio dell'analisi economica del diritto (cenni). Le clausole generali come parametri per l'accertamento della responsabilità civile.*

L'interdisciplinarietà merita di essere invocata, sotto un terzo ed ultimo profilo, mediante l'individuazione degli obiettivi, che è in grado di perseguire il risarcimento accordato al soggetto danneggiato dall'attività amministrativa.

La lettura più tradizionale affida alla responsabilità civile il precipuo compito di soddisfare finalità di natura prevalentemente compensative. Il risarcimento consente, infatti, di porre rimedio ad una perdita economica o ad una lesione del patrimonio. Entrambe derivano, in rapporto di causa ad effetto, dall'azione imputabile ad un soggetto o ai suoi agenti. Nella prospettiva in oggetto, che, tuttora, mantiene la propria giustificazione, l'obbligazione risarcitoria integra la reazione dell'ordinamento ad un comportamento giudicato illecito. Il carattere repressivo del rimedio rimarca, così, la comminazione di una sanzione corrispondente al ristoro accordato.

Non diversamente avviene nel caso della lesione dell'interesse legittimo pretensivo, il quale richiede il ricorso ad un giudizio prognostico, condotto su base probabilistica, secondo un criterio di normalità: qui, il danno risarcibile presuppone una conseguenza sfavorevole, derivante da una condotta

giudicata contraria al diritto, anche alla stregua della perdita di una *chance*, il cui apprezzamento soggiace ad una valutazione prognostica²⁹.

Va segnalata, tuttavia, la compresenza di un concorrente approccio, appartenente alla scuola economica. Esso propugna una differente lettura, condotta sotto una nuova prospettiva, nella quale la previsione di determinati *standards* di legalità si prefigge di realizzare un’allocazione efficiente delle risorse³⁰. Infatti, «*in netto contrasto con l’approccio tradiziona-*

²⁹ Sull’argomento, specialmente, F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 872 ss., secondo cui la *chance*, per assumere una rilevanza giuridica, resta subordinata al raggiungimento di un determinato livello di probabilità. In materia di sanità: TAR Aosta, Sez. I, 20 aprile 2021, n. 115. Richiedono un rilevante grado di probabilità del danno: TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 13 novembre 2020, n. 2171, e TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 3 luglio 2020, n. 1279. Per la rilevanza della *chance* perduta di incrementare il *curriculum* professionale dell’operatore economico: TAR Lazio, Roma-Sez. II, 5 agosto 2020, n. 8992. Sulla responsabilità precontrattuale della P.A.: TAR Veneto, Sez. II, 15 giugno 2020, n. 508. Sulla perdita di aggiudicazione di un appalto pubblico: TAR Lazio, Roma-Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 4, e TAR Lazio, Roma-Sez. I, 6 novembre 2019, n. 12735, in *Foro amm.*, 2019, p. 1872. Sempre sulla perdita di *chance*, per la giurisprudenza amministrativa più recente: C. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268; TAR Lazio, Latina-Sez. I, 30 aprile 2021, n. 264; C. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, III, fasc. 7-8, c. 394, e in *Resp. civ. e prev.*, 2021, fasc. 4, p. 1246; TAR Campania, Napoli-Sez. II, 5 marzo 2021, n. 2902; TAR Lazio, Roma-Sez. III, 4 marzo 2021, n. 2695; C. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845. La giurisprudenza civile si è occupata, più spesso, della voce di danno in esame nell’ambito dei rapporti di lavoro subordinato, pubblico o privato (*ex aliis*, Cass., Sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6485, e Cass., Sez. lav., 19 febbraio 2019, n. 4807), in materia di responsabilità medico-chirurgica (ad es., Cass., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13870; Cass., Sez. III, 26 giugno 2020, nn. 12928 e 12906; Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2137) e in caso di tardiva trasposizione in ambito nazionale delle Direttive europee (Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 30502, con riguardo al compenso a favore dei medici ammessi ai corsi di specializzazione universitaria). Sul tema, si richiamano alcuni contributi degli Studiosi del diritto civile: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004; M. FOGLIA, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *NGCC*, 2011, I, p. 449, in nota a Cass., Sez. III, 29 novembre 2010, n. 24143. Si segnala, infine, la critica formulata da C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, IV ed., Milano, 2018, pp. 132 ss., alla nozione di danno da perdita di *chance*, la quale, secondo l’Autore, sarebbe «*diventata, per diritto vivente, una vera e propria situazione giuridica soggettiva*».

³⁰ La responsabilità oggettiva, addossando al responsabile i costi sociali delle proprie azioni, lo induce a tenere un comportamento efficiente. Così, L.A. FRANZONI, *Introduzione*

le, l'analisi economica del diritto è interessata a incentivi per un comportamento efficiente»³¹. Per cui, la norma giuridica, mediante la fissazione di un determinato *standard*, si prefigge di realizzare un livello efficiente di prevenzione del danno, munito di un adeguato grado di deterrenza³².

Un simile obiettivo è suscettibile di essere conseguito mediante l'impiego di clausole generali, normalmente contrassegnate da quelle che è stata definita una «*indeterminatezza intenzionale*»³³, tale da consentire un adeguamento costante delle soluzioni adottate alle esigenze del caso concreto, alla stregua di parametri identificati dalla giurisprudenza in un'ottica rimediale³⁴. Così, correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1337 c.c.) integrano parametri i quali, nel limitare l'autonomia privata, consentono di valutare, sul piano della liceità, comportamenti materiali³⁵. D'altra parte, la buona fede, che «*si colloca sul crinale che corre tra autonomia ed eteronomia*», è stata definita come «*la clausola generale per eccellenza*»³⁶. In base a una te-

ne all'economica del diritto, Bologna, 2003, p. 101, ricordando anche la c.d. “regola di Hand” (un giudice nord-americano), secondo cui, quando la responsabilità è incerta, il risarcimento va accordato, se il danno atteso supera il beneficio privato (*United States vs. Carrol Towing Co.*, 1947).

³¹ R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-TH. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999, p. 379.

³² R. COOTER-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. PARDOLESI-TH. ULEN, *op. cit.*, pp. 402 ss.

³³ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 709.

³⁴ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 570. Sulla nozione di “rimedi” e di “logica rimediale”, si vedano: G. SMORTO, *Sul significato di “rimedi”*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 160 ss., e U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPAM. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 136 ss. Da ult., sui “rimedi contrattuali”, A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, in AA.VV., *Contratto*, diretto da G. D'Amico, in *Enc. dir.*, I tematici, vol. I, Milano, 2021, pp. 1031 ss., rimarcando come, nel *common law*, «il “rimedio”, più che al diritto, è a stretto ridosso della violazione. Esso è definito da un noto giurista anglosassone una “cura contro i torti” (*cure for wrongs*)» (Il richiamo è a F.H. LAWSON, *Remedies for English Law*, London, Butterworths, 1980). Precisa l'Autore che «il “rimedio” non sempre ha bisogno di appoggiarsi ad un diritto ma ad un interesse in qualche modo protetto e che risulta, allo stato, lesa o insoddisfatto» (A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, cit., pp. 1031-1032).

³⁵ A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, pp. 179 ss.

³⁶ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29.

si, si intendono per “*standards*”, intesi come «*tipi ideali in senso assiologico*»³⁷, i comportamenti attesi, desunti da «*norme di direttiva*»³⁸. Queste «*delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione*»³⁹. Il che avviene «*vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale*»⁴⁰. E, ancora, «*alle clausole generali viene così attribuita una funzione puramente di conservazione di aspettative fondate su modelli di condotta già consolidati dall’esperienza*»⁴¹.

Sotto l’angolazione considerata, dunque, la clausola generale non descrive, neppure, una fattispecie, assolvendo, invece, ad una funzione meramente integrativa dei rapporti giuridici⁴². Tra clausola e rapporto si inserisce il giudice, in un rapporto trilatero, mediando con marcato empirismo tra *standard* sociale e condotta concreta. La direttiva fissa, dunque, una misura di comportamento, sotto la quale va sussunta la regola dell’agire. In tal guisa, il centro di gravità viene ad essere l’identificazione dell’archetipo, da cui discende la valutazione della condotta in termini di liceità o di illiceità; ed è dalla premessa, come in un sillogismo, a derivare la conclusione. Così, la buona fede (in senso oggettivo) «*svolge una valutazione del contratto alla stregua di tipi normali di comportamento riconosciuti come norme sociali*»⁴³.

4. (Segue): *efficienza, allocazione delle risorse nell’analisi economica del diritto. Responsabilità civile e finalità di prevenzione dei fatti illeciti. Esternalità e costi sociali nella teoria economica. Prevenzione e riparazione del danno ambientale. Contratti pubblici. Partenariato pubblico e privato (PPP). Ripartizione del danno.*

L’attività amministrativa, come ogni altra attività, implica l’esistenza di

³⁷ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 12.

³⁸ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., pp. 12-13.

³⁹ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 13.

⁴⁰ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 13.

⁴¹ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 14.

⁴² L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 17.

⁴³ L. MENGONI, *ult. op. cit.*, p. 13.

un rischio, il cui margine risulta variabile. Tale rischio deve essere ripartito tra amministrazione aggiudicatrice e operatori economici. La logica che sorregge il sistema non è più solamente redistributiva. Prova ne è che il rischio – inteso come rischio operativo, di costruzione, di disponibilità e di domanda – è entrato a fare parte delle valutazioni gravanti su un'amministrazione prima di affidare un contratto di partenariato pubblico e privato⁴⁴, in base all'art. 3 del "Codice dei contratti pubblici" (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)⁴⁵. Se i danni cagionati dall'amministrazione non possono ricadere sui cittadini, i rischi derivanti dalla sua attività amministrativa vanno "socializzati": da ciò deriva l'ampliamento dell'area della risarcibilità, i cui costi vengono a gravare sulla finanza pubblica⁴⁶.

Intanto, deve essere prevenuta la causazione dell'evento pregiudizievole⁴⁷. Così avviene, ad esempio, per il danno ambientale, nel cui ambito i costi sociali, derivanti da esternalità negative⁴⁸, richiedono di essere con-

⁴⁴ Sul quale si veda, tra gli altri, R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, pp. 27 ss.

⁴⁵ Si consideri, al riguardo, la "matrice dei rischi" con cui, nella fase della programmazione, si individuano e si analizzano i rischi connessi all'intervento da realizzare, con il concorrente obiettivo di verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale. Questo monitoraggio risulta, attualmente, disciplinato dalle Linee guida n. 9 adottate dall'ANAC, mediante delibera n. 318 del 28 marzo 2018.

⁴⁶ In questo senso già A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 289.

⁴⁷ Secondo H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009, p. 115 (trad. it. di *Das Prinzip Verantwortung*, 1979), «la condizione della responsabilità è il problema causale».

⁴⁸ Ci si limita a richiamare, sull'argomento: G. LEMME, *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2021; G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009; M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in AA.VV., *Annuario 2006, Analisi economica del diritto amministrativo, Atti del convegno annuale*, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, pp. 21 ss.; F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, ivi, pp. 5 ss.; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, ivi, pp. 125 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, ivi, pp. 233 ss.; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto* (trad. it.), Bologna 2004; L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, cit.; R. KERRY TURNER-D.W. PEARCE-I. BATEMAN, *Economia ambientale*, Bologna,

tenuti o mitigati, almeno quando non possono essere azzerati: si considerino, in proposito, le previsioni contenute nell’art. 191, § 2, TFUE, e negli artt. 5 e 8 della Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale⁴⁹. Le esternalità inte-

2003, pp. 36 ss. (trad. it. di *Environmental Economics. An elementary Introduction*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1993); A. CHIANCONE-D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, III ed., Torino, 1998, pp. 30 ss.; F. COSENTINO, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?*, in *Foro it.*, 1990, c. 153; R. BOWLES, *Diritto ed economia* (trad. it.), Bologna, 1988; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. I, Torino, 1987, pp. 309 ss.; G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto («economic analysis of law»)*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. IV, Torino, 1983, pp. 315 ss.; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co., Boston/Toronto, 1973; G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970. Sull’azione delle imprese che svolgono attività con effetti dannosi per i terzi, mediante una divergenza tra prodotto privato e prodotto sociale nel quadro dell’economia del benessere, si confronti, specialmente, R.H. COASE, *I costi sociali*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1988, pp. 3 ss. (trad. it. di *The Problem of Social Cost*, University of Chicago Law School, 1960). L’analisi condotta si innesta in un dibattito aperto, tra le due guerre, dalla c.d. “Scuola di Cambridge” con Arthur Cecil Pigou. Si segnala, con riguardo all’attività amministrativa, il recente contributo di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021. L’Autore coniuga la *nudge theory*, adattandola con originalità al processo decisionale delle pubbliche amministrazioni in ambito nazionale. Il volume di R.H. THALER-C.R. SUSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Heaven, 2008 (trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2017) rappresenta una *milestone* dell’analisi comportamentale nell’analisi e nella valutazione delle politiche pubbliche. Il 9 ottobre 2017, l’Accademia reale svedese delle scienze ha assegnato il premio Nobel per l’economia a Richard H. Thaler, «per i suoi contributi all’economia comportamentale».

⁴⁹ *Ex aliis*, muovendo dai contributi più recenti: B. POZZO-V. JACOMETTI, *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2021; G. CECCHERINI, *La tutela risarcitoria dell’ambiente: dalla tutela compensativa e punitiva della legge dell’86 alle misure di riparazione della legge 6 aprile 2013, n. 97*, in AA.VV., *Diritto e rigenerazione dei brownfields, Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, a cura di M. Passalacqua-B. Pozzo, Torino, 2019, pp. 523 ss.; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell’ambiente*, Bari, 2018, pp. 33 ss.; F. FRACCHIA, *Environmental Law*, II ed., Napoli, 2018, pp. 78

grano, come è noto, un costo a carico di una terza parte, che rimane estranea ad una determinata transazione economica. Vengono, così, in considerazione i c.d. “costi sociali”, allocati alla collettività nel suo complesso, che la scuola economica definisce come “*spillover effects*” o “*external effects*”.

Ad esempio, un’aggiudicazione illegittima è in grado di produrre un effetto negativo su un determinato operatore economico, che abbia partecipato ad una gara. Costui, aspirando concludere un contratto con un’amministrazione aggiudicatrice, può avere assunto costi economici, anche di rilevante entità, come nel caso del *project financing*, attualmente disciplinato dall’art. 183 («Finanza di progetto») del “Codice dei contratti pubblici”⁵⁰. Se la commessa risulta affidata in modo illegittimo e l’impresa esclusa viene risarcita dall’amministrazione aggiudicatrice, è sulla collettività che finiscono per gravare i costi sociali⁵¹. Ciò giustifica, dunque,

ss; M. COLLEVECCHIO, *Danno ambientale e misure di tutela*, in B. CARAVITA-L. CASSETTI-A. MORRONE, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2016, pp. 337 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti di diritto internazionale dell’ambiente*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da P. Dell’Anno-E. Picozza, vol. I, *Principi generali*, Padova, 2012, pp. 33 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, pp. 1012 ss.; AA.VV., *La responsabilità per danno all’ambiente. L’attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, a cura di F. Giampietro, Milano, 2006.

⁵⁰ Si confronti, ad es., C. BOSCIA, *Procedura di scelta del contraente (artt. 56-65) e partenariato pubblico e privato (artt. 179-191)*, in AA.VV., *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. Follieri, Napoli, 2017, pp. 397 ss. Si confronti: C. Stato, Sez. V, 12 agosto 2021, n. 5870, che riconosce la responsabilità precontrattuale dell’amministrazione che, pur non adottando atti illegittimi, tenga un comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede e, perciò, lesivo delle aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione circa il buon esito delle trattative. Sempre di recente, si veda TAR Sardegna, Sez. I, 27 settembre 2021, n. 658, secondo cui la risarcibilità del danno è ammessa nella fattispecie comportamentali, come un comportamento inerte o dilatorio, le quali prescindono dall’invalidità dell’azione autoritativa.

⁵¹ Si veda, in proposito, M. CAFAGNO, *La responsabilità dell’amministrazione pubblica*, in *Annuario 2006*, cit., pp. 155 ss. e, specialmente, pp. 166 ss., in punto di danno risarcibile e costo sociale dell’azione illegittima. Merita segnalare, inoltre, Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, c. 643, che, in tema di responsabilità precontrattuale della P.A., ha affermato come l’interesse di quest’ultima, «un tempo ritenuto preminente», risulti subordinato, «in un’ottica di adeguamento della disciplina nazionale a

l’impiego di strumenti regolativi intesi a minimizzare tali costi, mediante il ricorso all’azione preventiva⁵². Sotto l’angolazione in esame si impone l’osservanza di canoni di diligenza, correttezza e buona fede: alla loro applicazione è dedicata larga parte del presente contributo.

5. *Breve excursus sulla responsabilità civile della P.A. e sul suo sviluppo. The King do no wrong. Il c.d. “lodo Fagiolari”. Cenni sulla risarcibilità (della lesione) degli interessi legittimi. Verso una rilettura di Cass., Sez. un., n. 500/1999.*

Prima di affrontare i canoni sopra accennati, tuttavia, non appare fuori luogo rilevare come la responsabilità civile dei corpi pubblici denoti una linea di sviluppo, che, nel suo insieme, appare univoca ed omogenea: tale responsabilità parte da una situazione di totale immunità del sovrano (*The King do no wrong*)⁵³; mantiene, in seguito, numerose aree di esenzione, pur registrando la progressiva erosione di molti dei privilegi⁵⁴, che vorrebbero giustificarne il fondamento; per-

quella europea e comunitaria», «all’interesse di un mercato concorrenziale, in cui il partecipante alla gara è titolare di una posizione soggettiva direttamente tutelata, avente ad oggetto il corretto adempimento della procedura, indipendentemente da un affidamento specifico alla conclusione del contratto».

⁵² Non pare fuori luogo ricordare come i più recenti interventi legislativi pongano il loro baricentro proprio sull’azione preventiva, così come avviene, ad esempio, per la lotta alla corruzione (legge 6 novembre 2012, n. 190) e per l’inconferibilità e l’incompatibilità di incarichi di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e gli enti privati in controllo pubblico (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39).

⁵³ W.L. REUTER, *The King Do No Wrong* (Classic Reprint), Forgotten Books, 2018.

⁵⁴ Sui quali, in una diversa e più ampia prospettiva, si veda M. GNES, *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012, pp. 15 ss., rimarcando come l’espansione dei tratti pubblicistici (*id est*, un diritto speciale) nel diritto delle obbligazioni tenda a riconoscere, a favore dei corpi pubblici, dei privilegi, come nel caso delle limitazioni alla loro responsabilità civile. Eppure, un Maestro del diritto amministrativo, nel contestare in radice la nozione di “obbligazione pubblica”, rimarcava come «*tutte le obbligazioni dei pubblici poteri*» avessero «*una disciplina unica, che è quella civilistica*» (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 501. Più diffusamente, dello stesso Autore, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964). Si confronti, per l’equiordinazione dei soggetti

viene, poi, ad una (almeno) tendenziale equiordinazione dei soggetti privati ai soggetti pubblici, quando questi ultimi non agiscono in veste di autorità.

Con riguardo al nostro ordinamento, il celebre “lodo Fagiolari”⁵⁵ era giunto a contrapporre gli atti di gestione agli atti d’imperio: i primi, a differenza dei secondi, sono improntati alla sostanziale paritarietà dei rapporti tra corpi pubblici e soggetti privati. Tuttavia, era la tesi della non risarcibilità degli interessi legittimi (ovvero della loro lesione) a circoscrivere sensibilmente il soddisfacimento delle ragioni di danno, ricollegabili all’esercizio del potere⁵⁶. Come è noto, la questione riguardava, specialmente, gli interessi legittimi di natura pretensiva, difettando, secondo la Suprema Corte, il requisito dell’ingiustizia del danno, previsto dall’art. 2043 c.c.

Al riguardo, un’importante frattura è conseguita, nel 1999, da un *grand-arrêt*, che continua a rappresentare un irreversibile punto di rottura con il passato. Con la sentenza n. 500, infatti, le Sezioni unite hanno ri-

pubblici ai soggetti privati, in materia di obbligazioni civili, A.M. SANDULLI, *La posizione dei creditori pecuniari dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 558 ss. Diversamente, invece, con riguardo alle obbligazioni tributarie, si veda C. cost., 8 luglio 2020, n. 142, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 28, comma 4, del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175 (*«Semplificazione fiscale e dichiarazione dei redditi precompilata»*), sollevate in riferimento agli artt. 3 e 76 della Costituzione. In base a tale *dictum*, «non è configurabile una piena equiparazione fra obbligazioni pecuniarie di diritto comune e quelle tributarie, per le particolarità dei fini e dei presupposti di queste ultime (sentenza n. 271 del 1997), che si giustificano con la “garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato” (sentenza n. 281 del 2011), cui è volto il credito tributario.

In definitiva, l’interesse fiscale perseguito dalle obbligazioni tributarie giustifica lo scostamento dalla disciplina ordinaria».

⁵⁵ C. Stato, Sez. V, 1° dicembre 1939, n. 795; si veda, in seguito, C. Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, n. 24.

⁵⁶ AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*. Atti del 43° Convegno di studi di scienza dell’amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco: Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1997, Milano, 1998; AA.VV., *Atti del convegno nazionale sull’ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interesse legittimo*, Centro italiano di studi amministrativi, Sezione Campana, Napoli, 27-28-29 ottobre 1963, Milano, 1965.

conosciuto la risarcibilità del danno conseguente all’esercizio illegittimo del potere: una responsabilità, quella in esame, qualificata come di natura aquiliana⁵⁷.

Si consideri, in proposito, come della sentenza citata sia stata suggerita, di recente, una rilettura, i cui recenti sviluppi risentono, inevitabilmente, dell’influenza di quella parte della letteratura civilistica, che propugna una differente costruzione della responsabilità civile⁵⁸. Uno dei punti di approdo è rappresentato dalla teoria dei “doveri di protezione”, la violazione dei quali rende esperibile la tutela risarcitoria. Non di meno, si registrano, punto, voci dissenzienti, non meno autorevoli, sempre tra gli Studiosi del diritto privato. L’argomento verrà ripreso in funzione, soprattutto, dell’identificazione dei canoni che presiedono l’accertamento della responsabilità civile dell’amministrazione, con specifico riguardo alla tutela dell’affidamento incolpevole ingenerato nel privato.

6. *Dal c.d. “contatto sociale” al “contatto amministrativo”. L’affidamento deluso riposto dal privato nell’attività amministrativa. Il ruolo assolto dal provvedimento. Tutela risarcitoria, riparto tra le giurisdizioni e (cognizione del) rapporto senza potere.*

Di questo dibattito, vivace e fecondo, infatti, non può non tenersi conto anche in una prospettiva di tipo pubblicistico. Perché dal c.d. “contatto sociale” si è pervenuti al “contatto amministrativo”⁵⁹, mediante l’osmo-

⁵⁷ Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, pubblicata anche in *RIDPC*, 1999, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, pp. 1126 ss.

⁵⁸ V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a vent’anni dalla sua pubblicazione*, in *Urb. e app.*, 2019, pp. 610 ss.

⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 245, richiamando C. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945. Tale pronunzia prendeva in esame Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Corr. giur.*, 2003, p. 586, e in *Foro it.*, 2003, c. 78, e C. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2003, n. 204. In argomento, tra gli altri, B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, pp. 3301 ss.; M.L. CHIARELLA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede e tutela dell’affidamento*, in *www.federalismi.it*, 2016; M. PROTTO, *Re-*

si tra diritto privato e diritto amministrativo, con il continuo travaso, dal primo al secondo, di costruzioni dogmatiche, la pervasività delle quali è divenuta crescente, estendendo i propri confini entro il perimetro della responsabilità civile della P.A.

La questione sul tappeto verde, nei minimi termini, sull'integrazione della protezione del privato all'interno del rapporto amministrativo, il cui tessuto connettivo è rappresentato dall'*agere* in forme proceduralizzate. Anche se la carenza di una base normativa, rappresentata da Autori i quali hanno espresso giudizi critici nei confronti di questa teoria⁶⁰, è in

sponsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1005 ss.; ID., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, pp. 213 ss.; R. CHIEPPA, *Viaggio andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività ministeriale*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 683 e, specialmente, pp. 695 ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 277 ss.; F.G. SCOCA, *Per un'Amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss., giudicando «stimolante» la diversa prospettiva della responsabilità da contatto, in quanto l'estraneità del soggetto danneggiante e di quello danneggiato non è ravvisabile quando sono parti in un procedimento amministrativo (ivi, p. 1460). Sul «contatto amministrativo qualificato» si vedano, tra le altre, C. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro amm.*, 2001, p. 2008, secondo cui «La ricostruzione del rapporto tra p.a. procedente e privato come contatto sociale qualificato permette di delineare l'effettiva dimensione dell'eventuale danno ingiusto, in quanto i comportamenti positivi e negativi della p.a., parametrati sulle regole (generali e speciali) che governano il procedimento amministrativo, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mercé l'intermediazione del procedimento stesso, di talché il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile ed all'onere della prova dell'imputazione soggettiva». Tale sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 2002, III, cc. 1 ss., unitamente a TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e di E. CASETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*.

⁶⁰ A. ZACCARIA, *Verdamte Zeiten (tempi maledetti)*, in *NGCC*, 2020, p. 1156; ID., *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto socia-*

grado di diventare una barriera invalicabile nell’ordinamento amministrativo, trattandosi di un sistema chiuso, governato dai principi di legalità, tipicità e nominatività.

Ebbene, nel diritto amministrativo la questione della responsabilità da “contatto sociale” si è posta, da almeno un decennio, per l’affidamento deluso che il privato ha riposto incolpevolmente in una determinata attività dell’amministrazione. Non può farsi a meno di rilevare, però, che un provvedimento può mancare del tutto; oppure, se è presente, dopo avere inciso in modo favorevole sulla sfera del suo destinatario, viene meno: vuoi perché diviene oggetto di un atto di ritiro; vuoi perché un terzo lo impugna e, in accoglimento del ricorso proposto, il giudice amministrativo lo annulla.

In simili evenienze si registra un’ulteriore questione, che investe l’individuazione della giurisdizione alla quale deve rivolgersi il danneggiato. Gli Studiosi delle discipline pubblicistiche hanno dedicato numerosi contributi all’argomento, che verrà affrontato, partitamente, nell’ultimo capitolo del presente volume. Il punto in oggetto, com’è agevolmente intuibile, va identificato nella consistenza di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione soggettiva di colui che ha visto venir meno gli effetti del provvedimento annullato o revocato. Si tratta, dunque, di analizzare lo “stato dell’arte” del riparto tra le giurisdizioni, che investe la faglia inquieta dei confini tra i due plessi, la quale denota un permanente antagonismo.

7. (Segue): *presupposti e natura della tutela risarcitoria nei confronti della P.A. Riflessi sul riparto tra le giurisdizioni. Doveri di protezione e “contatto sociale qualificato”. Obblighi di correttezza e buona fede negli artt. 1175 e 1137 c.c. La tutela risarcitoria nel codice del processo amministrativo (cenni). Effettività e pienezza della tutela giurisdizionale.*

La questione sopra accennata può essere affrontata anche su un altro versante: quello sostanziale, che investe i presupposti della tutela risarci-

le”), in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 94-95, osservando che, sebbene l’art. 1173 c.c. indichi quali fonti delle obbligazioni altri o fatti idonei a produrli, non vi è alcuna traccia che possa identificare il contatto sociale, anche ove risulti qualificato, a costituire una possibile fonte di obbligazioni. Si tratterebbe, pertanto, di una fonte extralegale di obbligazioni.

toria. A questo profilo la dottrina ha rivolto un'attenzione molto minore. Il che, peraltro, appare poco comprensibile, se si considera come gli elementi costitutivi della responsabilità condizionino pesantemente l'alternativa tra le due giurisdizioni: quella ordinaria e quella amministrativa.

Né va sottaciuto, poi, come la costruzione di questo tipo di responsabilità implichi lo svolgimento di una concorrente indagine circa la natura della responsabilità, che le pronunzie più recenti della Corte regolatrice del diritto tendono a non identificare più nella responsabilità extracontrattuale. Come si vede, dunque, il quadro attuale, vibratamente dibattuto, permane instabile ed incerto⁶¹. Gli approdi della giurisprudenza delle Sezioni unite, censurati da molti Autori, pervengono ad un sostanziale allargamento dei confini della tutela risarcitoria, seguendo la linea di un percorso risalente a circa un decennio. Di tale impetuoso sviluppo si darà conto, seppure nell'economia del presente studio, nell'ambito del primo capitolo.

Il *toolkit* utilizzato dalla medesima Corte è rappresentato dai doveri di correttezza e buona fede, aventi fonte negli artt. 1175 e 1337 c.c. Esiste, dunque, una specifica base normativa, senza doversi invocare i doveri discendenti dal "contatto sociale qualificato"⁶². Questa, inoltre, si colloca in un'area governata dall'atipicità, al cui approdo si perviene seguendo una distinzione, ormai, generalmente accreditata: quella tra regole di condotta e regole di validità, che verrà considerata nelle pagine seguenti.

L'affidabilità di una simile costruzione impone, ovviamente, di essere saggia anche sul piano applicativo. Per fare questo non può, di certo, farsi a meno di analizzare la casistica affrontata dalla giurisprudenza, che, in un *work in progress*, si è occupata della tematica. Dalla verifica condotta potranno trarsi delle conclusioni. Non senza prendere in esame, ov-

⁶¹ Sull'argomento, specialmente, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 80 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, V, pp. 987 ss.; ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

⁶² A. ZACCARIA, *Verdamte Zeiten (tempi maledetti)*, cit., p. 1156, rimarca, alla luce degli artt. 1175 e 1337 c.c., che «nessun bisogno, dunque, per affermare il carattere contrattuale della responsabilità contrattuale della responsabilità precontrattuale, di invocare il "contatto sociale"».

viamente, le regole che presiedono il riparto tra le giurisdizioni. Si tratta, in primo luogo, degli artt. 7, comma 4, e 30, comma 2, c.p.a., i quali disciplinano la tutela risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi; in secondo luogo, va considerato come la condotta che si assume illecita possa rientrare in una delle materie che la legge assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133 c.p.a.).

Sotto il primo dei due versanti appena considerati, dovrà tenersi conto tanto della formulazione delle norme evocate, quanto del fatto che l’affidamento viene ingenerato da un provvedimento che risulta illegittimo: vuoi perché è il giudice ad averne disposto l’annullamento; vuoi perché il provvedimento di secondo grado risulta pienamente legittimo. Se è vero che è il comportamento ad integrare il fatto illecito, allora, la questione in esame non potrà non esulare da quella, ormai risalente, della responsabilità della P.A. per atti legittimi⁶³.

Sotto il secondo dei due versanti, invece, lo spettro rappresentato dalla materia deve tenere debito conto dei limiti, sopra ricordati, che i giudici del palazzo della Consulta hanno posto a questa giurisdizione. In entrambi i profili presi in considerazione, dovrà anche considerarsi la pienezza e l’effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 c.p.a.), specie nel quadro del diritto dell’Unione e di quello convenzionale. Alla luce dell’analisi condotta, infine, si cercherà di trarre le conclusioni, precisando i risultati ai quali l’indagine sarà pervenuta.

⁶³ Sull’argomento, tra i contributi più recenti, E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell’amministrazione*, Napoli, 2012; G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 203 ss. Si consulti anche la voce dedicata all’argomento da R. ALESSI, *Responsabilità da atti legittimi*, in *Nss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, pp. 627 ss. Per dottrina più risalente può farsi riferimento a G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912.

CAPITOLO I

DALLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE ALLA RESPONSABILITÀ DA “CONTATTO SOCIALE”

SOMMARIO: 1. Dall'ampliamento dei confini della responsabilità extracontrattuale della P.A. alla responsabilità precontrattuale: le forme di responsabilità aggravata. La clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. Il risarcimento (della lesione) dell'interesse legittimo (pretensivo) e il rapporto amministrativo (e procedimentale). – 2. Responsabilità precontrattuale e azione autoritativa: un rapporto complesso (cenni). La *culpa in contrahendo*: un inquadramento dibattuto nella letteratura civilistica (cenni). – 3. Responsabilità precontrattuale, buona fede, correttezza: dalla tutela dell'affidamento incolpevole ai doveri di protezione. Cenni sulla teoria dell'obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione. – 4. Risarcimento del danno e doveri di protezione nella letteratura civilistica. Il “contatto sociale” tra le fonti dell'obbligazione. La letteratura civilistica: breve analisi. – 5. Dalla teoria del “contatto sociale” all'integrazione dell'azione amministrativa. Doveri di protezione e doveri procedurali. Violazione del procedimento e rimedi risarcitori (rinvio).

1. *Dall'ampliamento dei confini della responsabilità extracontrattuale della P.A. alla responsabilità precontrattuale: le forme di responsabilità aggravata. La clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. Il risarcimento (della lesione) dell'interesse legittimo (pretensivo) e il rapporto amministrativo (e procedimentale).*

Secondo una constatazione diffusa, che si è già avuto modo di anticipare, i confini della responsabilità civile della P.A., nel tempo, si sono progressivamente ampliati¹. Si tratta di uno sviluppo che è avvenuto sotto la

¹ Secondo M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione: A) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 801 ss., la responsabilità civile della

spinta della giurisprudenza della Corte di cassazione e con l’avallo di larga parte della dottrina. Il crescente innalzamento del grado di responsabilizzazione degli enti pubblici per i danni cagionati si è realizzato, per lo più, nell’area della responsabilità extracontrattuale, la quale ha rappresentato, almeno in linea di fatto, il più frequente paradigma di intervento, come può attestare un sommario esame della giurisprudenza. Più in generale, si è registrato, in materia, «l’avvio di un percorso di radicale cambiamento», con la conseguente apertura «verso una più moderna concezione della responsabilità, sganciata da retaggi storici e da un quadro di valori non più rispondente agli attuali contesti governati da principi di solidarietà, uguaglianza e ragionevolezza»².

Si è, così, pervenuti al riconoscimento dell’ammissibilità, nei confronti degli enti pubblici, di forme di responsabilità aggravata, precedentemente escluse: ciò è avvenuto, in particolare, per le attività pericolose (art. 2050 c.c.), per le cose detenute in custodia (art. 2051 c.c.), per la re-

P.A. è suscettibile di tre letture: a) in base alla prima, vengono in considerazione finalità di natura compensativo-restitutive, mediante il ristoro delle perdite patite per responsabilità di un soggetto pubblico e/o dei suoi agenti; b) in base alla seconda, viene in gioco una deterrenza munita di caratteri repressivi, intesi ad assicurare l’osservanza di determinati *standards* di legalità, diligenza e correttezza; c) un’ultima lettura, infine, trae fonte dall’analisi economica del diritto, perseguendo, in via, per lo più, preventiva, la riduzione dell’ammontare dei costi sociali del danno e delle esternalità negative (in argomento, specialmente, M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996, *passim*). Sull’argomento, in generale, anche per i richiami all’ampia bibliografia esistente: D. D’ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, cit., pp. 479 ss.; M. PROTTO, *Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione: riflessioni sulla scia delle intuizioni di F.G. Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, pp. 4269 ss.; M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004; G.D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; G.M. RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in AA.VV., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; E. CASETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 210 ss.; F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1369 ss.

² Così, E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell’amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 522-523.

sponsabilità dei precettori (art. 2048 c.c.), per i danni causati da animali (art. 2052 c.c.), per la circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.) e per la rovina di edificio (art. 2053 c.c.).

Con il che le preesistenti esclusioni della responsabilità civile, con cui la giurisprudenza, ben poco persuasivamente, derogava al diritto comune, sono divenute solamente il sinonimo di privilegi destituiti, ormai, di qualsiasi giustificazione, costituenti un lontano retaggio di quelle immunità di cui, un tempo, godeva il sovrano.

In seguito, entro i confini mobili della responsabilità civile della P.A., nei quali già si collocava anche la responsabilità contrattuale, è entrata a fare parte la responsabilità per illegittimo esercizio dei poteri autoritativi. Cosicché, la clausola generale prevista dall'art. 2043 c.c. è divenuta uno strumento più incisivo, tale da consentire alle Sezioni unite, con la sentenza n. 500/1999³, di ammettere la risarcibilità (della lesione) dell'interesse legittimo pretensivo⁴. Anche se, come pure si è persuasivamente osservato⁵, tale riconoscimento, in realtà, ha investito il bene giuridico della vita a cui la parte aspira, rispetto al quale detto interesse è stato ritenu-

³ Cass., Sez. un., n. 500/1999, cit. Tra gli altri, F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss. Sulla tematica, per tutti: A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2002, pp. 983 ss.

⁴ Ad es., G. ALPA, *Il revirement della Cassazione sulla responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, IV-V, pp. 907 ss. Si veda, da ult., Cass., Sez. III, 27 luglio 2021, n. 21535, per l'equiparazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, al fine del conseguimento del risarcimento del danno. In base ad una recente decisione, «*ai fini della individuazione del regime di responsabilità "provvedimentale" della pubblica Amministrazione, occorre esaminare di volta in volta se oggetto della controversia siano interessi pretensivi od oppositivi, nel primo caso dovendosi applicare, in via analogica, la disciplina "contrattuale" (in senso improprio) di cui al combinato disposto degli artt. 1173, n. 3 e 1218 c.c., nel secondo caso dovendosi applicare, in via analogica, la disciplina di cui agli artt. 2043 e ss. c.c.*». (TAR Liguria, Sez. I, 9 gennaio 2020, n. 6, in *Riv. giur. ed.*, 2020, fasc. 2, I, p. 346).

⁵ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, pp. 309 ss., rilevando che, secondo la Corte di cassazione, la tutela offerta dall'ordinamento investe il bene della vita a cui la parte ambisce e non già l'interesse legittimo, a fronte di uno sdoppiamento degli interessi meritevoli di protezione: in altri termini, «*il bene della vita ... resta fuori dalla portata dell'interesse legittimo*» (ivi, p. 313). Non diversamente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 219 ss. e, specialmente, pp. 232 ss.

to strumentale, nella prospettiva di edificare una “rete di contenimento” delle pretese risarcitorie⁶.

Ora, secondo una tesi, il bene della vita altro non è che il danno, integrante un elemento costitutivo della responsabilità civile⁷. Anche se il pregiudizio che investe l’aspettativa frustrata discende dall’azione (o dall’inazione) illegittima, rispetto alla quale la tutela risarcitoria rappresenta unicamente un ristoro per equivalente. In tale evenienza si registra una compromissione dell’integrità del patrimonio (art. 2740 c.c.)⁸ del destinatario dell’azione autoritativa, conseguente, appunto, all’omesso rilascio del provvedimento favorevole o all’inerzia illegittimamente serbata.

Si tratta, cioè, di quello che una parte della dottrina civilistica definisce come “danno meramente patrimoniale” ovvero come “pura perdita patrimoniale”. È stata, così, riconosciuta, con l’avallo della Suprema Corte⁹, la tutela dell’interesse all’integrità del patrimonio¹⁰. Si tratta, perciò, di una categoria del danno patrimoniale che si distinguerebbe, almeno «secondo il criterio più attendibile, per l’assenza di una lesione»¹¹.

Tale nozione si contrappone a quella di “danno conseguenza”, che

⁶ Specialmente, F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e resp.*, 1997, pp. 269 ss. Dello stesso Autore: *La responsabilità per l’esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 531 ss. Criticamente sulla relativa nozione, F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 13 ss.

⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 233.

⁸ Sul quale, per tutti: V.M. TRIMARCHI, *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1982, pp. 271 ss.

⁹ La sentenza “capostipite” è Cass., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *NGCC*, 1997, I, p. 386, con nota di M. LIBERTINI.

¹⁰ Sull’argomento, tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 297 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, pp. 374 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 218; F. TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale (percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Milano, 2001; F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997, pp. 9 ss. Criticamente sulla categoria in oggetto, M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, ora di F. Galgano, libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1993, pp. 211 ss.

¹¹ Così, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 2.

opera, invece, sul piano materiale, così come avviene quando viene cagionata una lesione personale ovvero qualora sia configurabile un lucro cessante¹². In particolare, secondo una tesi, la lesione dell’interesse legittimo (ovvero il danno provocato ad un provvedimento amministrativo) sarebbe un caso di danno meramente patrimoniale¹³.

Va ricordato, ancora, come il *grand-arrêt* appena richiamato abbia inquadrato la questione del danno derivante da atti illegittimi nell’ambito del divieto del *neminem laedere*. Ciò ha indotto le Sezioni unite ad affrontare il tema dell’ingiustizia del danno¹⁴, che permane estraneo, invece, alla respon-

¹² M. MAGGIOLO, *op. cit.*, pp. 2-3. Una costruzione del danno inteso in senso “materialistico” è identificata da G. CECCHERINI, *La tutela risarcitoria dell’ambiente: dalla tutela compensativa e punitiva*, cit., p. 531, nella responsabilità per danno ambientale definita dall’art. 2 della Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 «sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e di riparazione del danno ambientale» e dall’art. 300, comma 1, del “Codice dell’ambiente” (d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152). In base al citato art. 2, il danno ambientale è integrato da «un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale che può prodursi direttamente o indirettamente».

¹³ In questo senso, M. MAGGIOLO, *op. cit.*, pp. 30 ss., affermando, a p. 32, che «l’atto amministrativo non può infatti distruggere o deteriorare i beni materiali del cittadino, o la sua persona». Questa conclusione, tuttavia, desta non poche perplessità, specialmente con riguardo alla lesione degli interessi oppositivi o, secondo altra terminologia, statici. I giudici di palazzo Spada, di recente, hanno implicitamente aderito alla tesi del danno inteso come conseguenza, rilevando la necessità «che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all’amministrazione» (C. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, III, c. 453, § 52).

¹⁴ Sul quale si vedano, specialmente, P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, pp. 108 ss.; R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, pp. 1420 e ss.; P. SCHLESINGER, *La “ingiustizia” del danno nell’illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 344 ss. Più di recente, tra gli altri, A. DI MAJO, *Rimedi contrattuali*, in AA.VV., *Contratto*, in *Enc. dir.*, I tematici, vol. I, cit., pp. 1041 ss., definendo “baricentro” «il concetto di danno ingiusto (art. 2043 c.c.) che man mano si è liberato dal servaggio del diritto soggettivo (in primis addirittura assoluto) per dare spazio ad una tecnica di “bilanciamento d’interessi”, ove non è tanto un diritto a (dove) prevalere sull’altro, il diritto del danneggiato su quello del danneggiante, ma un predicato “di ingiustizia” che si accolla al danno e non al diritto (il cui sacrificio si assuma “ingiusto”)»; ID., *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 218; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teo-*

sabilità contrattuale (artt. 1218 e 1176 c.c.)¹⁵. Non può omettersi di segnalare, tuttavia, come, in seguito, la medesima Corte si sia interrogata sulla correttezza di tale inquadramento, giungendo ad affermare che esso «*appare più congeniale al principio di autorità*»¹⁶. Va soggiunto, ancora, che una parte della dottrina – muovendo dalla consustanzialità del procedimento, rispetto all’esercizio di poteri autoritativi – ha rimarcato la preesistenza di un “contatto sociale”¹⁷: con il che si è fatto ricorso ad una categoria dottrinale, che, pur criticata, ha incontrato un ampio seguito tra gli Studiosi del diritto civile e in numerose pronunzie della Corte regolatrice del diritto.

Intanto, va sottolineato che la tesi della responsabilità aquiliana, almeno in linea generale, presuppone l’assenza di qualsiasi preesistente contatto, evocandosi, secondo una formula molto utilizzata, della c.d. responsabilità “del passante”¹⁸. Si è anche sostenuto, autorevolmente, che il giudizio prognostico sull’affidamento riposto sull’esito di un’istanza dal privato sull’esito favorevole della medesima miri ad una “civilizzazione” dell’amministrazione¹⁹. Con il che si è inteso valorizzare il rapporto amministrativo e, con esso, la stessa paritarietà tra amministrato e amministrazione²⁰, indotta a scendere «*da un piedistallo di intangibilità e perciò di privilegio*»²¹.

ria generale tra diritto privato e diritto pubblico, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 1214 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (Le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest*, in *NGCC*, 2014, II, pp. 353 ss.; ID., *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur., Agg.*, vol. V, Roma, 1996; F. PIRAINO, “*Ingiustizia del danno*” e *antigiuridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 718 ss.

¹⁵ Per tutti: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 241 ss.

¹⁶ Cass., Sez. I, n. 157/2003, cit., richiamata da M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 558, evocando l’esistenza di situazioni «*nelle quali si può correttamente parlare di obblighi procedurali della pubblica amministrazione*».

¹⁷ V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a vent’anni dalla sua pubblicazione*, cit., pp. 610 ss. Si veda, *amplius*, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 219 ss.

¹⁸ Per l’utilizzo di questa efficace formula si rinvia a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 503, 523 e 551.

¹⁹ Così, C. CASTRONOVO, *La “civilizzazione” della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 637 ss.

²⁰ Secondo la tesi a suo tempo propugnata da F. BENVENUTI, *Per un diritto ammini-*

Come si è rimarcato, il rapporto amministrativo è stato giudicato in grado di esprimere una significativa contiguità con la responsabilità civile degli enti pubblici, fino a delinearsi una sorta di zona grigia tra le due aree²². Non senza omettersi di anticipare, sin d'ora, come tale rapporto, anche nella sua variante del rapporto procedimentale, integri una categoria che si colloca all'interno del diritto pubblico nel quadro dell'esercizio di una funzione di amministrazione attiva, in cui si registra «una situazione di tipo relazionale» tra ente pubblico e destinatari di poteri autoritativi²³. Si è osservato, infatti, che «i rapporti tra amministrazione e privato mancano, innanzitutto, del carattere di estraneità fra danneggiante e danneggiato che è tradizionalmente tipico della responsabilità aquiliana, perché qualsiasi potere esercitato dall'amministrazione comporta lo svolgimento di un procedimento, nel corso del quale il privato può partecipare, interloquire, fare presenti le proprie ragioni e illustrare gli elementi che dovrebbero portare ad una decisione a lui favorevole»²⁴.

2. Responsabilità precontrattuale e azione autoritativa: un rapporto complesso (cenni). La culpa in contrahendo: un inquadramento dibattuto nella letteratura civilistica (cenni).

Ancora, la nozione di responsabilità da contatto qualificato viene in gioco, soprattutto, quando si affronta la questione della responsabilità precontrattuale della P.A. Anche sul punto, come è noto, si è registrato un progressivo ampliamento dell'area della tutela risarcitoria: negata, originariamente, sulla base di fragili argomenti, è stata autorevolmente af-

strativo paritario. *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3230 ss., efficacemente richiamata da C. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 643.

²¹ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit. p. 221.

²² Tra gli altri, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, e F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.

²³ In questi termini, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 108.

²⁴ Così, E. MORLINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in *Lezioni di diritto amministrativo*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2010, p. 159.

fermata in dottrina²⁵, trovando il proprio riconoscimento in un lontano *grand-arrêt* delle Sezioni unite²⁶. Anche se la sua applicazione, in concreto, è risultata difficoltosa per almeno due ragioni, la prima delle quali è data dal fatto che la responsabilità precontrattuale rappresenta, tuttora, un istituto vibratamente dibattuto all’interno della letteratura civilistica. In proposito, gli sviluppi del dibattito sul contenuto (e, ancor più, sui confini) di tale istituto non possono, di certo, essere ignorati dagli Studiosi delle discipline pubblicistiche, come talora, invece, è avvenuto.

In secondo luogo, non risulta sempre agevole l’adattamento di una nozione civilistica come la *culpa in contrahendo* ad un soggetto, come la P.A., che agisce, per lo più, in virtù di poteri di natura autoritativa. Anche se può anticiparsi, sin d’ora, come i più recenti approdi giurisprudenziali (delle Sezioni unite e del giudice amministrativo) abbiano inteso convergere su una valorizzazione della configurazione privatistica dell’attività amministrativa ovvero dei momenti nei quali i profili autoritativi sono *tout-court* assenti o, comunque, divengono recessivi. Come era prevedibile, l’esito non poteva non essere, di nuovo, quello di un sostanziale ampliamento della tutela risarcitoria, mediante il ricorso a paradigmi attinti dal diritto comune. Per cui, nella prospettiva considerata, non sussistono più ragioni di specialità, ormai, per negare l’assoggettabilità dei *public bodies* a regole, che definiamo come “di correttezza”²⁷, intese a conformare, nel corso delle trattative, il comportamento delle parti.

²⁵ M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, oggi edito in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, pp. 151 ss. Secondo l’Autore, l’amministrazione pubblica, nel condurre una trattativa finalizzata alla conclusione di un contratto non fa esercizio di un potere discrezionale, come tale giudicato non sindacabile dal giudice ordinario (ivi, pp. 158 ss. e, soprattutto, p. 160). Si confronti anche M. NIGRO, *L’amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 457 ss., in nota a Cass., Sez. un., 15 novembre 1960, n. 3042.

²⁶ Cass., Sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, c. 96, e c. 1675, con nota di L. BIGLIAZZI GERI. Si veda anche la successiva Cass., Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142.

²⁷ Su cui, tra gli altri, G. FINAZZI, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, tomo IV, Milano, 2018; L. ROVELLI, *Cor-*

3. *Responsabilità precontrattuale, buona fede, correttezza: dalla tutela dell'affidamento incolpevole ai doveri di protezione. Cenni sulla teoria dell'obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione.*

Innanzitutto, gli artt. 1337 e 1338 c.c. costituiscono parametri di riferimento della responsabilità precontrattuale e si occupano della fase antecedente alla stipulazione del contratto²⁸. La prima delle due disposizioni prescinde da tale stipulazione, imponendo alle parti l'adozione di un comportamento governato dalle regole della correttezza. La seconda, invece, presuppone la conclusione di un contratto invalido o inefficace, in ragione della violazione dei doveri di informazione gravanti sulle parti²⁹, le quali si pongono, pertanto, in una posizione di perfetta paritarietà. Il rimedio risarcitorio è previsto dall'art. 1338 c.c., ma non dall'art. 1337 c.c.: ciò non ostante, «*a dispetto di tale assenza, nessuno dubita trattarsi di una norma sul risarcimento del danno*»³⁰.

Una tesi diffusa ritiene che l'art. 1338 c.c. costituisca applicazione (o specificazione) del principio affermato dall'articolo che precede. Entrambe le disposizioni, in ogni caso, sono ispirate dalla teoria pandettistica della “*culpa in contrahendo*”³¹. E, ancora, l'art. 1337 c.c. viene generalmente

rettezza, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 426 ss.; e F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, pp. 709 ss.

²⁸ Si veda anche P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 295 ss.

²⁹ Sull'esistenza e sul contenuto del dovere di informazione si è rilevata la mancanza «*a livello ordinamentale delle definizioni precise che vadano a determinare i confini dello stesso*», al di fuori, quanto meno, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative, posto che «*l'unico dovere d'informazione, di carattere generale, operante a prescindere da una specifica previsione normativa sembrerebbe essere quello avente ad oggetto l'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto. Il contraente che, in altri termini, conoscendo le cause di invalidità non ne dà notizia all'altra parte si comporta in mala fede*». Così, C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., Torino, 2014, p. 554, il quale rimarca anche la tendenza legislativa di sanzionare mediante la nullità la violazione degli obblighi informativi, *ivi*, pp. 558 ss.

³⁰ Come rileva M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Contratto*, vol. I, in *Enc. dir.*, I tematici, cit., p. 996.

³¹ Su questo collegamento (a R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Shaden-*

ritenuto come «*espressione normativa inequivocabile del generico dovere di reciproca lealtà già enunciato nell'art. 1175 c.c.*»³². In base a un'opinione, «*gli art. 1337 e 1338 c.c. hanno tipizzato l'obbligo di buona fede nella formazione del contratto*»³³.

Sempre nella prospettiva considerata l'interesse protetto dall'ordinamento viene rappresentato dall'affidamento incolpevole, riposto nelle trattative deluse. Se correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) sembrano porsi alla base di un unico concetto³⁴, l'affidamento, in un sistema di fonti delle obbligazioni che è considerato aperto (art. 1173 c.c.), integra un fatto idoneo a fare sorgere un'obbligazione: e il rimedio previsto, in caso di violazione di tale affidamento, è costituito dal risarcimento del danno, determinato in ragione della lesione dell'interesse (contrattuale) negativo e non di quello positivo³⁵.

Va soggiunto, a questo punto, come una tesi dottrinale propugni l'estensione dei doveri di protezione fondati sulla buona fede, (anche) al di

sersatz bei nichtingen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in *Jh. Jb.*, IV, 1861) si veda già L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360.

³² Così, C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 120. In proposito, una tesi, riportata da M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., p. 93, «*assegna a correttezza e buona fede una funzione definibile come integrativa del contenuto del rapporto*». Sulla buona fede, specialmente: F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit., pp. 539 ss.; G. VILLANUCCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 259 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. II, Torino, 1988, pp. 154 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; ROMANO, *Buona fede. c) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, pp. 677 ss.

³³ In questo senso M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 996.

³⁴ Così, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

³⁵ La riconduzione del risarcimento all'interesse negativo, inteso quale perdita di occasioni alternative ed inutile dispendio di tempo e di risorse, risale al contributo di R. von Jhering. Sulla tematica, specialmente, C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; da ult., G. ANZANI, *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 1692 ss.

là dei casi espressamente disciplinati dalla legge³⁶. Dall'applicazione per analogia dell'art. 1337 c.c., secondo questa teoria, esiste un'area di applicazione dei doveri di protezione al di fuori del rapporto obbligatorio, in virtù di una “obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione”. Sotto l'angolazione considerata, la complessità e l'organicità della struttura dell'obbligazione registra la presenza di obblighi i quali, anziché collocarsi all'interno dell'obbligazione, si pongono al suo esterno. Si tratta di una categoria, quella in esame, le cui radici affondano nella dottrina germanica³⁷. La struttura dell'obbligazione, in base alla costruzione riferita, presuppone la compresenza di un obbligo di prestazione, consistente in un

³⁶ F. VENOSTA, “Contatto sociale” e affidamento, Milano, 2021, soprattutto, alle pp. 113 ss. Sui doveri di protezione, tra gli altri: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 501 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 55 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 679 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Studi Mengoni*, vol. I, Milano, 1995, pp. 148 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 910 ss.; G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, pp. 335 ss.; A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1129 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. VIII, Milano, 2015, pp. 659 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 1247 ss.; P. GALLO, *Contatto sociale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg. (A-Z), Torino, 2014, pp. 90 ss.; ID., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, cit., pp. 259 ss.; P. BARCELLONA, *Trattato delle responsabilità civile*, Torino, 2011; S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., Torino, 2010, pp. 346 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1988, pp. 122 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Torino, 1991, pp. 221 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 1963, rist. 2012; ID., *Osservazioni in tema di “doveri di protezione”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1342 ss.

³⁷ C.W. CANARIS, *Il “contatto sociale” nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 4 ss. Dello stesso Autore si veda anche *Norme di protezione, obblighi di traffico, doveri di protezione* (trad. it. di A. Di Majo), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 821 ss.

dare o facere (o in un *non dare o non facere*), accanto ad autonomi obblighi di protezione.

Il che spiega perché la protezione non può che riguardare solamente l’interesse negativo; diversamente, come si è osservato, «*la protezione coinciderebbe con la prestazione, e la distinzione sarebbe smarrita*»³⁸. Non è risarcibile l’interesse (contrattuale) positivo, perché un vincolo contrattuale, fonte di obbligo di prestazione, non è sorto, assistendosi, per converso, ad una (mera) opportunità sfumata, in dipendenza della violazione dei doveri di buona fede e correttezza. Ciò ha indotto una parte della letteratura civilistica a ipotizzare l’esistenza di un’obbligazione “ridotta”, priva di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e insuscettibile di adempimento specifico. Quest’obbligazione, altrimenti definibile come “debole”, consentirebbe di eliminare dall’obbligazione la prestazione prevista dall’art. 1174 c.c., a meno di non fare ricorso ad una prestazione di buona fede, giudicabile come economicamente valutabile (art. 1174 c.c.)³⁹.

4. *Risarcimento del danno e doveri di protezione nella letteratura civilistica. Il “contatto sociale” tra le fonti dell’obbligazione. Analisi critica della teoria del “contatto sociale”. La letteratura civilistica: breve analisi.*

Come si è anticipato, in base ad una teoria, l’art. 1337 c.c. rappresenta un laboratorio suscettibile di estendere l’area dei doveri di protezione, mediante la costruzione della nozione di obbligazione senza (obbligo primario di) prestazione. Tali doveri, in particolare, non rimarrebbero circoscritti all’ambito delle trattative, condotte in funzione della conclusione di un contratto, ma sarebbero suscettibili di estendere i propri confini, in presenza di un “contatto sociale”, ritenuto in grado di costituire la fonte di un affidamento e di integrare, come tale, un atto o un fatto idoneo a produrre obbligazioni, in conformità all’ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.). Gli obblighi di protezione concretizzerebbero le regole di buona fe-

³⁸ M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 1004 ss.

³⁹ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000; ID., *La categoria dell’obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 454 ss.

de e correttezza, ricomprendendo, accanto alla tutela dell'interesse del creditore alla prestazione (art. 1174 c.c.)⁴⁰, quella di entrambe le parti, in ragione di obblighi autonomi e reciproci con cui la legge protegge il diritto alla autodeterminazione negoziale.

Senonché, questa teoria, condivisa, talora, dalla Suprema Corte⁴¹, presta il fianco a non poche obiezioni, sollevate dalla letteratura gius-

⁴⁰ A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, cit., p. 659. In argomento, specialmente, C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, fasc. 11, pp. 1517-1518, affermando la compatibilità della valutazione economica dell'oggetto dell'obbligazione e il riconoscimento di un obbligo di protezione.

⁴¹ Si veda, al riguardo, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura delle responsabilità precontrattuali*. Tale pronuncia afferma che la trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale, onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiuridica, non anche la colpa del danneggiante. Da ult., Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, anche in *Foro amm.*, 2020, p. 1833, in *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 4, p. 1181, e in *Corr. giur.*, 2020, p. 1032, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, secondo cui «la responsabilità che grava sulla Pubblica Amministrazione per il danno prodotto al privato a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la Pubblica Amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della Pubblica Amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale, con l'avvertenza che tale inquadramento non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto». Non diversamente, secondo la successiva Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 (annotata, tra gli altri, da C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale*,

privatistica⁴². Senza, ovviamente, pretese di completezza, occorre richiamare qualcuna di esse: una prima censura investe la nozione di tutela dell’affidamento, giudicato «*piuttosto generico e vago*»⁴³; una seconda, invece, osserva che il “contatto sociale” rappresenta una fonte extralegale di obbligazioni, rendendo i giudici «*sempre più autonomi, rispetto alla legge, a discapito delle prevedibilità delle decisioni*»⁴⁴; un terzo rilievo, poi, critica la cancellazione surrettizia dello «*spazio proprio della responsabilità extracontrattuale*»⁴⁵; una quarta censura, ancora, rimarca la ne-

cit., pp. 1515 ss.), la responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., va inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da «*contatto sociale qualificato*», inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 c.c. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c. Ancora, Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell’affidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura delle responsabilità precontrattuali*. La conclusione riferita, tuttavia, era stata posta in discussione da Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24378, in *Riv. not.*, 2020, p. 524, con nota di C. CICERO-A. TRONCI, secondo cui la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall’art. 1337 c.c., a tutela del corretto dipanarsi dell’iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, a cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell’onere della prova.

⁴² F. VENOSTA, “Contatto sociale” e affidamento, cit., p. 37, evocando la formulazione di «*critiche penetranti*».

⁴³ F. VENOSTA, *ult. op. cit.*, p. 30.

⁴⁴ A. ZACCARIA, *Verdammt Zeiten (tempi maledetti)*, in *NGCC*, fasc. 5, 2020, p. 1156. Dello stesso Autore si vedano anche, in argomento: “Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *Jus civile*, 2017, p. 188; e *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 78 ss., Analogamente, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 357, ritiene che si tratti di una «*costruzione foriera di equivoci e squilibri nel sistema giuridico, perché porta a sovrapporre la categoria dei c.d. rapporti contrattuali di fatto alla teoria degli obblighi di protezione*».

⁴⁵ In questo senso, A. ZACCARIA, *Verdammt Zeiten (tempi maledetti)*, cit., p. 1155, e A. DI MAJO, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2570.

cessità di precisare il contenuto che consente alla “responsabilità relazionale” di fare sorgere un reciproco dovere di protezione, atteso che esiste una varietà di “contatti”, «*ma non tutti meritano una tale qualifica*»⁴⁶; una quinta obiezione assume l’inutilità della «*teorica degli obblighi di protezione*» per «*affermare l'autonomia degli obblighi di buona fede*», i quali «*possono anche prescindere dalla relazione contrattuale, come dimostra l'art. 1337 c.c.*», non diversamente dall’art. 1175 c.c., che, parimenti, costituisce la fonte autonoma di un fascio di doveri, anche in assenza di un obbligo prestazione: inoltre, la categoria in esame genererebbe «*confusione, nel momento in cui viene estesa a situazioni, definite come di “contatto sociale”, nelle quali la prestazione in realtà esiste eccome, e si inserisce in un regolare rapporto contrattuale*»⁴⁷.

Ma il punto più debole della costruzione in esame investe, in assenza di un esplicito fondamento di natura normativa, l’identificazione dell’area dell’affidamento ingenerato da un “contatto sociale” particolarmente qualificato⁴⁸. Un “contatto” qualsiasi, di certo, non può divenire la fonte di un’obbligazione⁴⁹. Occorre, pertanto, individuare i parametri che consentono di identifica i “contatti” meritevoli di protezione da quelli che non

Del medesimo Autore si confronti anche *L’obbligazione “protettiva”*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 3 ss. Non diversamente, secondo L. LAMBO, *op. cit.*, p. 357, gli obblighi di protezione tendono ad «*estendere il regime della responsabilità contrattuale a fattispecie di danno che sono e rimangono decisamente di natura extracontrattuale*». Si veda anche G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, *passim*.

⁴⁶ In questo senso, F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 113; ID., *“Contatto sociale” e affidamento*, cit., pp. 45-46.

⁴⁷ Così, C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 203.

⁴⁸ F. VENOSTA, *ult. op. cit.*, cit., p. 30.

⁴⁹ Si è rimarcata, infatti, l’assoluta genericità del sintagma “contatto sociale”, che si limiterebbe a identificare una «*qualsiasi forma di interrelazione fra due o più soggetti*» (A. ZACCARIA, *Contatto sociale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., vol. IX, Torino, 2019, p. 87). Non diversamente L. NIVARRA (*Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 59 e 69) giudica «*ambigua*» la formula utilizzata dalla teoria in esame. In disparte, poi, la questione del contenuto che sarebbe suscettibile di produrre la relazione derivante dal “contatto sociale” (F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 113).

lo sono. Coticché, in un quadro contrassegnato da incertezza e soggettivismo, si è fatto ricorso alla “responsabilità da *status*”, idonea ad abbracciare, tra le altre, la posizione del medico dipendente, addetto ad una struttura sanitaria. Il risultato conseguito è stato quello di introdurre un’obbligazione risarcitoria, in carenza di una intermediazione legislativa, laddove, per converso, l’art. 23 Cost. assoggetta alla riserva di legge le prestazioni di natura patrimoniale⁵⁰.

Il nodo della questione sembra rappresentato dalla “generalizzazione” dell’opzione contenuta nell’art. 1337 c.c., mediante la sua estensione a rapporti i quali, pur non rientrando nel “rapporto prenegoziale” presentino analoghe caratteristiche⁵¹: e, ancora, viene in gioco l’estensione – o meno – della relativa disciplina al di fuori delle trattative, intese *stricto sensu*, mediante l’invocazione della responsabilità da “contatto sociale”, che finisce per sostituirsi al “contatto negoziale”⁵².

Non senza omettere di considerare, poi, che, secondo una diversa critica, l’estensione della responsabilità da “contatto sociale” potrebbe costituire una soluzione inappropriata, sul piano eminentemente interpretativo, perché è dubbia la stessa configurabilità di una lacuna dell’ordinamento, specie se i casi ricompresi nel “contatto sociale” vengono ascritti alla responsabilità aquiliana⁵³. A parte, infine, il fatto, come si è obiettato, che la responsabilità prevista dall’art. 1337 c.c. potrebbe non essere “contrattuale” e

⁵⁰ In senso critico, persuasivamente, Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601.

⁵¹ Così, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 545 ss., e F. VENOSTA, “Contatto sociale”, cit., p. 29.

⁵² Si confronti, A. ZACCARIA, *Verdamte Zeiten*, cit., 1968, p. 1154. L’Autore, critico nei confronti della proliferazione del “contatto sociale”, in *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, cit., pp. 77 ss., «diventato un elemento, “terribilmente” di moda, utilizzato dai Giudici in situazioni le più disparate e ai fini anche considerevolmente diversi» (ivi, p. 93), ricorda come sia comparso, per la prima volta, nella giurisprudenza della Suprema Corte nella sentenza, definita “madre” (Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, anche in *Corr. giur.*, 1999, p. 441, *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999), «con cui è stato riconosciuto il carattere contrattuale della responsabilità anche del medico dipendente da una struttura sanitaria» (A. ZACCARIA, *ult. op. cit.*, p. 94).

⁵³ Come rileva, ad es., P. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 100 ss.

che la preesistenza del rapporto non implica necessariamente la precostituzione di un obbligo giuridico di protezione⁵⁴.

5. *Dalla teoria del “contatto sociale” all’integrazione dell’azione amministrativa. Doveri di protezione e doveri procedurali. Violazione del procedimento e rimedi risarcitori (rinvio).*

Non può sottacersi, a questo punto, un ulteriore profilo meritevole di attenzione, il quale pone in collegamento la teoria in esame con l’attività amministrativa. Il “contatto sociale” estende il proprio raggio d’azione alla *puissance publique*⁵⁵. Nella prospettiva della letteratura civilistica, ancora, questa costruzione assume che la violazione dell’interesse legittimo costituisca lesione di «*un interesse di protezione che nasce e si consolida nel rapporto*», a fronte non già di una sovrapposizione, ma di un’implicazione giudicata necessaria⁵⁶. Esiste, in base alla tesi riferita, «*un preciso obbligo di conservazione della sfera giuridica del soggetto privato, che la buona fede mette a carico della p.a.*»⁵⁷, precisandosi, altresì, che «*tali obblighi non nascono dal semplice contatto procedimentale bensì specificamente dallo status della p.a. che genera nel cittadino l’affidamento che essa agisca in maniera legittima*»⁵⁸.

Anche sotto un’angolazione pubblicistica, si è evocato il “contatto sociale”, giudicato «*utile per fondare la responsabilità contrattuale dell’amministrazione di fronte alla violazione di norme sul procedimento che non identificano specifiche prestazioni amministrative per renderle oggetto di appositi diritti procedurali*»; questo perché il «*riferimento a un generico obbligo di protezione senza prestazione*» risulterebbe «*fortemente riduttivo ... per fondare la responsabilità contrattuale dell’amministrazione inadempiente*»⁵⁹.

⁵⁴ Così, P. BARCELONA, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁵ V. PASSONI, *Responsabilità per “contatto” e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001, pp. 1219 ss.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 239.

⁵⁷ C. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 240.

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 240.

⁵⁹ Così, M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, cit., p. 567.

Tale lettura sembra riconoscere la complementarietà degli obblighi di protezione rispetto a quelli procedurali, come se i primi potessero colmare le lacune dei secondi, ponendo rimedio alle eventuali carenze rinvenibili nel tessuto normativo. Ma, anche ammesso che la funzione assolta dagli uni e dagli altri risulti condivisa, permane pur sempre la difficoltà di ricondurre *ad unitatem* doveri che, in un caso, traggono fonte nel diritto comune e, nell’altro, presiedono l’esercizio di poteri di natura autoritativa. Non senza considerare, poi, come disfunzioni e patologie siano governate da paradigmi contrapposti: da una parte, l’inservanza delle regole comportamentali soggiace al regime della responsabilità, mentre, dall’altra parte, la violazione del procedimento viene governata da una disciplina autonoma, che investe la struttura dell’atto ed è improntata al principio della tipicità: si registra, secondo una formula espressiva, una contrapposizione tra regole di responsabilità e regole di validità⁶⁰.

Certo è che il “contatto sociale” risulta avere ispirato molte pronunzie dei giudici amministrativi⁶¹, tanto che l’Adunanza plenaria, nel 2018, era sembrata dubitare dell’inquadramento della responsabilità precontrattuale in quella aquiliana⁶². Tuttavia, nel 2021, è approdata alla tesi opposta:

⁶⁰ Sul tema, ampiamente, C. CICERO, *Regole di validità e di responsabilità*, cit., pp. 539 ss.

⁶¹ *Ex plurimis*, la pronunzia resa da C. Stato, Sez. V, n. 4239/2001, cit., richiamata da M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, cit., p. 566. Si vedano anche C. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, e TAR Campania, Salerno-Sez. II, 2 luglio 2005, n. 1682.

⁶² C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit. Anche se la pronunzia, aderendo alla tesi della Corte di cassazione secondo cui l’art. 1337 c.c. integrerebbe una clausola generale, andando oltre il caso della responsabilità precontrattuale. La casistica richiamata, desunta dalla Suprema Corte, conferma denota una marcata influenza della teoria del “contatto sociale”. Con riguardo, invece, alle “clausole generali”, si confrontino, per la letteratura più risalente: P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, pp. 1 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; e A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., pp. 539 ss. Sull’argomento, più di recente, si vedano, tra gli altri: AA.VV., *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Milano, 2021; M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021; G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016, pp. 39 ss.;

la recente Adunanza n. 21/2021 ha riconosciuto la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, svolgendo alcune importanti precisazioni sul momento in cui sorge un affidamento in capo al privato⁶³; l'Adunanza n. 7/2021, inoltre, ha affermato che l'illegittimo esercizio della potestà amministrativa consente l'erogazione di uno strumento di tutela ulteriore, additivo rispetto alla tutela annullatoria, derivante dalla violazione del principio generale del *neminem laedere*: sicché, tanto l'attività provvedimentale, quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, ai sensi degli artt. 2 e 2-bis della già citata legge n. 241/1990, configurerebbero una responsabilità giudicata di natura extracontrattuale⁶⁴.

S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 249 ss.; F. FORCELLINI-A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 412 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1710 ss.; e S. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

⁶³ C. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, che enuncia alcuni distinguo rispetto all'orientamento espresso, in argomento, dalla Corte regolatrice del diritto, secondo cui, invece, la tutela risarcitoria va riconosciuta anche indipendentemente dall'esistenza di un affidamento specifico (Cass., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545, e Cass., Sez. I, n. 15260/2014, cit.).

⁶⁴ C. Stato, Ad. plen., n. 7/2021, cit., in *Foro it.*, 2021, III, fasc. 7-8, c. 394, § 9, secondo cui: «*Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito ... Nel rapporto amministrativo contraddistinto dalla ora descritta asimmetria delle posizioni si manifesta ad un tempo l'essenza dell'ordinamento giuridico di diritto amministrativo e allo stesso tempo si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione – per ragioni storiche, sistematiche e normative – non possa essere assimilata al “debitore” obbligato per contratto ad “adempiere” in modo esatto nei confronti del privato.*

Nel descritto quadro l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale neminem laedere: con la normativa sopra richiamata il legislatore ha progressivamente esteso ai casi di illegittimo esercizio del potere pubblico la tutela risarcitoria disciplinata dall'art. 2043 del codice civile – in cui è affermato un principio generale dell'ordinamento – secondo cui “(q)ualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”».

Tale pronunzia menziona, più di una volta, il “rapporto amministrativo”, in un quadro in cui, spesso, nel diritto amministrativo viene accreditato il dovere degli enti pubblici «*di comportarsi secondo correttezza nei rapporti con i cittadini*»⁶⁵. Non viene precisato, tuttavia, se la nozione correttezza debba considerarsi la stessa utilizzata nel diritto civile⁶⁶. Né viene tracciata una linea di distinzione tra tale nozione e i principi di collaborazione e buona fede, ai quali debbono essere improntati i rapporti tra cittadino e amministrazione nella cornice dell'art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241/1990.

Sappiamo, però, che l'affidamento costituisce «*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*»⁶⁷. La coniugazione dell'affidamento, dunque, si colloca all'interno dell'esercizio del potere: così, la giurisprudenza amministrativa ritiene che, quando l'autorità, nell'esercizio della discrezionalità di cui dispone, decide di autovincolarsi, è tenuta all'osservanza di tali prescrizioni, sui quali gli amministrati hanno riposto il proprio affidamento⁶⁸; e, del pari, i giudici amministra-

Quanto, al risarcimento del danno da ritardo, i giudici di palazzo Spada avevano chiarito che il citato art. 2-*bis* della legge n. 241/1990 non è suscettibile di essere letto «*come elevazione dell'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato, mediante il risarcimento del danno*» (C. Stato, Sez. II, 21 dicembre 2020, n. 8199, § 13). Sul termine del procedimento si vedano, specialmente, L. TORCHIA, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, pp. 11 ss.; M. CLARICH, *La certezza del termine nel procedimento amministrativo: un traguardo o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 691 ss.; ID., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 865 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in AA.VV., *Relazione al 48° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna 18-19 settembre 2002*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 527 ss.

⁶⁵ C. Stato, Ad. plen., n. 7/2021, cit.

⁶⁶ Così, ad es., C. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237, § 14.

⁶⁷ C. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011.

⁶⁸ Da ult., TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 22 febbraio 2022, n. 418.

tivi sono stabilmente orientati a valorizzare l'interpretazione letterale del bando di gara⁶⁹ e, più in generale, della *lex specialis*, a tutela non soltanto della parità di trattamento tra i concorrenti⁷⁰, ma dell'affidamento ingenerato nei loro confronti⁷¹.

Tale riconoscimento, di conseguenza, permane neutrale rispetto alla questione dell'osservanza del canone della correttezza, quando l'ente pubblico dismette la veste dell'autorità. Massimo Severo Giannini, infatti, considerava la buona fede e l'affidamento privi, nel diritto amministrativo, di «*connotazioni specifiche*»: tali, cioè, da differenziarli dalle nozioni di teoria generale e di diritto privato⁷².

Né può farsi a meno di ricordare, poi, che buona fede e affidamento vengono coniugati con il principio del legittimo affidamento, avente fonte nel diritto dell'Unione⁷³, come se tali nozioni fossero fungibi-

⁶⁹ *Ex aliis*, C. Stato, Sez. III, 21 febbraio 2022, n. 1258, secondo cui «*le clausole del bando di concorso per l'accesso al pubblico impiego non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretto ad evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, dovendo, invece, essere interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole e dalla loro connessione (cfr. art. 12, primo comma, disp. prel. cod. civ.); soltanto qualora il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato alle prove, essendo conforme al pubblico interesse – e sempreché non si oppongano a ciò interessi pubblici diversi e di maggior rilievo – che alla procedura selettiva partecipi il più elevato numero di candidati*». Conformemente, secondo C. Stato, Sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698, «*nelle procedure di gare ad evidenza pubblica, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis, vale il principio secondo cui va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione delle ditte partecipanti*» (così).

⁷⁰ Così, C. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 4, p. 605.

⁷¹ Ancora, TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, n. 418/2022, cit. Si vedano, inoltre, C. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 1788, e C. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322.

⁷² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., p. 473.

⁷³ Si confronti, ad es., C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 39, secondo cui, «*innanzi tutto, l'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nella versione risultante inseguito alla riforma introdotta dall'art. 1 della legge 11 febbraio 2015, n. 15) assoggetta l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume un rilievo primario la tutela dell'affidamento legittimo. È noto, infatti, come il principio della tutela dell'affidamento, sebbene non espressamente contemplato dai Trattati, sia stato più volte affermato*

li⁷⁴. Sul punto, occorrerà condurre un’analisi anche in considerazione del fatto che in base all’art. 1, comma 1, legge n. 241/1990, l’attività amministrativa è retta dai principi dell’ordinamento comunitario.

La nozione di affidamento viene in gioco anche nella giurisprudenza della Corte EDU, come avviene nell’interpretazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, secondo cui la legalità dell’ingerenza e la legittimità dello scopo perseguito dal legislatore nazionale non esimono quest’ultimo da censura, laddove risulti carente il requisito della proporzionalità⁷⁵. La tematica è stata affrontata di recente, dai supremi consessi in materia di ripetizione di somme indebitamente corrisposte al pubblico dipendente⁷⁶.

dalla Corte di giustizia (a partire dalla sentenza Topfer del 3 maggio 1978, C-12/77), che lo ha elevato al rango di principio dell’ordinamento comunitario».

In senso analogo, si veda Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit. La pronuncia richiama il legittimo affidamento numerose volte e, specialmente, al § 29, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia. Si osserva come la Suprema Corte affronti il principio, declinandolo attraverso una duplice lettura: quella soggettiva e quella oggettiva. Si confronti anche la successiva Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, n. 19677, secondo cui *«esula, pertanto, dalla giurisdizione amministrativa, ed è devoluta al giudice ordinario, la domanda con cui il destinatario di un provvedimento illegittimo ampliativo della sua sfera giuridica chiedi il risarcimento del danno subito a causa della emanazione e del successivo annullamento di tale provvedimento, posto che la causa petendi di detta domanda, non è la illegittimità del provvedimento amministrativo, bensì la lesione dell’affidamento dell’attore nella legittimità del medesimo».*

⁷⁴ La differenza tra legittimo affidamento e buona fede è rimarcata, di recente, da TAR Sardegna, Sez. II, 9 febbraio 2021, n. 70, secondo cui sarebbero figure diverse per funzione e struttura. Questa conclusione riprende la tesi propugnata, da F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 836, affermando che *«nell’affidamento secondo buona fede, la fiducia riposta nell’altrui correttezza non assume rilevanza giuridica se non nel momento nel quale l’affidamento è stato delusione chiede la riparazione. Al contrario la tutela dell’affidamento legittimo è congegnata in modo da prevenirne la delusione».*

⁷⁵ Corte EDU, Sez. I, 11 febbraio 2021, *Casarin c. Italia*, ricorso n. 4893/13; Corte EDU, Sez. I, 12 dicembre 2019, *Romeva c. Macedonia del Nord*, ricorso n. 32141/10; Corte EDU, Sez. I, 26 aprile 2018, *Cakarevic c. Croazia*, ricorso n. 48291/2013; Corte EDU, 15 settembre 2009, *Moskal c. Polonia*, ricorso n. 10373/2005.

⁷⁶ Cass., Sez. lav., 14 dicembre 2021, n. 40004, e C. Stato, Sez. II, 1° luglio 2021, n.

Va aggiunto, infine, che taluni contributi della letteratura gius-pubblicistica hanno configurato l'esistenza di un collegamento tra rapporto amministrativo e responsabilità civile della P.A. per la lesione degli interessi legittimi⁷⁷. L'argomento, che si pone in una zona grigia nella quale interagiscono diritto civile e diritto amministrativo, merita di essere esaminato, al fine di verificare se la relazione prospettata sia condivisibile, sul piano dogmatico, e se, inoltre, questa possa offrire spunti meritevoli di sviluppo nell'ambito della ricerca in corso. La ricerca, sul punto, verrà condotta nel capitolo seguente.

5014. La questione affrontata è se la ripetizione delle retribuzioni percepite *sine titulo* nella buona fede dell'*accipiens* trovi ostacolo nell'art. 1 Protocollo n. 1 della Convenzione EDU.

⁷⁷ M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., specialmente, alle pp. 152 ss. e 203 ss.

CAPITOLO II

RAPPORTO AMMINISTRATIVO E RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA P.A. TRA DOVERI PROCEDIMENTALI E OBBLIGHI DI PROTEZIONE

SOMMARIO: 1. Il rapporto amministrativo nel diritto amministrativo: principio di legalità, multipolarità e autoritatività. Il rapporto amministrativo nell'organizzazione, tra procedimento e provvedimento. Il rapporto amministrativo come fonte della responsabilità civile della P.A. Dal "contatto sociale" al "contatto amministrativo". – 2. Dal "contatto sociale" al "contatto amministrativo". "Contatto sociale" e responsabilità della P.A. per danno da ritardo. Natura e presupposti del ritardo dell'azione amministrativa. Limiti posti alla tutela risarcitoria secondo la giurisprudenza amministrativa. – 3. Omessa o tardiva conclusione del procedimento. Le tesi recepite dalle recenti Adunanze plenarie nn. 5/2018 e 7/2021: analisi critica. La violazione del termine costituisce regola di responsabilità anche se consegue alla violazione di regole di validità. – 4. Responsabilità nelle trattative e condotta che contravviene alle regole di correttezza e buona fede. La tesi che distingue tra la P.A. come contraente e come autorità. Regole di responsabilità e rimedi risarcitori. Offerta al pubblico e attività contrattuale degli enti pubblici. – 5. Prime conclusioni: il rapporto amministrativo si pone in una posizione di alterità rispetto alle regole che presiedono le trattative preordinate alla conclusione del contratto. La tesi di Giannini si radica sulla paritarietà della P.A. che agisce nell'ambito delle trattative. – 6. (*Segue*): le Sezioni unite e le Adunanze plenarie convergono sul fatto che la responsabilità della P.A. è responsabilità da condotta. Ma quando sorge l'affidamento? Richiede, forse, l'aggiudicazione definitiva? Affidamento incolpevole, tutela risarcitoria, oggetto dell'affidamento e rapporti con l'esercizio del potere. – 7. (*Segue*): l'affidamento incolpevole del privato deve essere ingenerato dalla condotta (e non dal provvedimento) della P.A. Verifica dei presupposti del fatto illecito a questa imputabile e dei suoi conseguenti effetti (sugli elementi costitutivi della responsabilità e sul riparto tra le giurisdizioni).

1. *Il rapporto amministrativo nel diritto amministrativo: principio di legalità, multipolarità e autoritatività. Il rapporto amministrativo nell'organizzazione, tra procedimento e provvedimento. Il rapporto amministrativo come fonte della responsabilità civile della P.A. Dal "contatto sociale" al "contatto amministrativo".*

La teoria del rapporto amministrativo, condivisa da molta dottrina, affonda le sue radici nel diritto pubblico. Nel passato meno recente, soprattutto nell'elaborazione della dottrina tedesca, ha assolto un ruolo ancillare nei confronti del diritto soggettivo pubblico¹. Trattandosi di un paradigma, ormai, risalente, non può non avere risentito marcatamente delle successive trasformazioni, che hanno investito il diritto amministrativo.

Originariamente forgiato come strumento di garanzia del cittadino, nella logica della contrapposizione tra autorità e libertà, il rapporto amministrativo è stato progressivamente influenzato dalle costituzioni liberal-democratiche dell'ultimo dopoguerra, assumendo, in un nuovo contesto, un ruolo rilevante nei rapporti sociali²; e, non da ultimo, in ambito nazionale, l'affermazione – nell'elaborazione "gianniniana" – dell'autoritatività dell'atto amministrativo³ ha finito per attenuare la portata del concetto in esame, se non, addirittura, a determinarne la crisi⁴.

Non di meno, la nozione è divenuta il laboratorio della valorizzazione del principio di legalità. Inoltre, è divenuta un punto di raccordo di una pluralità di situazioni differenziate, attive o passive. In tale prospettiva, il concetto contribuisce a dischiudere la multipolarità delle relazioni governate dal diritto amministrativo⁵, con l'effetto di conformare la relazione tra realtà materiale e realtà giuridica, coinvolgendo la sfera dei terzi.

In questa cornice si colloca la locuzione in oggetto, munita di caratteri polisemici. Sul piano generale, il rapporto amministrativo indica il rap-

¹ Specialmente da M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., pp. 29 ss.

² G. BERTI, *Il "rapporto amministrativo" nella costituzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Roma, 1977, pp. 58 ss.

³ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 535.

⁴ Si veda, ancora, M. PROTTO, *ult. op. cit.*, p. 77 ss.

⁵ In argomento, L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

porto giuridico⁶ regolato da norme di diritto pubblico⁷. Si tratta di un criterio ordinatore dell'azione amministrativa, inteso a valorizzare il profilo relazionale, che collega all'autorità i destinatari di tale azione⁸. Muovendo dal piano della struttura a quello della funzione, il significato può investire profili formali, come sostanziali, dell'azione amministrativa: è in grado di ricomprendere, innanzi tutto, rapporti di natura organizzativa, involgenti l'organizzazione dei pubblici poteri; può riguardare, ancora, gli effetti che discendono dal provvedimento amministrativo, siano essi istantanei o di durata⁹. Un terzo gruppo di rapporti, infine, è costituito dai

⁶ R. STANZIONE, *Rapporto giuridico (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.; S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 ss. Con riferimento alle patologie dell'atto amministrativo all'interno del rapporto: M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, e A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002. Sulla nullità dell'atto amministrativo dopo la legge 11 febbraio 2005, n. 15, si vedano, specialmente, T. BONETTI-A. SAU, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn., dir. amm.*, 2015, pp. 271 ss.; A. CORPACI, *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 673 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; D. CORLETTI, *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. II, Padova, 2007, pp. 55 ss.; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, pp. 855 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della L. n. 241 del 1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 543 ss.

⁷ Si confronti G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 204, il quale definisce il rapporto amministrativo come «la relazione che si instaura tra l'Amministrazione nell'esercizio di un potere amministrativo e il singolo cittadino, che, in quanto destinatario o possibile destinatario di tale esercizio, possa vantare una situazione di interesse legittimo». Sul legame configurabile tra rapporto amministrativo e interesse legittimo, si veda, specialmente, F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., pp. 459 ss.

⁸ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, Milano, 1960, pp. 183 ss., secondo cui tra amministrazione e privato sussiste una relazione giuridica preesistente alla emanazione dell'atto, la quale determina la configurabilità di un interesse protetto, costituente una pretesa distinta dall'interesse legittimo.

⁹ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 54.

rapporti procedimentali, all'interno dei quali si registra la valorizzazione degli atti strumentali preordinati all'adozione dell'atto conclusivo della serie procedimentale¹⁰.

Quest'ultima angolazione, avendo ad oggetto le relazioni intercorrenti tra l'amministrazione procedente e le parti che partecipano al procedimento¹¹, mette a fuoco quei profili ai quali è stata dedicata più attenzione. Si tratta, del resto, di due profili tra loro strettamente collegati: quello degli obblighi procedimentali e quello delle situazioni attive procedimentali¹². È in questo ambito, infatti, che una parte della dottrina è giunta a propugnare la sussistenza dei «margini per una ricostruzione della responsabilità civile della pubblica amministrazione fondata sul concetto di rapporto amministrativo»¹³: ciò ha fatto, identificando nel rapporto amministrativo la fonte diretta di obblighi, la cui violazione è in condizione di generare un'obbligazione risarcitoria.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pp. 982 ss.

¹¹ Anteriormente alla legge n. 241/1990, M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 ss. Per la letteratura successiva si vedano, specialmente, AA.VV., *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2010; F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 299 ss.; G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, pp. 81 ss.; M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 142 ss.

¹² Si vedano, tra gli altri, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016; M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Padova, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996. Il riconoscimento del diritto alla partecipazione come principale costituisce, ormai, affermazione risalente nella giurisprudenza (per tutte, C. Stato, Sez. IV, 25 settembre 1998, n. 569). Vale ricordare anche che la partecipazione procedimentale trova tutela nel diritto europeo, che lo consacra, al massimo, livello nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In argomento, per tutti, D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *RIDPC*, 2005, pp. 819 ss.

¹³ Così, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 212.

Viene precisato, però, che la responsabilità da “contatto amministrativo” si collocherebbe al di fuori del «*modello contrattuale*» della responsabilità¹⁴. Cosicché, muovendo dal rilievo che «*nel procedimento amministrativo si realizza un vero e proprio “contatto qualificato”*», si è giunti ad affermare che la P.A., svolgendo in modo professionale la propria attività, sarebbe gravata dall’osservanza di regole “di relazione”, le quali traggono fonte dalla disciplina che presiede l’esercizio del potere, risultando «*ben più precise e circostanziate del generico dovere di alterum non laedere*»¹⁵.

Questa costruzione, elegantemente confezionata, richiede di essere analizzata più approfonditamente, rappresentando uno sforzo certamente apprezzabile di coniugare gli strumenti di tutela risarcitoria. Essa muove dalla considerazione, condivisa da molti studiosi del diritto civile, dell’insufficienza della tutela extracontrattuale: proprio tale considerazione, non a caso, ha indotto a condividere molti dei rilievi sollevati dalla teoria del “contatto sociale”, costituente la fonte di obblighi di protezione.

2. Dal “contatto sociale” al “contatto amministrativo”. “Contatto sociale” e responsabilità della P.A. per danno da ritardo. Natura e presupposti del ritardo dell’azione amministrativa. Limiti posti alla tutela risarcitoria secondo la giurisprudenza amministrativa.

La nozione di “contatto sociale”, ampiamente nota e accreditata nel diritto civile, permane dibattuta. Il tentativo di estenderla all’area dell’attività amministrativa determina perplessità di vario genere, sul piano dogmatico, come su quello applicativo. Quanto alla c.d. “responsabilità da rapporto amministrativo”¹⁶, questa viene avallata dall’obbligo, gravante sull’amministrazione pubblica, di concludere il procedimento entro un determinato termine. Obbligo che, pur rivestendo natura “formale”, si

¹⁴ M. PROTTO, *ult. op. cit.*, pp. 203 ss.

¹⁵ V. NERI, *La tutela dell’affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. e app.*, 2020, pp. 795-796.

¹⁶ Da M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 213, “adeguandosi” alla tesi della “responsabilità amministrativa”, proposta da L. MARUOTTI, *La struttura dell’illecito amministrativo lesivo dell’interesse legittimo e la distinzione tra l’illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 37 ss.

connoterebbe in senso “sostanziale”, «*se inteso sotto il profilo del “risultato” che deve perseguire l’amministrazione*»¹⁷. Nella prospettiva considerata, il rapporto amministrativo conferirebbe rilevanza all'affidamento. Questo verrebbe soggettivizzato, mediante il riconoscimento della tutela risarcitoria, in caso di violazione delle norme procedurali.

Intanto, la preesistenza di un rapporto *tout-court*, seppure presieduto dall'esercizio dei poteri pubblici, potrebbe apparire ostativa allo schema di una responsabilità di tipo extracontrattuale, evocata dal paradigma contenuto nella clausola generale prevista dall'art. 2043 c.c. («*chiunque*»). Paradigma a cui, peraltro, ha fatto stabilmente ricorso l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalle Sezioni unite nella celebre sentenza n. 500/1999. È anche vero che, nella formulazione vigente, l'art. 2-*bis*, comma 1, della già citata legge n. 241/1990 fa riferimento, inequivocabilmente, al modello della responsabilità aquiliana, come può inferirsi dal richiamo operato al «*danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*»¹⁸. Non diversamente, del resto, l'art. 30 della legge processuale amministrativa evoca il “danno ingiusto” arrecato (comma 2) e «*l'inosservanza colposa o dolosa del termine di conclusione del procedimento*» (comma 4).

Pur convenendosi sul fatto che il citato art. 2-*bis* si ispiri al principio del *neminem laedere*¹⁹, si è escluso, tuttavia, che ai dati letterali utilizzati «*sia attribuibile una valenza classificatoria certa, una portata generale ed un significato tecnico rigoroso*»²⁰. Parimenti, neppure il richiamo all'elemento soggettivo potrebbe integrare «*un indice sicuro della natura extracontrat-*

¹⁷ Così, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., pp. 210 ss., richiamando M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazioni di risultato*, a cura di A. Police, *Atti del Convegno di Palermo* (27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, p. 23.

¹⁸ Per tutti, ampiamente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 39 ss. In questo senso, da ult., C. Stato, Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 106, mediante plurimi richiami al requisito dell'ingiustizia del danno, e C. Stato, Sez. II, 14 giugno 2021, n. 4594.

¹⁹ Secondo C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, § 51, lett. b), «*è evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio*». Non diversamente, ancora, C. Stato, Sez. II, n. 106/2022, cit.

²⁰ Da F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, cit., p. 181.

*tuale della responsabilità da ritardo»*²¹, risultando prevalente la tendenza alla oggettivizzazione della responsabilità della P.A., che viene intesa, per lo più, quale responsabilità da apparato²². D'altra parte, la questione del grado di vincolatività dell'inquadramento operato dal legislatore costituisce una questione non nuova, che si è riproposta, anche di recente, solo ad esempio, in tema di responsabilità civile del medico-chirurgo, alla luce dell'art. 7, comma 3, della legge 8 marzo 2017, n. 24²³.

Il punto più rilevante, però, è che la giurisprudenza amministrativa interpreta l'art. 2-*bis* citato, come se la disposizione condizionasse la tutela risarcitoria erogabile all'accertamento della effettiva spettanza del bene della vita a cui la parte ambiva²⁴. Il ritardo, di per sé, non viene ritenuto sufficiente ad integrare un fatto dannoso, in quanto la giurisprudenza amministrativa richiede il concorrente requisito della lesione di un bene della vita²⁵. Questa conclusione è stata riaffermata, di recen-

²¹ F. GAFFURI, *op. cit.*, p. 184. Si vedano, in proposito, anche i richiami alla dottrina, contenuti, a p. 185, alla nota 67.

²² Così, F. GAFFURI, *op. cit.*, p. 185. Si tratta di una conclusione generalmente condivisa dalla giurisprudenza amministrativa. Si confrontino, da ult., TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 116; C. Stato, Sez. III, 31 dicembre 2021, n. 8762; C. Stato, Sez. V, 25 agosto 2021, n. 6042; C. Stato, Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 10 maggio 2021, n. 5450.

²³ Si veda, in proposito, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 848 ss.

²⁴ In argomento, tra gli altri, R. ROLLI, *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, 2012; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 477 ss.; P. GOTTI, *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della P.A. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, pp. 2473 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009; M. CLARICH-G. FONDERICO, *La risarcibilità da ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2006, pp. 60 ss.

²⁵ «Il danno da ritardo provvedimentoale da parte della p.a. non può essere riconosciuto per il mero fatto del ritardo del provvedere, trattandosi di danno da responsabilità aquiliana, infatti, non è consentito il risarcimento da ritardo fine a sé stesso, essendo evidentemente necessaria la certa spettanza del bene della vita» (così, da ult., C. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4897; negli stessi termini, C. Stato, Sez. II, 25 giugno 2021, n. 4861). Sicché, non è sufficiente il superamento del termine di legge, dovendosi accertare se l'apparato

te, dall'Adunanza plenaria, secondo cui tale illecito avrebbe natura aquiliana²⁶. Con il corollario che la violazione del procedimento, anche se non viene ritenuta in grado di determinare l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato²⁷, consentirebbe di accordare il diritto al risarcimento per ragioni di natura sostanziale, in relazione alle quali il (mero) ritardo alla conclusione integrerebbe (solamente) uno degli elementi in grado d'incidere sulla quantificazione del pregiudizio economico eventualmente subito²⁸. Il provvedimento tardivamente adottato

abbia travalicato, o meno, i canoni della correttezza e della buona amministrazione (C. Stato, Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648).

²⁶ C. Stato, Ad. plen., n. 7/2021, cit. Già C. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 7, pubblicata anche in *Giur. it.*, 6, I, p. 1319, e in *Giust. civ.*, 2006, fasc. 5, p. 1056, aveva negato la responsabilità della P.A. per ritardo nell'adozione di un provvedimento, laddove il provvedimento tardivamente adottato era sfavorevole per il privato e non risultava tempestivamente impugnato. Questo perché, era stato giudicato non risarcibile il danno da ritardo provvedimentale c.d. "mero", dovendosi verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia o meno dovuto. L'Adunanza aveva anche ritenuto (§ 1) che, in quel caso, non si fosse «di fronte a "comportamenti" della pubblica amministrazione invasivi dei diritti soggettivi del privato in violazione del neminem laedere (la fattispecie presa in considerazione dal citato art. 34 nella parte dichiarata incostituzionale dalla Corte), ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative».

²⁷ Da ult., TAR Reggio Calabria, Catanzaro-Sez. I, 5 giugno 2021, n. 1132, e TAR Aosta, Sez. I, 28 maggio 2021, n. 37.

²⁸ Come chiarisce C. Stato, Sez. II, 12 aprile 2021, n. 2960, accedendo alla tesi della responsabilità di natura aquiliana dell'art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/1990, la possibilità di risarcimento del danno da ritardo ovvero da inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, non costituisce un effetto del ritardo considerato *ex se*, bensì in conseguenza del fatto che la condotta inerte, o tardiva, dell'Amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato. In senso conforme, si vedano anche: C. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768; C. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182; e C. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638. Ancora, secondo TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 284, l'art. 2-bis della legge n. 241/1990 prevede che il risarcimento del danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo sia subordinato alla prova della spettanza del bene della vita, correlato ad un interesse legittimo pretensivo, ovvero alla dimostrazione che l'aspirazione del richiedente al provvedimento abbia dato esito favorevole.

rappresenterebbe, di conseguenza, la violazione di una norma considerata puramente “strumentale” e non “finale”²⁹.

3. *Omessa o tardiva conclusione del procedimento. Le tesi recepite dalle recenti Adunanze plenarie nn. 5/2018 e 7/2021: analisi critica. La violazione del termine costituisce regola di responsabilità anche se consegue alla violazione di regole di validità.*

La costruzione sopra riferita è, di certo, bene argomentata e suggestiva. Non di meno, risulta oggettivamente difficoltoso individuare ambiti risarcitori differenti, desumibili da obblighi di protezione non consacrati in norme di legge. E questo anche al di là del fatto che la tutela da “contatto sociale” risulta in stridente contrasto con i caratteri dell’azione autoritativa, a cui consegue il danno da ritardo, disciplinato dall’art. 2-bis della legge n. 241/1990, che una tesi circoscrive all’attività di natura provvedimentale³⁰.

Se le conseguenze derivanti dal ritardo vanno apprezzate in termini (meramente) risarcitori, resta, ancora, da verificare se la violazione investa la liceità della condotta ovvero la legittimità dell’esercizio del potere o dell’inazione. Come si legge nell’Adunanza plenaria n. 5/2018 già citata, le cui affermazioni, sul punto, risultano richiamate dalla più recente Adunanza n. 21/2021³¹, «*le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il*

²⁹ AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, a cura di G. Greco, vol. I, *Parte generale, Lezioni*, IV ed., Milano, 2021, pp. 301 ss. Sul punto, più ampiamente e più in generale, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 484 ss.; ID., *Il rapporto del cittadino e le vicende della posizione del cittadino*, ivi, 2014, pp. 586 ss.; F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., pp. 410 ss.

³⁰ TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 15 settembre 2021, n. 2000, escludendo nell’attività autoritativa quella correlata all’adempimento di clausole contenute in una convenzione urbanistica.

³¹ C. Stato, Ad. plen., n. 21/2021, cit., § 3, secondo cui «*secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l’altro concernente invece la responsabilità dell’amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte*». Prosegue la pronunzia affermando che se tali profili, «*oltre che*

provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità».

Da una simile considerazione, pienamente condivisibile, ci si sarebbe aspettato che il ritardo trovasse il proprio fondamento nell'azione amministrativa. Per converso, la pronuncia in commento sembra essere incorsa in una forzatura, accostando la responsabilità da ritardo a quella precontrattuale, come se l'una e l'altra integrassero manifestazioni di un paradigma unitario. Si tratta però, di una conclusione che non convince, apparendo intrinsecamente contraddittoria.

Secondo la medesima Adunanza, *«la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori")»*. Ciò troverebbe conferma nell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 1, c.p.a., *«che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento"»*³². Il corollario è che il ritardo creerebbe incertezza, interferendo *«illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali»*. Non diversamente anche la già citata Adunanza n. 7/2021 ha ritenuto, sebbene più sbrigativamente, che sarebbe l'antigiuridicità del comportamento a rappresentare il presupposto della responsabilità dell'inazione, così come dell'azione tardiva³³.

Ma una simile conclusione non può, di certo, essere condivisa per più di una ragione. Innanzi tutto, perché la norma processuale, nel devolvere la giurisdizione al giudice amministrativo, non è in grado di modellare il

distinti, ... sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità», è anche possibile che «una responsabilità da comportamento corretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento», come ha già riconosciuto l'Adunanza n. 5/2018.

³² C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., §§ 34, 42-43.

³³ C. Stato, Ad. plen., n. 7/2021, cit., §§ 19 e 25.

regime sostanziale della responsabilità dell'amministrazione per danno da ritardo: si tratta, quindi, di un elemento molto debole, che, al più, può apparire del tutto neutrale. A ben vedere, però, la cognizione del giudice amministrativo propende a valorizzare la tesi opposta: il giudice degli interessi legittimi, infatti, è quello più attrezzato ad affrontare l'accertamento di un illecito fondato sul cattivo uso del potere; altro non è, infatti, il ritardo dannoso, che deriva dall'esercizio (illegittimo) della funzione.

4. *Responsabilità nelle trattative e condotta che contravviene alle regole di correttezza e buona fede. La tesi che distingue tra la P.A. come contraente e come autorità. Regole di responsabilità e rimedi risarcitori. Offerta al pubblico e attività contrattuale degli enti pubblici.*

Le pronunce in commento sono contrassegnate da un obiettivo unitario: si prefiggono di dimostrare che la responsabilità precontrattuale degli enti pubblici e quella da ritardo abbiano un comune denominatore, fondandosi entrambe su una condotta integrante un illecito di natura extracontrattuale, in presenza di un danno ingiusto. Alla base di tale conclusione si pone l'affermazione secondo cui il ritardo procedimentale interferirebbe sulla libertà del privato³⁴.

Si tratta, però, di un'aporia. La libertà di autodeterminazione negoziale³⁵ viene in gioco quando l'amministrazione agisce *iure privatorum* e non

³⁴ Come ha sottolineato C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 52, «*il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela. Si tratta, per certi versi, del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse), dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto*».

³⁵ Secondo C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., «*come la giurisprudenza civile ha in più occasioni avuto modo di evidenziare, il dovere di correttezza (nella sue proteiformi manifestazioni concrete) è, nella maggior parte dei casi, strumentale alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi*».

quando agisce come autorità. In altre parole, l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento è norma di azione e non di relazione³⁶, discendendo dall'illegittimità e non dalla condotta, anche se la sanzione prevista è rappresentata dal risarcimento del danno.

Cosicché, non convince l'assimilazione condotta dalle Adunanze plenarie n. 5/2018 tra la fattispecie prevista dall'art. 1337 c.c. e quella del ritardo nella conclusione del procedimento: in un caso, viene in gioco un comportamento, tenuto in ambito precontrattuale, che contravviene all'obbligo di buona fede, laddove il privato risulta titolare di un diritto soggettivo; nell'altro caso, invece, si registra una difformità dell'attività procedimentale dal parametro normativo, in grado di incidere sulla struttura degli atti che la compongono. Pertanto, se tale difformità non può, di certo, non connotarsi in termini di tipicità, nel quadro più ampio del principio di legalità che presiede l'azione amministrativa, non può, neppure, venire in considerazione, di per sé, l'incolpevole affidamento ingenerato sulla tempestività e sulla celerità della medesima azione.

Del resto, la principale ragione che, secondo Giannini, militava a favore dell'ammissibilità della responsabilità precontrattuale era rappresentata proprio dal fatto che *«all'amministrazione è imputabile un illecito civile»*, per cui *«non si presenta più come autorità amministrativa, ma come soggetto di diritto comune»*³⁷. Detto altrimenti, l'ente pubblico, *«quando*

connotate da slealtà e scorrettezza» (§ 25). *«Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza)»* (§ 27).

³⁶ Il riferimento è, ovviamente, alla tesi, autorevole quanto risalente, espressa da E. GUICCIARDI, *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, CIII, III, pp. 66-77, e in E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, 1967, pp. 55-66.

³⁷ M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 159.

“tratta” con il privato, non usa poteri discrezionali, ma autonomia privata³⁸. Con il che il Maestro rimarcava, all’interno dei contratti a pubblica evidenza, la distinzione intercorrente tra le “trattative” (art. 1337 c.c.), costituenti attività privata preordinata alla formazione del vincolo contrattuale, e le variazioni suscettibili di alterare lo schema negoziale³⁹: le prime erano giudicate idonee a germinare l’obbligazione risarcitoria, ma non le seconde, nelle quali non risulta violato l’obbligo, gravante su entrambe le parti, di comportarsi secondo buona fede⁴⁰: in tale evenienza, come scriveva, «mancano dunque la condotta e l’evento dell’illecito precontrattuale»⁴¹.

La prevalente dottrina, infatti, ritiene che gli atti a pubblica evidenza, preposti alla cura dell’interesse pubblico, siano, pur sempre, atti negoziali, specie se si ritiene che il bando di gara riproduca un’offerta al pubblico⁴², ai sensi dell’art. 1336 c.c., seppure rivolta *in incertam personam*⁴³: i destinatari di tale offerta divengono identificabili solamente in una fase successiva della procedura di gara, senza la configurabilità di alcun *vulnus* ai principi di autonomia negoziale e agli obblighi di cor-

³⁸ M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, p. 160.

³⁹ L’Autore si premurava di identificare gli atti autoritativi la cui adozione, fondandosi sull’applicazione di norme giuridiche, piuttosto che sulla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, non poteva ingenerare alcuna responsabilità dell’amministrazione. Tra questi casi ricordava l’annullamento di deliberazioni, come quella di contrattare, l’annullamento o il rifiuto di approvazione per vizi di legittimità o, infine, il controllo di legittimità, impeditivo o repressivo.

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, p. 183, affermando che, «una volta intrapreso un procedimento contrattuale, il comportamento dell’amministrazione è regolato interamente dal principio di buona fede, in quanto comportamento di diritto privato comune».

⁴¹ Così, M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, p. 162.

⁴² Come ritiene, ad es., G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986.

⁴³ Si confronti, ad es., Cass., 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, c. 643, secondo cui si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell’offerta al pubblico ed in cui l’amministrazione entra in contatto con una pluralità di partecipanti al procedimento negoziale, con ciascuno dei quali instaura trattative (c.d. multiple o parallele). Si veda anche, in termini analoghi, C. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

rettezza, gravanti sulle parti nel corso delle trattative. Sicché, così come la condotta illecita costituisce la fonte della responsabilità nelle trattative (art. 1337 c.c.) della P.A., è la violazione delle norme che governano il tempo del procedimento a rappresentare il fatto costitutivo della responsabilità dei soggetti pubblici, disciplinata dagli artt. 2-*bis* legge n. 241/1990 e 30 c.p.a.

5. Prime conclusioni: il rapporto amministrativo si pone in una posizione di alterità rispetto alle regole che presiedono le trattative preordinate alla conclusione del contratto. La tesi di Giannini si radica sulla paritarietà della P.A. che agisce nell'ambito delle trattative.

L'analisi appena condotta è pervenuta ad un risultato che non sembra suscettibile di essere circoscritto al caso della responsabilità per omessa (o ritardata) conclusione del procedimento amministrativo. Nel caso considerato, il danno consegue alla violazione di regole che presiedono l'esercizio della potestà amministrativa, così come, del resto, aveva riconosciuto l'Adunanza plenaria⁴⁴, anteriormente alle modifiche apportate dal legislatore alla materia. Tali modifiche, in base al nuovo corso giurisprudenziale, avrebbero indotto le successive Adunanze⁴⁵ ad ancorare il fatto illecito, giudicato di natura extracontrattuale, alla condotta della P.A. procedente.

Ma, come si reputa di avere dimostrato, si tratta di un'affermazione che contravviene alla realtà delle cose, in quanto l'unico tratto comune è rappresentato dalla preesistenza di un (mero) "contatto": in un caso, il confronto tra pubblico e privato avviene all'interno del procedimento amministrativo; nell'altro caso, invece, si registra una trattativa tra parti che agiscono su un piano equiordinato.

Sicché, il tentativo di equiparare tale ipotesi di responsabilità a quella disciplinata nell'art. 1337 c.c. non appare persuasivo. Nelle due ipotesi, ancora, vengono in gioco fatti costitutivi differenti: nel ritardo dell'azione, l'elemento identificativo è dato dalla potestà amministrativa; nelle trat-

⁴⁴ Si tratta di C. Stato, Ad. plen., n. 7/2005, cit.

⁴⁵ Il riferimento è a C. Stato, Ad. plen., nn. 5/2018 e 7/2021, citt.

tative non concluse, invece, l'illecito discende dalla violazione della buona fede oggettiva, generando un affidamento incolpevole.

Come si è anticipato, la teoria civilistica del “contatto sociale” radica tale concetto sull'estensione o, secondo altra espressione, sulla generalizzazione dell'art. 1337 c.c.⁴⁶. L'ammissibilità di questa operazione, come pure si è detto, è stata investita, sotto plurimi profili, da molte censure. Resta, comunque, il fatto che, quand'anche, in ipotesi, si presti adesione alla suddetta teoria, va escluso, in ogni caso, che il rapporto amministrativo sia in condizione di essere disciplinato (anche solamente in parte) dai doveri di protezione aventi fonte nel medesimo “contatto”.

L'azione autoritativa, infatti, rinviene le proprie regole nel diritto pubblico, senza alcuna possibilità di osmosi con il diritto privato. D'altronde, Giannini sottolineava, convincentemente, che i confini della responsabilità precontrattuale non potevano non ricomprendere, sul piano soggettivo, la P.A., quando vengono in gioco le trattative preordinate alla conclusione del contratto⁴⁷.

Ed è sotto l'angolazione considerata che si è registrata una, forse inedita, convergenza tra i supremi consessi, laddove hanno valorizzato quella netta separatezza che hanno configurato tra attività provvedimentale e attività negoziale dei soggetti pubblici. Sull'onda dell'Adunanza n. 5/2018, richiamata nella parte motiva, le Sezioni unite hanno (testualmente) affermato, di recente, che *«la lesione, cioè, 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, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione; regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità; come perspicuamente evidenziato dal Consiglio di Stato nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 (p. 34), “non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)”*»⁴⁸.

⁴⁶ Da F. VENOSTA, “Contatto sociale” e affidamento, cit., pp. 29 ss.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *ult. op. cit.*, pp. 151 ss.

⁴⁸ Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit., § 26.1.

6. (Segue): *le Sezioni unite e le Adunanze plenarie convergono sul fatto che la responsabilità della P.A. è responsabilità da condotta. Ma quando sorge l'affidamento? Richiede, forse, l'aggiudicazione definitiva? Affidamento incolpevole, tutela risarcitoria, oggetto dell'affidamento e rapporti con l'esercizio del potere.*

Vero è che nei contratti a pubblica evidenza viene in gioco non soltanto la libertà contrattuale, ma anche l'interesse pubblico alla cui tutela sono preordinati gli atti di gara e quelli di autotutela. Tanto che, in base ad un precedente indirizzo della giurisprudenza amministrativa, la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante sarebbe configurabile soltanto dopo la scelta del contraente. Prima, invece, il privato dovrebbe considerarsi un mero aspirante, titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della P.A.⁴⁹. Si tratta, invero, di una tesi radicata nella giurisprudenza amministrativa, riaffermata anche di recente⁵⁰.

Ebbene, nella prospettiva qui considerata, il legittimo affidamento sarebbe in grado di sorgere solamente in seguito all'aggiudicazione definitiva⁵¹. La Corte di cassazione, invece, è orientata diversamente, afferman-

⁴⁹ Così, C. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1708. Non diversamente si veda anche C. Stato, Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272. Si segnala, in proposito, TAR Lazio, Roma-Sez. III, 7 novembre 2016, n. 11025, in *Foro amm.*, 2016, p. 2760, la cui cognizione investiva due domande risarcitorie, conseguenti, rispettivamente, a due provvedimenti emanati in autotutela: il primo avente ad oggetto un provvedimento ritenuto illegittimo e il secondo, invece, un successivo provvedimento giudicato legittimo (l'aggiudicazione provvisoria di una gara): il giudice adito ha ritenuto la propria giurisdizione nel primo caso, accogliendolo nel merito, mentre nel secondo l'ha declinata, seguendo l'orientamento espresso dalle "tre ordinanze gemelle" rese nel corso del 2011 (Cass., Sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, 15 giugno 2006, n. 13911, anche in *Foro it.*, 2007, I, c. 3181, *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2000, e *Riv. giur.ed.*, 2006, I, p. 1100).

⁵⁰ In questo senso, C. Stato, Sez. II, 20 novembre 2021, n. 7237. A tale opinione, definita «diffusa», accede anche la recente pronunzia resa da C. Stato, Ad. plen., n. 21/2021, cit., § 12.

⁵¹ In base a una tesi, l'aggiudicazione provvisoria determinerebbe un'aspettativa che, pur non essendo ancora qualificata, sarebbe, non di meno, tutelata con riferimento alla conclusione del procedimento preordinato all'aggiudicazione del contratto. Così, TAR

do che l'affidamento sarebbe meritevole di tutela anche in assenza di uno specifico affidamento alla conclusione del contratto: con il corollario che la stazione appaltante risulterebbe responsabile, sul piano precontrattuale, anche «*a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante*»⁵².

Nel medesimo ordine di idee si è espressa anche l'Adunanza n. 5/2018. Tale decisione, infatti, nel dequotare gli effetti riconducibili agli atti della procedura selettiva, ha precisato come la responsabilità precontrattuale «*possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai più volte richiamati doveri di correttezza e buona fede*»⁵³.

In altri termini, l'interesse legittimo resterebbe al di fuori dallo spettro cognitivo della tutela risarcitoria: tale situazione soggettiva, infatti, non può essere disgiunta dalla legittimità dell'esercizio della potestà amministrativa⁵⁴. Ecco perché la questione cruciale, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, sembra essere quella di chiarire: i) se sia

Lazio, Roma-Sez. III, n. 11025/2016, cit., in riferimento alla condotta colpevole della stazione appaltante per i ritardi occorsi nella procedura e per lo strumentale slittamento dei termini prefissati. Secondo il *decisum*, si verserebbe in «*un'ipotesi di responsabilità da "contatto qualificato", ricadente nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., che si è concretizzata in una cattiva gestione del procedimento di che trattasi*».

⁵²In termini, Cass., Sez. I, n. 15260/2014, cit. In senso analogo, più di recente, Cass., Sez. II, n. 7545/2016, affermando che: «*perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto*». Non diversamente, Cass., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768, sempre ancorando la responsabilità precontrattuale al «*ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto*».

⁵³C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 49, ult. parte.

⁵⁴Tale profilo, viene rimarcato, specialmente, da C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in nota a Cass., Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17856, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 569-570.

l'affidamento (incolpevole) – o, più precisamente, la sua lesione – a rappresentare il fatto costitutivo della pretesa risarcitoria⁵⁵; ii) quale sia l'oggetto di tale affidamento (e della sua tutela); iii) se questo possa (o meno) connettersi (ed, eventualmente, in quale misura) con il provvedimento, così come avviene, ad esempio, a fronte dell'esercizio del potere di revoca (art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990)⁵⁶.

Del resto, l'affidamento viene in considerazione anche nell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies* legge n. 241/1990)⁵⁷, la cui adozione tie-

⁵⁵ Sul punto, si rinvia alla critica svolta da C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, cit., pp. 577 ss., secondo cui la teoria dell'affidamento, così come è stata elaborata nel diritto privato, non verrebbe in considerazione a fronte dell'attività provvedimentale della P.A.

Sulla revoca, per la letteratura più recente, successiva alla (già citata) legge n. 15/2005, si vedano, tra gli altri: V. DETTORI, *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 861 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, pp. 84 ss.; F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it.*, 2015; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013; C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi e i principi della funzione*, Torino, 2014; S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 2009; A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli di rivedibilità*, Bari, 2008; D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura di D. Corletto, Padova, 2007; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. II, Padova, 2007, pp. 195 ss.; M. IMMORDINO-M. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, pp. 5202 ss.

⁵⁶ F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 462 ss.

⁵⁷ Su cui, tra gli altri, B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli-L. De Lucia, Torino, 2009; G. GHETTI, *L'annullamento dell'atto amministrativo*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. I, Milano, 1987, pp. 263 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Annullamento e annullabilità*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958. Sull'autotutela, per la bibliografia essenziale: R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado*, in *Annali*, vol. II, Milano, 2008, pp. 910 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, pp. 396 ss.; B. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di diritto*

ne conto dell'affidamento che si è formato in ordine alla stabilità dei rapporti, mediante l'apprezzamento del tempo trascorso, all'esito di una valutazione comparativa degli interessi⁵⁸. Come si è scritto, infatti, «*la disciplina dell'annullamento d'ufficio contenuta nell'art. 21-nonies della legge sul procedimento è comunemente considerata espressione del principio di tutela dell'affidamento*»⁵⁹; e la tutela del destinatario del potere è titolare di un interesse legittimo, che si confronta con l'esercizio di una funzione presieduta dalla discrezionalità amministrativa⁶⁰.

to amministrativo, a cura di S. Cassese, Parte generale, vol. II, Milano, 2000, pp. 705 ss.; ID., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Milano, 2000, specialmente a pp. 364 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; G. GHETTI, *Autotutela della pubblica Amministrazione*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. II, Torino, 1987; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1958.

⁵⁸ Per tutti, AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo, Parte generale, Lezioni*, cit., pp. 307 ss. Con riferimento al profilo diacronico, va ricordato che, il I alinea dell'art. 21-nonies, prevedeva, originariamente, che l'annullamento poteva essere adottato (*tout-court*) «entro un termine ragionevole». Attualmente, invece, in seguito alla modifica disposta dall'art. 6, comma 1, lett. d), n. 2, della legge 7 agosto 2015, n. 124 («*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*»), l'annullamento deve intervenire, «*sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*». Non pare fuori luogo considerare anche che, secondo C. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in *Foro it.*, 2018, III, c. 492, «*le modifiche inserite nell'art. 21 nonies l. n. 241/1990 dall'art. 6 l. 7 agosto 2015 n. 124, e che hanno comportato l'introduzione di un termine per l'annullamento d'ufficio, vanno interpretate considerando che un'aspettativa meritevole di tutela rispetto all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio non è configurabile quando l'amministrazione sia stata indotta in errore da un comportamento doloso del privato*».

⁵⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., pp. 828 ss. Sempre sui rapporti tra annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento, che ne costituisce un limite, si confronti F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, cit., pp. 100 ss.

⁶⁰ Si rinvia, ancora, a F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, pp. 828 ss.

7. (Segue): *l'affidamento incolpevole del privato deve essere ingenerato dalla condotta (e non dal provvedimento) della P.A. Verifica dei presupposti del fatto illecito a questa imputabile e dei suoi conseguenti effetti (sugli elementi costitutivi della responsabilità e sul riparto tra le giurisdizioni).*

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre distinguere due ipotesi, chiaramente distinte sul piano teorico, ma meno nette su quello applicativo: quella in cui si configura un mero comportamento, rispetto al quale l'azione autoritativa rappresenta un semplice antecedente; e quella in cui la condotta maschera un provvedimento, in grado di fondare l'affidamento riposto dal privato.

Tale dicotomia è suscettibile di due concorrenti letture: una, sul piano sostanziale, investe i fatti costitutivi dell'illecito; l'altra, con conseguenze che si riverberano sul riparto, identifica la consistenza delle situazioni sostantive coinvolte: vale segnalare, in proposito, come l'alternativa, posta alla base di una questione di giurisdizione, abbia indotto il Consiglio di Stato a rimettere la relativa questione all'esame dell'Adunanza plenaria ⁶¹, che, di recente, l'ha risolta ⁶².

L'argomento, proprio per la sua criticità, impone di essere ripreso ed approfondito nelle pagine che seguono. Non senza anticiparsi, però, come, in concreto, possa risultare non del tutto agevole verificare se l'attività dell'ente pubblico, alla quale si imputa di avere generato un affidamento incolpevole, sia riferibile ad un provvedimento ovvero ad una condotta. Il dubbio, che impone di condurre una verifica sul campo, è che, esondando dall'attività negoziale, possano colorarsi privatisticamente momenti i quali potrebbero rientrare, almeno in ipotesi, nell'area dell'esercizio del potere e, quindi, della tutela dell'interesse legittimo al quale tale esercizio è indissolubilmente correlato ⁶³.

⁶¹ C. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 3, p. 467.

⁶² C. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 11, p. 1688, *Foro it.*, 2022, III, c. 69, e *Riv. giur. ed.*, 2022, 1, I, p. 153.

⁶³ Si ricorda, in proposito, che C. Stato, Sez. II, n. 2013/2021, cit., dubitava del fatto che la richiesta risarcitoria proposta si fondasse, anziché su un mero comportamento dell'amministrazione municipale, come aveva ritenuto il giudice *a quo*, «sulla circostanza che essa aveva rilasciato un permesso a costruire sulla base di un'interpretazione poi rivelatasi

Per il momento ci si può limitare a considerare che se, almeno in astratto, esiste uno iato, in grado di scindere nettamente le due aree, quella della condotta e quella del provvedimento, assoggettandole a regimi tra loro alternativi, non può esservi spazio alcuno, invece, per introdurre nel perimetro della responsabilità regole desumibili dagli atti autoritativi, i quali sono definiti in base a canoni che sono quelli propri della legalità e della tipicità; ancora, il loro regime, desunto sul piano della struttura, è presieduto dalle regole della validità; e, infine, gli interessi presi in considerazione sono di carattere strumentale e non sostanziale, in quanto la loro osservanza non è in grado di assicurare il perseguimento del bene della vita a cui la parte aspira.

In conclusione, la categoria del rapporto amministrativo permane costituita di un collegamento apprezzabile con i presupposti e con le regole che investono le condotte imputabili alle pubbliche amministrazioni, non soltanto quando queste, più genericamente, agiscono *iure privatorum*, ma quando svolgono attività di carattere negoziale ovvero pre-negoziale. Il torto aquiliano, così come le regole di correttezza, sono contrassegnati, parimenti, dal carattere della atipicità⁶⁴. Lo sforzo della giurisprudenza più recente delle Sezioni unite, come si è detto, è stato quello di disancorare dal potere e dal suo esercizio profili che, pur presentando dei possibili collegamenti con l'autoritatività, si pongono all'esterno di questa: il che ha consentito di valutare le condotte – avulse dal paradigma (o dall'ipoteca) del provvedimento – sotto la lente delle regole della responsabilità civile, nella prospettiva dell'atipicità dei comportamenti suscettibili di integrare una condotta illecita.

Tale considerazione impone di analizzare l'area, qui appena accennata, costituente un laboratorio i cui poli di attrazione sono rappresentati, appunto, dai comportamenti e dagli atti che compongono e concludono la serie procedimentale, rientrando nell'esercizio di una pubblica funzione.

Nella medesima prospettiva in esame si rende necessario analizzare gli strumentari utilizzati dagli Studiosi del diritto civile, al fine di valu-

errata di una sua norma regolamentare»: tutto ciò con i conseguenti effetti che ridondano sul piano del riparto della giurisdizione, contestata da una delle parti.

⁶⁴ Si tratta di un profilo opportunamente rimarcato da G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., pp. 39 e 309.

tare la loro adattabilità, anche parziale, ai soggetti pubblici. Ciò tenendo conto, peraltro, non soltanto della (verosimile) presenza di atti amministrativi, ma degli effetti che i medesimi sono in grado di produrre, sotto due concorrenti versanti: il primo, quello della responsabilità civile e dei relativi elementi costitutivi; e il secondo, quello del riparto tra le giurisdizioni ⁶⁵.

⁶⁵ Come si è osservato anche di recente, il dualismo giurisdizionale costituisce un ineliminabile fattore di instabilità (M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 2, pp. 215 ss.). Questa tesi viene svolta sotto differenti profili dall'Autore, occupandosi dell'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, con cui le Sezioni unite hanno rinviato alla Corte di Lussemburgo, ai sensi dell'art. 267, § 3, TFUE, la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, in caso di violazione del diritto dell'Unione. La Corte regolatrice ha reagito alla sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, della Corte costituzionale, che ha restrittivamente interpretato l'art. 111, comma 8, Cost. (su cui, in senso adesivo, M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 704 ss.). Sulla questione in esame si segnalano, tra gli altri, M. CHITI, *la Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *RIDPC*, 2021, pp. 1 ss.; A. TRAVI, *Il motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3415. Nelle conclusioni recentemente depositate il 9 settembre 2021 nel procedimento C-597/20 l'Avvocato generale si è espresso criticamente su tutte e tre le questioni sollevate, l'ultima delle quali investe l'appello incidentale in materia di appalti pubblici. In ordine alle prime due questioni ha concluso che la circoscrizione del ricorso per cassazione per motivi inerenti alle sole questioni di giurisdizione non può «essere considerato di per sé contrario al diritto dell'Unione neppure laddove precluda l'impugnazione di una decisione con la quale il giudice di secondo grado ha applicato un'interpretazione del diritto nazionale che, oggettivamente, è contraria al diritto dell'Unione», dal momento che il diritto italiano prevede l'accesso ad un giudice competente ad esaminare il merito della controversia. Quanto, poi, alla seconda questione pregiudiziale, ha concluso che «l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso non osta a una norma quale l'articolo 111, ottavo comma, della Costituzione italiana, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, secondo la quale un ricorso in cassazione per motivi di "difetto di potere giurisdizionale" non può essere utilizzato per impugnare sentenze di secondo grado che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea». Non di meno, va sottolineato come l'Avvocato generale abbia precisato che, in caso di errata applicazione del diritto europeo da parte di un giudice di ultima istanza, la soluzione andrebbe individuata, piuttosto, in «altre forme procedurali», quali un ricorso per inadempimento

Con riguardo al primo dei due aspetti, quello sostanziale, sembra registrarsi una certa convergenza, almeno tendenziale, tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa; per converso, l'altro aspetto, di carattere processuale, che investe i canoni diretti a presiedere il riparto, discioglie una questione che, pur innestandosi su un filone giurisprudenziale avviato dalle Sezioni unite sin dal 2011⁶⁶, permane, tuttora, molto dibattuta, essendo avversata, soprattutto, dagli Studiosi delle discipline pubblicistiche⁶⁷.

ai sensi dell'art. 258 TFUE, ovvero un'azione del «*tipo Francovich*», in grado di consentire di fare valere la «*responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei diritti dei singoli riconosciuti dal diritto dell'Unione*». Secondo la Corte, che una norma interna, anche di rango costituzionale, che limiti il ricorso contro le decisioni del Consiglio di Stato dinanzi alla Cassazione ai soli motivi legati alla giurisdizione, anche in caso di violazione del diritto dell'Unione, non è incompatibile con il diritto dell'Unione, a condizione che venga rispettato il principio di equivalenza e di effettività (CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Randstadt*, in *Foro it.*, 2022, IV, fasc. 2, c. 90).

⁶⁶ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, anche in *Corr. giur.*, 2011, p. 943, con nota di A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, ivi, pp. 940 ss., rimarcando come le tre ordinanze avessero «*fatto ricorso ad un principio, quello dell'affidamento, che, nei rapporti tra privati, trova il proprio sostrato materiale in comportamenti od atti del contraente, tali da rendere attivabile il dovere di buona fede o quello aquiliano del neminem laedere (art. 2043 c.c.)*». Gli Studiosi del diritto amministrativo, per lo più, hanno commentato negativamente l'indirizzo espresso dalla tre ordinanze. Si confrontino, *ex aliis*: G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1983 ss.; ID., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2012; S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, pp. 915 ss.; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 896 ss.; A. TRAVI, *Annulamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2399.

⁶⁷ Sul principio dell'affidamento nel diritto pubblico, il principale contributo è, certamente, rappresentato da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970. Dello stesso Autore si vedano anche i successivi contributi: *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, pp. 215 ss.; *Il principio di buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit.; *Affidamento*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 146 ss.; e, da ult., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto am-*

Entrambi i profili, qui sopra accennati, verranno affrontati nei capitoli seguenti, tenendosi conto, inevitabilmente, delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza delle Sezioni unite e di quella dei giudici amministrativi.

ministrativo, cit., pp. 1195 ss. Sull'affidamento -nella prospettiva in esame- si confrontino, tra gli altri: M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustizia insieme*, 11 febbraio 2021; G. TULUMELLO, *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. TROPEA, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020; V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, cit., pp. 794 ss.; A. TRAVI, *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. I, Milano, 2018, pp. 33 ss.; ID., *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 216 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 867 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., pp. 823 ss.; F. MANGANARO, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, pp. 121 ss., e in *Dir. amm.*, 2016, pp. 93 ss.; G. COCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 462 ss.; P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, pp. 1991 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit.; C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, cit., pp. 547 ss.; G.D. CONFORTI, *Il codice amministrativo e la tutela risarcitoria: la lesione di un'occasione mancata*, in *Riv. proc. amm.*, 2011, pp. 554 ss.; R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 864 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti della regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

CAPITOLO III

AFFIDAMENTO INCOLPEVOLE E LEGITTIMO AFFIDAMENTO: SVILUPPI GIURISPRUDENZIALI E PLURALISMI INTERPRETATIVI

SOMMARIO: 1. Il dilemma provvedimento-condotta per identificare i fatti costitutivi dell'illecito civile imputabile alla P.A. Il rischio della contrapposizione tra una costruzione pan-pubblicistica ed una pan-privatistica. La scelta di un approccio empirico, anziché dogmatico: la necessità dell'analisi della fattispecie e di una breve analisi del panorama giurisprudenziale. – 2. Le tre c.d. “ordinanze gemelle” rese dalle Sezioni unite nel corso del 2011. Breve analisi dei casi affrontati. Le ragioni di un distinguo tra azione autoritativa e attività negoziale. Alla ricerca dei presupposti dell'illecito civile in presenza di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, venuto meno. – 3. Analisi della giurisprudenza delle Sezioni unite, in tema di affidamento del privato nella P.A. e tutela risarcitoria: a) l'annullamento dell'atto di affidamento e l'interesse legittimo come pretesa al provvedimento favorevole; b) l'annullamento di un piano in materia urbanistico-edilizia; c) l'annullamento di atti in materia di edilizia popolare (l'affidamento come “*fattispecie complessa*” in cui l'annullamento del provvedimento favorevole, successivamente annullato, «*si configura solo come uno dei fatti costitutivi*»); d) la gestione del servizio di tesoreria e il “declassamento” dell'ente ospedaliero (verso un ridimensionamento del ruolo assolto dal provvedimento nella causazione del danno). – 4. Le Sezioni unite, nel 2021, di fronte alla domanda risarcitoria proposta nei confronti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per la propria condotta omissiva, in punto di ammissione alla CIGS. La sentenza n. 615/ 2021 precisa che: a) la responsabilità è da condotta (senza collegamenti diretti con il provvedimento); b) la responsabilità (non è più aquiliana, ma) è divenuta da “contatto sociale”; c) non è configurabile (la lesione di) un diritto all'integrità del patrimonio; d) il principio comunitario del legittimo affidamento si applica alla P.A. – 5. L'affidamento tra Corte di giustizia e Corte costituzionale (rinvio). La responsabilità per lesione dell'affidamento riposto dal privato nella P.A. tra unitarietà e pluralismi interpretativi. Cassazione e Consiglio di Stato: un dialogo tra assonanze e divergenze. L'affidamento nella elaborazione dei gius-privatisti (rinvio).

1. *Il dilemma provvedimento-condotta per identificare i fatti costitutivi dell'illecito civile imputabile alla P.A. Il rischio della contrapposizione tra una costruzione pan-pubblicistica ed una pan-privatistica. La scelta di un approccio empirico, anziché dogmatico: la necessità dell'analisi della fattispecie e di una breve analisi del panorama giurisprudenziale.*

Nelle pagine precedenti si è focalizzata l'attenzione su un punto che si pone alla radice dell'identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica, imputabili vuoi all'esercizio della potestà, vuoi alla condotta serbata. Alla diversificazione delle due situazioni registrate corrisponde quella della consistenza delle situazioni sostantive coinvolte. Al riguardo, si segnalano le critiche sollevate nei confronti delle tre "ordinanze gemelle", rese, nel corso del 2011, dalla Suprema Corte. Quest'ultima, in base ad una ricorrente censura, sarebbe incorsa in uno "sconfinamento"¹, "ritagliandosi" «un nuovo spazio in tema di vertenze risarcitorie per lesione di interessi»².

¹ Come ipotizza M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento*, cit., pp. 7 ss., secondo cui la tesi censurata tenderebbe a scorporare alcuni singoli comportamenti, considerandoli nel loro aspetto statico, avulsi da un contesto più complesso e articolato: anzi, «a ben vedere, più che di comportamenti meri, sembra trattarsi di segmenti procedurali o pre-procedurali». Non diversamente, secondo M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., p. 905, «la Cassazione isola del tutto artificialmente un frammento da consegnare al giudice civile, senza alcuna ponderazione sistematica del contesto tutto pubblicistico nel quale tale frammento rimane comunque inserito». Si confronta anche R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo processo amministrativo*, cit., p. 865, evocando il tentativo del giudice della giurisdizione «di riappropriarsi della giurisdizione su questioni risarcitorie collegate all'esercizio del potere», con l'effetto, nel caso dell'annullamento d'ufficio, di "creare" «un, forse insospettato, diritto soggettivo creato da provvedimenti illegittimi».

² Così, A. TRAVI, in nota alle tre ordinanze, in *Foro it.*, 2011, cit., secondo cui «l'interesse legittimo, pertanto, può essere "leso" anche da un provvedimento favorevole». In particolare, secondo la censura dell'Autore, la posizione protetta non potrebbe essere rappresentata dall'affidamento, anziché dall'interesse legittimo, che è figura "relazionale" («secondo l'insegnamento "classico" di Miele e Nigro»). Questa tesi sembra condivisa da M. FILIPPI, *Il principio dell'affidamento*, cit., p. 8, secondo cui nelle ipotesi esaminate dalla Corte regolatrice del diritto «la posizione soggettiva lesa, pur riferibile all'ambito dell'affidamento tradito,» avrebbe natura di interesse legittimo. In particolare, V. NERI, *La tu-*

La contrapposizione tra potere e condotta, in particolare, impone di considerare i risultati a cui sono pervenuti gli approdi giurisprudenziali più recenti. Le soluzioni adottate dai giudicanti evidenziano una dicotomia molto netta. All'interno del paradigma dell'azione autoritativa emerge un'alternativa secca tra legittimità e illegittimità. Se è giudicata illegittima, è l'azione a fondare il fatto illecito, germinando un'obbligazione risarcitoria gravante sull'ente pubblico. Qui, il meccanismo è quello della propagazione dell'illegittimità dell'atto alla illiceità della condotta³.

Per converso, se gli atti, che compongono la sequenza procedimentale, sono giudicati legittimi, come avviene, ad esempio, quando il provvedimento è investito da un atto di ritiro, allora, si registrano approdi disomogenei⁴.

*tela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*², cit., sottolinea come la tutela dell'affidamento non sia suscettibile di trasformare l'interesse legittimo in diritto soggettivo. Analogamente, M. MAZZAMUTO, *ult. op. cit.*, p. 901, ritiene che «anche i casi di cui ci stiamo occupando non sono che una (se si vuole, particolare) figura del cattivo esercizio della funzione: l'amministrazione ha malamente vagliato i presupposti pubblicistici del proprio agire ingenerando un incolpevole affidamento con un provvedimento favorevole».

Tali questioni vanno dunque attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, e non solo in sede di giurisdizione esclusiva, ma già in sede di giurisdizione di legittimità.

³ In proposito, si confronti G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 326 ss. e, specialmente, pp. 349 ss. L'Autore, seppure nella prospettiva della c.d. "pregiudiziale amministrativa", analizzando le tre "ordinanze gemelle", rese nel 2006 dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., nn. 13659, 13660 e 13911/2006, già citate), considera come «l'illegittimità di un atto amministrativo possa trasmettere la propria antigiuridicità al comportamento "tout court" in illiceità, se la fattispecie dannosa è tutta racchiusa ... nell'atto illegittimo» (ivi, p. 349). Vale ricordare che le citate ordinanze, oltre ad avere escluso la citata pregiudizialità, asserivano che l'illegittimità dell'azione amministrativa costituiva un elemento costitutivo del torto aquiliano.

⁴ Sul punto, molta letteratura amministrativistica ha espresso delle critiche nei confronti della riconduzione *ad unitatem*, da parte della Suprema Corte, dell'annullamento in autotutela e di quello, rilevando come le due situazioni siano «invece ben diverse, ai fini della tutela risarcitoria, poiché nel primo caso vi è anche una valutazione della tutela dell'affidamento come presupposto del potere di autotutela (sul quale tornerà eventualmente il giudice amministrativo, se investito della legittimità dell'annullamento d'ufficio), mentre nel secondo caso è sufficiente l'accertamento dei soli vizi di legittimità» (M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., p. 902).

Cosicché, la prevedibilità del processo decisionale⁵ finisce per denotare significative criticità, in presenza di un panorama variegato di pronunce. Non di meno, come si è sottolineato in dottrina, «*la costruzione delle Sezioni unite ha il pregio di collocare l'affidamento del privato nei confronti dell'amministrazione sul terreno concreto*»: quindi, non in astratto, ma «*secondo le circostanze del caso*»⁶.

L'essenza della questione potrebbe ridursi, almeno con qualche approssimazione, alla seguente alternativa secca: in una prima ipotesi, l'affidamento incolpevole, ingenerato nel privato, discende dal provvedimento favorevole, successivamente rimosso⁷; nella seconda, invece, detto affidamento, pur potendo presupporre la preesistenza di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica, discende non già da questo, ma da meri comportamenti dell'autorità, i quali fungono da elementi costitutivi della fattispecie.

Va aggiunto, ancora, che le due ipotesi possono essere considerate in due differenti prospettive: la prima di esse è quella di accedere all'una o all'altra impostazione, come se si trattasse, semplicemente, di due differenti costruzioni dogmatiche: una di carattere spiccatamente pubblicistico; e l'altra, invece, orientata sul piano privatistico. Quanto al secondo approccio, questo è di tipo eminentemente empirico, prefiggendosi di verificare, caso per caso, gli elementi di fatto esaminati da ciascun giudice, seguendo una metodica che pone l'esperienza alla base dei processi cognitivi, in base ad un approccio propugnato dal pensiero di matrice anglosassone⁸. La seconda delle due angolazioni impone di accertare se l'il-

⁵ In argomento si veda, specialmente, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., pp. 917 ss.

⁶ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 846.

⁷ Secondo F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., p. 465, «*l'affidamento del beneficiario del provvedimento favorevole, emanato dall'amministrazione, non riguarda la legittimità (qualità astratta del tutto indifferente per il privato), bensì la stabilità del provvedimento da lui ottenuto: e, parallelamente, la violazione dell'affidamento dipende, non dall'accertamento della illegittimità del provvedimento, ma più semplicemente dalla sua rimozione*».

⁸ Il riferimento operato è, ovviamente, ai principali esponenti dell'empirismo e, segnatamente, a John Locke (1632-1704), George Berkeley (1685-1753) e David Hume (1711-1776).

lecito civile, imputato all'ente pubblico, consegua ad un affidamento ancorato alla stabilità di un provvedimento⁹, ai suoi precedenti effetti e alle aspettative da questo ingenerate; o se, al contrario, siano i comportamenti adottati, eventualmente anche in collegamento con l'esercizio del potere, a germinare l'illecito civile, facendo sorgere l'obbligazione risarcitoria.

Tra le due opzioni appena considerate (definibili, rispettivamente, come quella "dogmatica" e quella "empirica") è la seconda ad apparire più convincente, essendo svincolata da incrostazioni concettualistiche, legate ad impostazioni riduttive di carattere pan-pubblicistico o pan-privatistico, suscettibili di condurre a risultati teleologicamente orientati. Ecco perché si reputa opportuno proseguire l'analisi in corso, indirizzando l'attenzione ai casi esaminati dai corpi giudicanti e, segnatamente, dai supremi consessi.

Permane, tuttavia, un dubbio da sciogliere: costruzioni supportate (almeno in astratto) da argomenti (più o meno) condivisibili potrebbero, in realtà, fondarsi (in tutto o in parte) su situazioni di fatto, specifiche e concrete, tali da rendere meno attendibili (se non compromettere) i risultati conseguiti. Si tratta di una perplessità della quale è opportuno tenere conto, nell'ambito dell'indagine qui condotta. Al fine di non porre in discussione i risultati ai quali perverrà la medesima, dovrà dedicarsi particolare attenzione all'inquadramento giuridico della fattispecie compiuto dal giudicante, raccordandolo ai paradigmi sui quali si fonda la tutela dell'affidamento, nei confronti della P.A., sia come autorità, che come contraente.

2. *Le tre c.d. "ordinanze gemelle" rese dalle Sezioni unite nel corso del 2011. Breve analisi dei casi affrontati. Le ragioni di un distinguo tra azione autoritativa e attività negoziale. Alla ricerca dei presupposti dell'illecito civile in presenza di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, venuto meno.*

La disamina della giurisprudenza nazionale, necessitata dalle considerazioni appena svolte, non può non prendere le mosse dalle tre c.d.

⁹ Si confronti, sull'argomento, M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 321 ss.

“ordinanze gemelle”, che hanno dato avvio al nuovo corso del riparto tra le giurisdizioni, in materia di responsabilità civile della P.A.¹⁰: un corso che, pur avendo registrato qualche “ripensamento”¹¹, si è premurato di replicare alle critiche sollevate da una parte consistente degli Studiosi di diritto amministrativo¹² per, poi, andarsi progressivamente consolidando¹³.

I casi esaminati nel trittico di ordinanze, rese in sede di regolamento di giurisdizione, appaiono contrassegnati da situazioni di fatto che appaiono piuttosto eterogenee, laddove, per contro, un fattore di aggrega-

¹⁰ Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596/2011, citt., annotate da A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, p. 941, rimarcando il fatto che «*le Sezioni Unite abbiano fatto ricorso ad un principio, come quello dell'affidamento, che, nei rapporti tra privati, trova il proprio sostrato materiale in comportamenti od atti del contraente, tali da rendere attivabile il dovere di buona fede o quello aquiliano del neminem laedere (art. 2043 c.c.)*».

¹¹ Si confronti Cass., Sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454, che ricomprende nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i comportamenti della P.A. tenuti nella fase antecedente alla stipula del contratto. Anche Cass., Sez. un., 21 aprile 2016, n. 8057, devolve al giudice amministrativo l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità dell'atto amministrativo, successivamente annullato in via di autotutela. Vero è che l'affidamento riposto dal privato costituirebbe, dunque, un mero riflesso, destituito di qualsiasi incidenza sulla giurisdizione. A ben guardare, però, la pronunzia, si fonda sul fatto che la tutela risarcitoria sarebbe conseguenza di un potere esercitato in modo illegittimo, al quale risulterebbe causalmente collegato il danno lamentato. Nel caso esaminato, infatti, dopo che il privato aveva edificato un silos per cereali, la concessione edilizia era stata annullata e il Comune aveva ordinato la demolizione del manufatto giudicato abusivo, ma il Consiglio di Stato aveva annullato il provvedimento di secondo grado.

¹² Si veda Cass., Sez. un., n. 17856/2015, cit.

¹³ *Ex plurimis*, Cass., Sez. un., 15 gennaio 2021, n. 515; Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit.; Cass., Sez. un., 13 maggio 2019, n. 12635; Cass., Sez. un., 25 maggio 2018, n. 13914; Cass., Sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1654; Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19171; Cass., Sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454; e Cass., Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586. Queste pronunzie, non diversamente da numerose altre coeve, pur occupandosi di materie differenti, pervengono tutte alla conclusione che la violazione dell'affidamento ingenerato da un comportamento serbato dalla P.A. rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In argomento, si veda, specialmente, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.

zione può identificarsi nella tutela invocata. La pretesa risarcitoria, infatti, viene radicata sull'affidamento ingenerato da pubbliche amministrazioni, le cui precedenti determinazioni sono state annullate, perché ritenute illegittime. Il danno lamentato deriverebbe non già dall'uso del potere, che si riconosce legittimo (artt. 103 e 113 Cost.)¹⁴, ma dall'attività materiale intesa a porre in esecuzione un titolo giuridico che, ormai, è venuto meno. Il punto, ancora una volta, è quello del collegamento tra provvedimento e condotta, tale da giustificare l'intervento del giudice ordinario, sotto il manto vuoi della tutela aquiliana¹⁵, vuoi della teoria del "contatto sociale"¹⁶.

¹⁴ Sulla tematica, ormai risalente, della responsabilità dell'amministrazione per l'adozione di atto legittimo, per tutti, G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 203 ss.

¹⁵ È il caso, ad es., di Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596/2011, citt., pubblicate anche in *Foro it.*, 2011, I, c. 2387, con nota di A. TRAVI.

¹⁶ Come si legge in Cass., Sez. un., n. 2836/2020, cit., § 33, «*sulla scorta dei rilievi sviluppati nel paragrafo che precede le Sezioni Unite ritengono di dover valorizzare – generalizzandone gli esiti oltre il mero ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione l'orientamento che connota la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto, o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta l'art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 1337 c.c. (buona fede)*». Si legge, ancora, nel medesimo *decisum* (§ 33.2), che, «*alla stregua dei principi enunciati in Cass. 14188/16 (successivamente ripresi anche da Cass. 25644/2017), che queste Sezioni Unite ritengono di confermare, deve quindi conclusivamente affermarsi che la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione per il danno prodotto al privato a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della*

Si consideri, in proposito, l'ordinanza n. 6596/2011, sopra citata, resa dalle Sezioni unite. Queste ultime sono state investite della cognizione dell'azione risarcitoria promossa, all'esito dell'annullamento giurisdizionale degli atti della gara, da un operatore economico, il quale si era reso aggiudicatario dell'affidamento del servizio di ristorazione scolastica. Tale operatore aveva fatto valere la responsabilità precontrattuale del Comune per avere dato corso ad una procedura selettiva e alla conseguente stipula dei contratti, *«senza tener conto di inderogabili prescrizioni di legge circa i requisiti per la partecipazione»*. Nel caso di specie, l'impresa aggiudicataria aveva omesso di presentare la certificazione attestante l'osservanza della normativa cogente sul diritto al lavoro dei disabili. Quanto alle ragioni di danno, imputava all'amministrazione *«di averla indotta a sostenere delle spese nel ragionevole convincimento della prosecuzione del rapporto fino alla scadenza»*.

L'ordinanza immediatamente successiva (la n. 6595/2011) si occupa di una questione che investe non già l'attività contrattuale, ma quella edilizia. Nel caso di specie, la concessione rilasciata al privato era stata annullata in sede giurisdizionale, in quanto tale provvedimento si fondava su un'attestazione rilasciata dal Comune, poi rivelatasi erronea, circa l'edificabilità dell'area interessata. Anche in questo caso, però, secondo le Sezioni unite, la parte danneggiata avrebbe fatto valere, come *causa petendi*, non già *«l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, ma la lesione dell'affidamento indotto dalla esistenza di una certificazione amministrativa (attestazione di edificabilità del suolo) ovvero di un atto amministrativo del quale si presume la legittimità (concessione edilizia)»*¹⁷. Da ciò deriva, come corollario, la configurabilità, nel caso, di una lesione non già dell'interesse legittimo, ma dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole per il privato.

Infine, l'ultima delle tre ordinanze in oggetto investe il pregiudizio lamentato dal titolare dello *ius aedificandi*, all'esito dell'annullamento della concessione edilizia. Secondo la Corte, una volta che il provvedi-

responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto».

¹⁷ Così, Cass., Sez. un., n. 6595, cit., § 2.3.

mento ampliativo è posto nel nulla, questo rileva non più al fine della rimozione di un ostacolo all'esercizio del diritto, ma *«esclusivamente come mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del neminem laedere, imputabile alla Pubblica Amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento ... di poter legittimamente procedere alla edificazione del fondo»*.

In conclusione, nel caso in esame, non diversamente dai casi costituenti oggetto delle precedenti due ordinanze, la tutela risarcitoria invocata si fonderebbe non già sull'esercizio illegittimo del potere, ma su *«un comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronunzia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare»*.

Sicché, i tre casi sono accomunati dal fatto di ancorare l'illecito civile, giudicato di natura aquiliana, all'affidamento incolpevole ingenerato sulla stabilità di un provvedimento ampliativo, poi rivelatosi illegittimo¹⁸. Anche se non può omettersi di considerare, tuttavia, come nell'ordinanza n. 6596 la responsabilità extracontrattuale del Comune conseguisse ad un'attività preordinata alla formazione di un contratto, nelle forme della pubblica evidenza¹⁹. Come già scriveva Giannini, la procedura selettiva non è in grado di escludere il carattere negoziale dell'attività²⁰. Questa,

¹⁸ L'ancoraggio dell'affidamento ingenerato nel privato alla stabilità del provvedimento è rimarcato da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, cit., pp. 466-467, concludendo che *«la violazione dell'affidamento ridonda in lesione di un interesse legittimo»*.

¹⁹ Si confronti, ad es., C. Stato, Sez. II, 20 novembre, 2020, n. 7237, secondo cui *«l'applicabilità delle disposizioni civilistiche, dunque, deriva dalla possibilità di equiparazione dell'amministrazione che agisce nella procedura volta alla conclusione di un contratto ad un contraente privato: tutte le fasi della procedura, infatti, si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale e, pertanto, il rispetto dei principi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. non può essere circoscritto al singolo periodo successivo alla determinazione del contraente»*.

²⁰ M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 151 ss.

infatti, permane attratta dal sintagma della “autonomia contrattuale”, che presiede la facoltà delle parti di autodeterminarsi assumendo obbligazioni²¹. La tesi è stata ribadita, di recente, dai giudici di palazzo Spada, secondo cui, «*sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali ...*»²².

Nelle altre due ordinanze, invece, il danno, anche se non può essere imputato alla illegittimità dell'uso del potere, può apparire meglio connesso al suo esercizio, che investe l'ambito dell'edilizia: per cui, se vi è affidamento, questo non verrebbe riposto in un comportamento, ma nella legittimità di un provvedimento, che è venuto meno, ledendo le aspettative del privato; detto in altri termini, la questione è se le condotte, fondanti le pretese risarcitorie, sono suscettibili, o meno, di collocarsi al di fuori del provvedimento favorevole.

Queste prime considerazioni richiedono, ora, di essere vagliate alla luce delle ulteriori pronunzie con cui le Sezioni unite hanno confermato l'indirizzo in esame. Anche se i rilievi che precedono consentono di dubitare che l'opzione a favore della giurisdizione ordinaria possa qualificarsi in modo monistico, specie alla luce dei casi affrontati e delle differenti prospettive che li caratterizzano. La sensazione percepita, a primo acchito, è che, tuttora, difetti un'elaborazione dogmatica, in condizione di costruire in modo adeguato il fatto illecito dell'ente pubblico. Il rischio paventato, infatti, è che, nel perseguire finalità di giustizia astrattamente condivisibili, gli approdi giurisprudenziali creino un'area di collisione in cui convivono elementi di carattere eterogeneo, mediante la sovrapposizione dei profili pubblicistici con quelli privatistici, senza un ordine preciso²³.

²¹ Sulla nozione, anche per i richiami alla vasta bibliografia esistente sull'argomento, si rinvia, da ult., a G. ALPA, *Autonomia contrattuale*, in *Contratto, Enc. dir., I tematici*, Milano, 2021, pp. 1 ss.

²² Così, C. Stato, Ad. plen., n. 21/2021, cit., § 8.

²³ È stato anche paventato il rischio che nella tutela risarcitoria nei confronti della P.A. «*abbiano ad affermarsi due giurisdizioni “comuni”, recanti principi ed indirizzi diversificati, non destinati ad incontrarsi nella funzione nomofilattica della Cassazione, visto il limite che alle decisioni del Consiglio di Stato pone la Costituzione (art. 111 ult. comma)*» (A. DI MAJO, *Rapporti senza potere e potere senza rapporti*, cit., p. 781).

3. *Analisi della giurisprudenza delle Sezioni unite, in tema di affidamento del privato nella P.A. e tutela risarcitoria: a) l'annullamento dell'atto di affidamento e l'interesse legittimo come pretesa al provvedimento favorevole; b) l'annullamento di un piano in materia urbanistico-edilizia; c) l'annullamento di atti in materia di edilizia popolare (l'affidamento come "fattispecie complessa" in cui l'annullamento del provvedimento favorevole, successivamente annullato, si configura solo come uno dei fatti costitutivi); d) la gestione del servizio di tesoreria e il "declassamento" dell'ente ospedaliero (verso un ridimensionamento del ruolo assolto dal provvedimento nella causazione del danno)*

a) Si è anticipato come la funzione nomofilattica delle Sezioni unite abbia registrato una battuta d'arresto, disattendendo le conclusioni alle quali erano pervenuti i tre *dicta* resi nel corso del 2011. Si consideri, in proposito, come la Corte regolatrice, in un caso affrontato nel 2017, abbia devoluto alla giurisdizione amministrativa l'azione risarcitoria promossa a fronte di un atto emanato in autotutela con cui, dopo l'aggiudicazione definitiva, l'amministrazione aveva annullato un affidamento²⁴.

La medesima Corte muoveva dalla premessa secondo cui, mentre gli artt. 6 e 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e l'art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., hanno attribuito al giudice amministrativo il contenzioso sulla procedura di affidamento dell'appalto, sono sottoposte alla cognizione del giudice ordinario, invece, le sole controversie che investono il contratto, nonché i diritti e gli obblighi in esso aventi fonte. Nel caso esaminato, all'esito dell'annullamento d'ufficio per carenza di copertura finanziaria, all'aggiudicazione non era seguita la stipula del contratto²⁵. Le Sezioni unite hanno riconosciuto la giurisdizione amministrativa, laddove l'azione di risarcimento del danno era conseguente ad una procedura di affidamento di appalto di opere pubbliche, fondata sulla violazione dell'obbligo di buona fede, essendo questa riferibile alla fase antecedente alla stipula del contratto²⁶.

²⁴ Cass., Sez. un., n. 13454/2017, cit.

²⁵ Si veda, ad es., Cass., Sez. un., 23 luglio 2013, n. 17858, in *Foro amm.*, 2013, p. 2671.

²⁶ In questo senso, C. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

Tuttavia, questa soluzione permane isolata, rappresentando una nota distonica che interrompe la linea di continuità, che contrassegna i giudizi sulla giurisdizione (anteriori e successivi) risolti dalla Suprema Corte. Richiamando, in più di un passaggio, il “trittico” delle ordinanze del 2011, le Sezioni unite, in una sentenza resa nel 2015, si sono occupate del caso in cui era stata annullata, in sede giurisdizionale, una concessione a costruire un’opera su un’area demaniale, in funzione della successiva gestione di un servizio pubblico²⁷. In base alle prospettazioni del concessionario, l’atto ampliativo della sua sfera giuridica, poi venuto meno, lo aveva indotto a confidare incolpevolmente nella legittimità dello stesso, cagionandogli un danno evocato nelle spese inutilmente sostenute e nel mancato guadagno.

Investita da un regolamento giurisdizione, la Corte, nel precisare il significato da attribuire alla “triade” di ordinanze del 2011, non ha mancato di replicare a talune delle critiche precedentemente sollevate sulla questione dalla dottrina. Ciò ha fatto, precisando come, nel caso di specie, non venisse in considerazione un interesse legittimo pretensivo, il cui oggetto si identifica non già «*nella postulazione a che si provveda legittimamente dall’Amministrazione*», ma «*nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell’interesse*»²⁸.

Se il provvedimento viene emesso, l’interesse del privato viene soddisfatto, anche se illegittimamente: e, fintanto che tale provvedimento

²⁷ Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit.

²⁸ Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit., § 8.1. e 8.2. Sul punto, criticamente, C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, cit., pp. 564 ss., il quale osserva, inoltre, che la situazione soggettiva «è sempre la medesima sia quando attende il provvedimento, sia quando lo riceve, sia quando lo vede annullare» (ivi, p. 574). La tesi secondo cui l’oggetto dell’interesse legittimo è rappresentato dal provvedimento (non già legittimo, ma) favorevole, con l’effetto di conservare o fare acquisire al titolare di tale interesse il bene della vita (di cui dispone o a cui aspira) è autorevolmente propugnata in dottrina in due varianti: quella della concezione “strumentale” (ampiamente, F.G. SCOCA, *ult. op. cit.*, pp. 410 ss.; ID., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. VI, Milano, 2002, pp. 75 ss.) e quella della concezione “sostanziale” (G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, cit.; ID., *Il rapporto del cittadino e le vicende della posizione del cittadino*, cit.; e ID., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, cit., pp. 204 ss.).

non venga rimosso (in sede giurisdizionale o in via di autotutela), non soltanto non v'è lesione dell'interesse legittimo, ma non è, neppure, configurabile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., un danno ingiusto, che potrebbe essere invocato solamente dal controinteressato. Una volta che il provvedimento risulta rimosso, l'interesse legittimo, che era stato soddisfatto illegittimamente, diviene insoddisfatto legittimamente: sempre secondo la Corte, *«ciò che il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi, denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio»*.

In conclusione, la responsabilità (extracontrattuale) della P.A. discende *«dalla lesione dell'integrità del patrimonio del beneficiario riconducibile ad una fattispecie complessa, rappresentata dall'esser stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di un affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile»*²⁹.

Gli argomenti spesi nel *decisum* possono legittimare qualche dubbio, in ordine alla estraneità del potere e del suo esercizio alla causazione del danno: questo, tra l'altro, è stato identificato dalla Corte nella lesione all'integrità del patrimonio, laddove il privato lamentava di avere sostenuto inutilmente delle spese e di non avere conseguito il guadagno sperato. Sembra, piuttosto, che la lesione derivasse unicamente dal venir meno del provvedimento e che, pertanto, residuasse uno spazio angusto per configurare una condotta illecita dell'ente pubblico. Non di meno, il *dictum* ha escluso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto nel caso esaminato non era configurabile alcuna controversia sull'esercizio dell'azione autoritativa³⁰.

b) La pronunzia appena esaminata è stata richiamata dalla Corte di cassazione in un altro caso, nel quale è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario. Una società lamentava di avere subito un danno, conseguente all'acquisto di quote sociali di altre società e al-

²⁹ Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit., § 8.3.

³⁰ Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit., § 9.

l'attività progettuale svolta, in ragione della lesione dell'affidamento nel quale era stata indotta da un piano provinciale delle attività produttive (P.P.A.P.), successivamente annullato dal giudice amministrativo, a fronte del ricorso proposto da soggetti terzi³¹. Ad avviso della Corte, un dissidio tra privato e pubblica amministrazione, ormai, non era più configurabile, proprio in seguito all'annullamento giurisdizionale del provvedimento ampliativo. *«La questione ... prospettata dal privato concerne invece l'attitudine del pregresso esercizio del potere siccome sfociato nel provvedimento illegittimo a determinare come conseguenza causale l'insorgenza di un incolpevole affidamento del privato beneficiario nella permanenza della situazione di vantaggio. La questione riguarda, dunque, l'apprezzamento del comportamento tenuto dalla p.a. come espressione dell'esercizio del potere bensì nella sua oggettiva idoneità a determinare l'affidamento»*³².

c) Ancora, la medesima Corte ha evocato la lesione di un diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio per avere sopportato perdite o mancati guadagni in ragione dell'affidamento riposto in atti amministrativi concernenti la realizzazione di fabbricati di tipo economico popolare, oggetto di convenzione con l'ente locale ed annullati in via di autotutela con delibera giudicata legittima dal giudice amministrativo³³.

La pronuncia in commento, negando la configurabilità dei presupposti per affermare la giurisdizione esclusiva, ha evocato, in continuità con la precedente giurisprudenza, l'esistenza di "una fattispecie complessa" nella quale, come ha precisato, l'emissione del provvedimento favorevole, successivamente annullato, si configura solo come uno dei fatti costitutivi. Gli ulteriori elementi necessari, tuttavia, non vengono indicati, anche se l'affermazione sembra intesa semplicemente a circoscrivere portata ed effetti della potestà amministrativa sulla "fattispecie complessa", da cui germinerebbe il torto aquiliano.

d) Di particolare interesse, poi, è la pregevole parte motiva nella quale

³¹ Cass., Sez. un., n. 19171/2017, cit.

³² Cass., Sez. un., n. 19171/2017, cit., §§ 9.1 e 9.2.

³³ Cass., Sez. un., n. 1654/2018, cit.

le Sezioni unite³⁴, confermando la pronunzia resa dalla Corte territoriale, sono state investite dalle domande risarcitorie proposte, nei confronti di una Regione, da parte di un ente creditizio al quale era stata affidata la gestione del servizio di tesoreria di un ente ospedaliero³⁵.

La banca si doleva, in particolare, di avere subito una lesione del proprio diritto di credito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., a fronte del "declassamento" dell'ente in questione da struttura ospedaliera pubblica a struttura privata accreditata, con il conseguente mutamento dell'erogazione del finanziamento pubblico. La sussistenza della giurisdizione amministrativa, investita dal primo motivo di ricorso, è stata esclusa dalla Corte, riconoscendo che la lesione dell'affidamento ingenerato a favore della banca, circa la ricollocazione dell'ente nell'ambito del servizio pubblico ospedaliero con mancata erogazione di finanziamenti pubblici, fosse derivata da un comportamento ingiusto, ambiguo e contraddittorio, costituente fonte del danno fatto valere.

La sentenza in esame ha anche precisato che, in relazione alla lesione dell'affidamento, «*le delibere hanno assunto il ruolo di un mero presupposto di fatto*»³⁶: sembrerebbe trattarsi, perciò, di uno degli elementi che hanno consentito (o agevolato) la realizzazione dell'illecito, senza, tuttavia, integrare un elemento costitutivo della fattispecie, in quanto il pregiudizio economico subito risulterebbe ancorato all'attività materiale rappresentata dall'esecuzione degli atti solutori³⁷.

³⁴ Cass., Sez. un., n. 12635/2019, cit.

³⁵ Questo veniva effettuato, di conseguenza, «*non più con riferimento al parametro dei costi per l'esecuzione delle prestazioni, bensì a quello (inferiore) del valore delle medesime*».

³⁶ Come si legge nella parte conclusiva della decisione.

³⁷ La pronuncia evoca, in particolare, la mancata "girata" delle somme liquide necessarie «*al fine di riequilibrare le anticipazioni di cassa erogate in forma di scoperto di conto corrente, giusta la concessa copertura del credito*».

4. *Le Sezioni unite, nel 2021, di fronte alla domanda risarcitoria proposta nei confronti del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per la propria condotta omissiva, in punto di ammissione alla CIGS. La sentenza n. 615/2021 precisa che: a) la responsabilità è da condotta (senza collegamenti diretti con il provvedimento); b) la responsabilità (non è più aquiliana, ma) deriva da "contatto sociale"; c) non è configurabile (la lesione di) un diritto all'integrità del patrimonio; d) il principio comunitario del legittimo affidamento si applica alla P.A.*

Merita di essere segnalato un ultimo caso³⁸, tra quelli selezionati nella disamina condotta in queste pagine. Il caso è stato sottoposto alla Suprema Corte, dinanzi alla quale era stata rimessa la declinatoria della giurisdizione, disposta dalla Corte territoriale adita. Questa aveva riformato la sentenza con cui il giudice di primo grado aveva condannato il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali al risarcimento del danno. In tale giudizio la società datrice di lavoro aveva convenuto congiuntamente l'INPS-Istituto della Previdenza Sociale e il citato Ministero, a cui aveva contestato di essere «rimasto inerte» e di non avere «dato alcun riscontro, né positivo né negativo, alle richieste di ammissione» alla Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS), al fine di fare fronte ad una crisi aziendale. Il fatto costitutivo della domanda giudiziale era stato identificato nel «mancato rispetto dell'affidamento ingenerato dalla condotta tenuta dal Ministero nella fase antecedente l'istanza di intervento della CIGS».

La pronunzia in commento richiama non soltanto l'indirizzo inaugurato, nel 2011, dalle Sezioni unite³⁹, ma anche l'Adunanza plenaria n. 5/2018. Pur tenendo conto dell'orientamento minoritario di segno opposto⁴⁰, essa si prefigge di dare continuità ai principi affermati, affinandoli mediante il ricorso ad un percorso argomentativo più coerente. La Corte richiama, innanzi tutto, la propria giurisprudenza in tema di integrazione

³⁸ Si tratta di Cass., Sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615. In numerosi passi del *decisum* sono rinvenibili alcuni richiami anche a Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit.

³⁹ Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596/2011, citt.

⁴⁰ Si tratta di Cass., Sez. un., n. 13194/2018, cit., Cass., Sez. un., n. 13454/2017, cit., e Cass., Sez. un., n. 8057/2016, cit., tutte richiamate al § 29 della sentenza in commento.

salariale⁴¹, ricordando come la posizione sostantiva del datore di lavoro assuma la consistenza di diritto soggettivo solamente dopo l'adozione del provvedimento che accorda il trattamento richiesto e non prima, quando è titolare di un interesse legittimo, tutelabile dinanzi alla giurisdizione amministrativa⁴².

Il *dictum* in commento, inserendosi nel solco dell'orientamento maggioritario, sottolinea come la parte ricorrente abbia denunciato «il comportamento complessivo tenuto dal Ministero nella fase propedeutica alla valutazione della richiesta stessa, comportamento che è privo di collegamento, anche mediato, con l'esercizio di un potere amministrativo in ordine alla concessione della CIGS, potere mai esercitato, come è indiscusso tra le parti»: ed, infatti, come rimarca, «ciò che è stato domandato è il risarcimento di un danno da comportamento e non da provvedimento»⁴³, in quanto «l'amministrazione non ha realizzato alcun atto di esercizio del potere amministrativo e il rapporto tra la stessa e il privato si gioca interamente sul piano del comportamento ("dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato")»⁴⁴.

⁴¹ Ai §§ 16-21.

⁴² In questo senso, ad es., Cass., Sez. un., 30 agosto 2018, n. 21435, secondo cui «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la domanda con cui si contesti il mancato pagamento integrale, da parte dell'INPS, dell'indennità di mobilità in deroga successivamente sia al decreto dirigenziale della Regione di autorizzazione della concessione del beneficio, con inclusione del lavoratore tra i relativi destinatari, sia al conseguente provvedimento dell'INPS, venendo in considerazione una posizione di diritto soggettivo – avente origine dal provvedimento di ammissione al beneficio ed attinente, in particolare, alle modalità di corresponsione di quest'ultimo – vantata dal lavoratore medesimo nei confronti dell'Istituto». Conformemente, da ult., App. Catanzaro, Sez. lav., 4 maggio 2021, n. 536, «in materia di ammortizzatori sociali ed altre forme di sostegno all'occupazione (quale C.I.G. e mobilità in deroga), sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie riguardanti la fase anteriore al provvedimento di autorizzazione (o di negazione) dell'integrazione salariale; sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative alla fase successiva al detto provvedimento, fase nella quale si delineano posizioni di diritto soggettivo, nei rapporti giuridici nascenti dal provvedimento medesimo e intercorrenti tra imprenditore e INPS oppure tra lavoratori e INPS».

⁴³ Così, si legge nella parte motiva, ai §§ 23 e 24.

⁴⁴ Come prosegue la pronunzia in commento, al § 33.

Ancora, la sentenza di cui ci si occupa chiarisce che resta «*ben ferma la differenza tra le regole pubblicistiche e quelle privatistiche*», le quali opere-rebbero non già «*in sequenza temporale*», ma «*in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e diverse conseguenza*», ribadendo, così, la distinzione, condivisa con i giudici di palazzo Spada, tra regole di diritto pubblico, che investono la validità del provvedimento, e regole di diritto privato, che danno luogo a responsabilità⁴⁵, avendo «*ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere)*»⁴⁶. Merita rilevare, a tale riguardo, come le Sezioni unite civili abbiano posto in risalto la separatezza che contraddistingue la relazione configurabile tra esercizio del potere e condotta, il cui collegamento, divenuto “indiretto”, tende, ora, a sfumare, fino ad essere espunto dalla fattispecie costitutiva dell'illecito.

Ma la decisione in esame va oltre ancora, svolgendo alcune considerazioni degne di nota, che si colorano sul piano squisitamente dogmatico. Va ricordato, innanzi tutto, come le tre “ordinanze gemelle” del 2011 (e con esso le pronunzie da esso discendenti) prestassero adesione alla costruzione dell'illecito, secondo il parametro dell'ingiustizia del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ebbene, la sentenza n. 615/2021 delle Sezioni unite, registra, sul punto, un importante *revirement*, giungendo ad affermare che la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato, ora, si configura «*come responsabilità da contatto sociale, qualificato dallo status della pubblica amministrazione*»⁴⁷. Da un lato, esclude che le aspettative

⁴⁵ Per questa distinzione, in giurisprudenza, si confronti Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (pubblicata anche in *BBTC*, 2010, I, p. 686; *Danno e resp.*, 2008, p. 525; *Foro it.*, 2008, I, c. 784; *Giur. comm.*, 2008, II, p. 604; *Giust. civ.*, 2008, p. 2775), secondo cui «*dalla violazione dei doveri di comportamento, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario, discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso*».

⁴⁶ Sul punto, *amplius*, gli argomenti spesi al § 39 della pronunzia in commento.

⁴⁷ In questi termini si esprime la sentenza in oggetto, al § 42, precisando che «*il rap-*

generate dal comportamento (e non dal provvedimento) della P.A. ledano un “diritto soggettivo alla conservazione del patrimonio”⁴⁸; dall’altro lato, poi, invoca i principi del diritto dell’Unione europea, richiamando due decisioni della Corte di giustizia, facenti applicazione del principio del legittimo affidamento⁴⁹; e, infine, fa propria «la nozione di diritto am-

porto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni “in conformità dell’ordinamento giuridico” (art. 1173 c.c.), dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazioni, ma reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, in virtù degli artt. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 1337 c.c. (buona fede)». Cosicché, il regime applicabile viene ricondotto alla «responsabilità relazionale o da contatto sociale qualificato allo schema della responsabilità contrattuale, precisando che tale inquadramento non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto» (ivi, § 43). La Corte chiarisce anche «che la ricostruzione della responsabilità da lesione dell’affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione in termini di responsabilità da contatto sociale trova forte radicamento nell’art. 1173 c.c., che prevede che “le obbligazioni derivano da contratto o da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico” (ivi, § 45). Infine, Il Collegio osserva al riguardo che gli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, imposti dall’art. 1175 c.c. (correttezza), art. 1176 c.c. (diligenza) e art. 1337 c.c. (buona fede) hanno ormai assunto una funzione ed un ambito applicativo più ampi rispetto a quella concepiti dal codice civile del 1942, e non possono essere più considerati strumentali solo alla conclusione di un contratto valido e socialmente utile, ma anche alla tutela del diritto, di derivazione costituzionale (art. 41 Cost., comma 1), di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza».

⁴⁸ In quanto un simile diritto «il patrimonio di un soggetto è l’insieme di tutte le situazioni soggettive, aventi valore economico, che al medesimo fanno capo, sicché la conservazione dell’integrità del patrimonio altro non è che altro non è che la conservazione di ciascuno dei diritti e delle altre situazioni soggettive che lo compongono e si risolve in una formula descrittiva che unifica in una sintesi verbale la pluralità delle situazioni soggettive che fanno capo ad un soggetto» (ivi, § 41).

⁴⁹ Si tratta, in particolare, di «CGUE 3 maggio 1978 C12/77 Topfer, CGUE 14.3.2013 C-545/2011 Agrargenossenschaft Neuzelle, CGUE 23 gennaio 2019 C-419/17, Deza a.s.))» (sentenza, § 49). Sul principio in esame nel diritto dell’Unione si vedano, *ex aliis*, S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, III ed., Milano, 2009, pp. 17-18; D.U. GALETTA, *La tutela dell’affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un’analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008,

ministrativo paritario»⁵⁰, ancorata all'art. 97, comma 2 (olim 1), Cost., «che postula un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e di buona amministrazione»⁵¹.

5. *L'affidamento tra Corte di giustizia e Corte costituzionale (rinvio). La responsabilità per lesione dell'affidamento riposto dal privato nella P.A. tra unitarietà e pluralismi interpretativi. Cassazione e Consiglio di Stato: un dialogo tra assonanze e divergenze. L'affidamento nella elaborazione dei gius-privatisti (rinvio).*

Gli ultimi punti, sopra solo accennati, appaiono, parimenti, degni di nota. Il richiamo al diritto eurounitario non può, di certo, essere sotto-

pp. 757 ss.; S. ANTONIAZZI, *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *RIDPC*, 2002, pp. 1130 ss.

Vale considerare anche come, secondo l'indirizzo inaugurato da Cass., Sez. trib., 10 ottobre 2002, n. 17576, secondo la Corte regolatrice, il principio della tutela del legittimo affidamento, consacrato dall'art. 10, I alinea, della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. "Statuto del contribuente"), è immanente nei rapporti di diritto pubblico costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto. Tale orientamento, in seguito, si è andato consolidando (Cass., Sez. trib., 6 ottobre 2006, n. 21513, e, poi, Cass., Sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 537). Da ult., si confronti Cass., Sez. trib., 11 maggio 2021, n. 12372, ha affermato che, «*in tema di legittimo affidamento del contribuente di fronte all'azione dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi della L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 1, costituisce situazione tutelabile quella caratterizzata: a) da un'apparente legittimità e coerenza dell'attività dell'Amministrazione finanziaria in senso favorevole al contribuente; b) dalla buona fede del contribuente, rilevabile dalla sua condotta, in quanto connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del dovere di correttezza gravante sul medesimo; c) dall'eventuale esistenza di circostanze specifiche e rilevanti, idonee ad indicare la sussistenza dei due presupposti che precedono. La relativa tutela – pur tipizzata in talune più ricorrenti ipotesi (quali, ad esempio, la L. n. 212 cit., art. 10, comma 2) – non è ancorata a schemi precostituiti ed al modello formale della validità/invalidità dell'atto, ma richiede una valutazione in concreto in relazione alla diversità delle fattispecie e delle situazioni*».

⁵⁰ Il riferimento è, ovviamente, alla nota espressione coniata da F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, ora, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3223 ss.

⁵¹ Così la sentenza in esame, al § 48.

valutato, in riferimento non soltanto all'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, ma anche all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, specie per la sua idoneità ad essere declinato congiuntamente all'art. 97, comma 2, Cost.⁵². Piuttosto, si rende necessario verificare, nelle pagine che seguono, l'appropriatezza del richiamo al principio del legittimo affidamento, esaminandone il contenuto, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, che è solita farne uso in modo ampio e diffuso.

Non diversamente, del resto, i giudici del palazzo della Consulta si occupano del principio dell'affidamento, che la stessa considera come di rango costituzionale, rinvenendone il fondamento nell'art. 3 Cost.⁵³. Ma se,

⁵² Si confronti, ad es., Cass., Sez. lav., 20 giugno 2016, n. 12678, secondo cui «la Corte Costituzionale ha più volte richiamato, a fini interpretativi, le disposizioni della Carta di Nizza in questioni "non di diritto Europeo" ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa» (ivi, § 58). Il richiamo operato è a C. cost., 23 luglio 2015, n. 178, § 16, che si riferisce, in particolare, al «diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi», riconosciuto dall'art. 28 della Carta, anche in collegamento all'art. 152, § 1, TFUE, secondo cui «l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali ...».

Merita ricordare anche che la sopra citata pronunzia della Suprema ritiene che «le clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.» siano «applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.» (ivi, §§ 36 e 38).

⁵³ Da ult., C. cost., 23 giugno 2020, n. 118, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 ("Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati"), nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, a favore di chiunque abbia riportato lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione contro il contagio dal virus dell'epatite A. Secondo la pronuncia, «quel che conta, è comunque l'affidamento che il singolo, chiunque egli sia (soggetto a rischio o non), ripone nella raccomandazione delle autorità sanitarie, ed è anche a partire da questo suo punto di vista che devono essere delineati i fondamenti della tutela indennitaria». La decisione si inserisce nel filone giurisprudenziale seguito da C. cost., 14 dicembre 2017, n. 267, espressamente richiamata, secondo cui vengono in gioco i principi di solidarietà, ragionevolezza e tutela della salute, anche collettiva (artt. 2, 3 e 32 Cost.). *Ex aliis*, sempre in tema di affidamento, C. cost., 23 giugno 2017, n. 147, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2947; C. cost., 5 novembre 2015, n. 216, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2000, e in *Giust. civ.*, 2015, p. 370; C. cost., 14 luglio

per un verso, il giudice delle leggi identifica nell'affidamento un tratto identitario dello Stato di diritto, come si legge in numerose pronunce; per altro verso, passandosi dalle affermazioni generali e di principio all'applicazione del canone in esame, il concetto viene utilizzato di frequente per giustificare, in concreto, un sacrificio che viene giudicato legittimo⁵⁴.

Anche se non pare fuori luogo evocare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., tramite il principio del giusto processo, previsto dall'art. 6 della Convenzione EDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, in riferimento alle leggi interpretative e retroattive, ritenute in grado di radicare un affidamento legittimo⁵⁵. Il che impone di analizzare l'im-

2015, n. 153, in *Giust. civ.*, 2015, p. 1287. Sulla relativa tematica, con specifico riguardo alla tutela dell'affidamento del cittadino, nei confronti del legislatore, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 26 ss.

⁵⁴ Come viene sottolineato, analogamente, da A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 33, specialmente in nota, contenente ampi richiami alla giurisprudenza della Corte.

⁵⁵ Si tratta di un orientamento risalente: Corte EDU, 20 novembre 1995, *Pressos Campania Naviera S.A. et al. v. Meglio*, ricorso n. 17849 e Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries & Stratis Andrearis v. Greece*, ricorso n. 13427/87. Più di recente, in senso analogo, Corte EDU, Sez. I, 10 luglio 2018, *Aielli e altri c. Italia*, §§ 43-46; Corte EDU, II, 24 giugno 2014, *Azienda agricola Silverfunghi c. Italia*, ricorsi nn. 52687/07 e 52701/07, §§ 77; Corte EDU, Sez. II, 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*, ricorso n. 17972/07, §§ 42-51; Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2012, *Anna de Rosa e altri c. Italia*, ricorsi nn. 52888/08, 58528/08, 59194/08, 60462/08, 60473/08, 60628/08, 61116/08, 61131/08, 61139/08, 61143/08, 610/09, 4995/09, 5068/09, 5141/09, §§ 58-65. La Corte di Strasburgo è orientata a vietare le interferenze del legislatore nazionale nell'amministrazione della giustizia, tali da influenzare l'esito della lite, fatta eccezione per motivi imperativi. A differenti conclusioni è approdato, invece, il giudice delle leggi: *ex aliis*, C. cost., 21 novembre 2011, n. 241, in *Foro amm.*, 2020, p. 391, e C. cost., 5 gennaio 2011, n. 1, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1. In dottrina, specialmente, V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III ed., Bologna, 2022, pp. 238 ss.; A. MASARACCHIA, *Insegnamento in scuole "di montagna" e affidamento ingenerato: un nuovo arretramento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 93; P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3671. Si confronti anche S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *RIDPC*, 2010, pp. 1277 ss. Nel *common law*, S. SCHÖNBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

piego di tale termine, il cui significato e la cui portata potrebbero risultare non coincidenti. In disparte, poi, la questione della relazione configurabile tra il legittimo affidamento e la nozione civilistica di buona fede.

Come si vede, si tratta di argomenti che permangono sul tappeto e impongono, ancora, di essere esaminati, mediante un serrato confronto con la giurisprudenza domestica. Innanzi tutto, con quella della “guardiana” del riparto tra le giurisdizioni, le cui conclusioni, talora, sono risultate disomogenee, non tanto sul piano motivazionale e, neppure, su quello concettuale, se si considera che la Corte è solita fare impiego del consueto *toolkit*; piuttosto, i casi decisi ricomprendono situazioni che non sempre appaiono suscettibili di essere inquadrare unitariamente, reputandosi di avere dimostrato come, al di là delle formule e degli schemi utilizzati, le pronunzie esaminate si siano sforzate di coniugare un panorama assai frammentato: i casi affrontati, infatti, denotano un *arc en ciel* di situazioni nelle quali i profili privatistici tendono a sovrapporsi a quelli pubblicistici, con una generale prevalenza dei primi sui secondi⁵⁶.

Quanto al rapporto tra Corte di cassazione e giurisdizione amministrativa, vale ricordare che le pronunzie esaminate richiamano, spesso, l'Adunanza plenaria n. 5/2018, in presenza di significativi punti di convergenza, il principale dei quali sembra rappresentato dalla distinzione tra condotta e responsabilità, da una parte, e provvedimento e validità, dall'altra. Tra l'altro, mentre la recente Adunanza n. 7/2021 ha inquadrato la responsabilità della P.A. in quella extracontrattuale, in cui ha ricompreso quella per ritardo nella conclusione del procedimento, nel più recente orientamento la Cassazione ha manifestato la propria adesione alla figura della responsabilità da “contatto sociale”.

Ma la questione più spinosa resta quella dell'identificazione della giurisdizione a cui devolvere la cognizione della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento incolpevole riposto dal privato. Il punto d'approdo della giurisdizione amministrativa viene scolpito nell'or-

⁵⁶ Questa osservazione appare condivisa da V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, cit., pp. 801 ss., rimarcando convincentemente come l'affidamento possa riguardare «attività e settori disparati», essendo in grado di regolare posizioni inerenti diritti soggettivi, così come interessi legittimi: non sarebbe, dunque, l'affidamento, almeno di per sé, ad attrarre l'attività della P.A., in guisa da condurla sul piano privatistico ovvero su quello pubblicistico.

dinanza n. 2013/2021⁵⁷, con cui il Consiglio di Stato ha deferito tale questione all'Adunanza plenaria. Molta giurisprudenza dei giudici di palazzo Spada è allineata a quella della Suprema Corte⁵⁸; talora, invece, i

⁵⁷ Si tratta di C. Stato, Sez. II, n. 2013/2021. L'ordinanza si occupa, in via pregiudiziale di rito, di deferire all'Adunanza la questione dell'ammissibilità del primo motivo d'impugnazione, con cui la parte che aveva adito il Tribunale amministrativo regionale ha contestato, in grado d'appello, la sua giurisdizione. Come rimarca l'ordinanza, al § 9, il Consiglio di Stato sarebbe orientato a negare che chi abbia adito il giudice amministrativo possa, in seguito, contestare la sua giurisdizione (così, ad es., C. Stato, Sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247, e C. Stato, Sez. V, 13 agosto 2018, n. 4934). Tale conclusione trova conferma nella pronunzia resa dall'Adunanza plenaria (n. 19/2021, cit.), richiamando il proprio consolidato orientamento (§§ 1-6) e, segnatamente, C. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2017, n. 4 (§ 3). La tesi, in sintesi, si fonda su tre ordini di argomenti: a) l'incompatibilità tra il comportamento strumentale del ricorrente nel contestare la giurisdizione dallo stesso adita, in riferimento al divieto di abuso del processo e al principio della sua ragionevole durata; b) *«l'assenza di un interesse ad appellare il capo autonomo della decisione concernente la questione pregiudiziale»* (ivi, § 2); c) *«l'esistenza di un rimedio tipico per dirimere in via definitiva ed immodificabile i dubbi sulla giurisdizione, e cioè il regolamento preventivo di giurisdizione davanti alle Sezioni unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 41 cod. proc. civ., che, secondo la giurisprudenza di quest'ultima, può essere proposto anche dall'attore a fronte dell'altrui contestazione (in questo senso, di recente, Cass., SS.UU., ord. 22 aprile 2021, n. 10742...)»*.

Vale ricordare, in proposito, che, secondo la Corte di cassazione, invece, la giurisdizione potrebbe essere sempre posta in discussione, con il solo limite della formazione del giudicato interno. Si veda, ad es., Cass., Sez. un., 20 maggio 2014, n. 11022, precisando che le Sezioni unite *«hanno, invero, già avuto modo di affermare – non solo che la natura oggettiva dell'interesse alla retta soluzione del problema di giurisdizione comporta la proponibilità del ricorso per regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c. anche da parte di chi, avendo instaurato il giudizio di merito non ancora definito, abbia poi spontaneamente dubitato della correttezza della propria iniziativa (cfr.: Cass., ss.uu., 27997/13, 4704/02, 217/01, 11548/98) – ma, altresì, che la questione di giurisdizione può essere sempre proposta, anche nel giudizio di cassazione ex art. 362 c.p.c., purché (come nella specie) almeno una delle parti l'abbia sollevata tempestivamente in appello (con ciò impedendo la formazione del giudicato sul punto) ed hanno precisato che, in presenza dell'indicata condizione, la questione di giurisdizione (salvo reprimenda sul piano della regolamentazione delle spese del giudizio) può essere posta, in funzione di interesse correlato alla posizione di merito, anche dalla parte che, nei pregressi gradi, abbia assunto in proposito opposta determinazione (cfr. Cass., ss.uu., 7097/11)»*.

⁵⁸ Da ult., C. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011. Si vedano anche C. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980, e C. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293.

medesimi giudici, sempre in caso di lesione dell'affidamento, hanno fatto rientrare la tutela risarcitoria nella giurisdizione esclusiva⁵⁹.

Non pare fuori luogo ricordare, inoltre, come l'ordinanza in questione metta in luce talune criticità imputabili all'orientamento della medesima Corte. Vale richiamare, in proposito, il rilievo in base al quale un provvedimento «*seppur illegittimo e caducato da una pronuncia giurisdizionale, non può essere degradato a mero comportamento della pubblica amministrazione non collegato, neppure mediatamente, peraltro sollecitato dal privato*». Una seconda questione, poi, investe l'elemento soggettivo, che deve connotare la condotta dell'apparato amministrativo, in ordine alla causazione del danno. Sul punto, l'ordinanza di rimessione si interroga, tra l'altro, sulla configurazione dell'affidamento come istituto giuridico, anche in relazione alla situazione soggettiva del privato.

La nozione in oggetto impone di essere analizzata nelle pagine successive, tenendosi conto, ovviamente, della letteratura civilistica, la quale, meglio di ogni altra e da più tempo, l'ha elaborata e sviluppata con dovizia di argomenti. Il rischio è che le conclusioni a cui perviene la giurisdizione amministrativa risultino disarmoniche, rispetto al sistema al quale, nell'ultimo decennio, sono approdate le Sezioni unite civili. Ebbene, l'Adunanza plenaria n. 19/2021, nel rispondere ai quesiti ad essa sottoposti dall'ordinanza n. 2013/2021, muovendo dalla condivisibile constatazione che «*l'affidamento è un principio generale dell'azione amministrativa*»⁶⁰, ha puntualizzato che «*la validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi*» (§§ 10-11).

Ha formulato, di conseguenza, il seguente principio di diritto: «*nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti all'esercizio del pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti*

⁵⁹ C. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857.

⁶⁰ Si veda già C. Stato, Sez. VI, n. 5011/2020, cit., richiamato, al § 11, dalla sentenza dell'Adunanza plenaria, secondo la quale l'affidamento «*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*».

contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi» (§ 14).

I “rapporti di diritto amministrativo”, ai quali inerisce la *puissance publique*, sembrano declinabili in modo unitario alla stregua del principio di diritto enunciato, come se l'affidamento fosse correlabile ad una buona fede suscettibile di essere intesa, indistintamente, tanto come dovere di osservanza delle regole di correttezza, quanto come stato soggettivo, a cui va correlato il richiamo operato all'art. 1147, comma 2, c.c., secondo cui (nel possesso in buona fede) «*la buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave*» (ivi, § 17).

Si tratta, invero, di una conclusione poco persuasiva, che merita di essere considerata alla luce dell'analisi che verrà condotta nel capitolo seguente, nel quadro di quei «*rapporti di diritto civile*», invocati dalla stessa Adunanza plenaria nella sentenza in commento (§ 11).

CAPITOLO IV

VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE, LESIONE DELL’AFFIDAMENTO E TUTELA RISARCITORIA NEI CONFRONTI DELLA P.A.

SOMMARIO: 1. Affidamento e buona fede. Nozione soggettiva e nozione oggettiva di buona fede. *Bona fides* e *fides bona*. Buona fede e obblighi di correttezza: una clausola generale. L’attività negoziale. Doveri solidaristici e art. 2 Cost. (cenni). – 2. L’affidamento (e la sua tutela) negli atti di secondo grado. Affidamento illegittimo e affidamento incolpevole. Annullamento d’ufficio e bilanciamento degli interessi. Revoca degli atti amministrativi, indennizzo e fatto lecito dannoso (cenni). Stabilità del provvedimento e principio di legalità. Buona fede e attività (non) negoziale. – 3. P.A. e attività di diritto privato. Buona fede in astratto e in concreto. Affidamento soggettivo e oggettivo. Responsabilità contrattuale e torto aquiliano. Prova liberatoria e mancanza di colpa. Responsabilità per violazione della disciplina degli appalti pubblici. Casi di responsabilità della P.A. per lesione dell’affidamento del privato. – 4. Casi di responsabilità della P.A. per lesione dell’affidamento riposto dal privato: non aggiudicazione all’esito di una procedura selettiva; contraddittorietà e/o scarsa intellegibilità delle previsioni contenute nel bando di gara; finanza di progetto; procrastinazione di una procedura *ab origine* affetta da invalidità; insufficienza delle risorse necessarie per eseguire l’intervento programmato. Conclusione: violazione delle regole della correttezza in un’area esterna a quella dell’esercizio del potere su cui si fonda l’affidamento violato. 5. Non colpevolezza e buona fede. Gli obblighi di buona fede tra art. 1337 c.c. e art. 1375 c.c. Il c.d. “danno da affidamento procedimentale”: rilievi critici. Gli accordi previsti dall’art. 11 legge n. 241/1990 (cenni). Obblighi di protezione e divieto del *neminem laedere*. Conclusioni. – 6. Attività amministrativa e principi dell’ordinamento comunitario. L’art. 1, comma 1, legge n. 241/1990. Corte di cassazione e Consiglio di Stato richiamano il principio del legittimo affidamento, secondo il diritto dell’Unione. Necessità di un’analisi del principio e della pertinenza dei richiami ad esso operati dalla giurisprudenza domestica. – 7. (*Segue*): breve analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Legittimo affidamento e certezza del diritto. Limiti e deroghe alla tutela del legittimo affidamento. Legittimo affidamento e

concezione soggettiva nel diritto dell'Unione. Ultimi approdi delle Sezioni unite in tema di buona fede, obblighi di protezione e tutela dell'affidamento nel diritto privato.

1. *Affidamento e buona fede. Nozione soggettiva e nozione oggettiva di buona fede. Bona fides e fides bona. Buona fede e obblighi di correttezza: una clausola generale. L'attività negoziale. Doveri solidaristici e art. 2 Cost. (cenni).*

La disamina condotta nel capitolo precedente ha consentito di tracciare un quadro degli orientamenti giurisprudenziali che, nel corso dell'ultimo decennio, hanno interessato la tutela risarcitoria accordata al privato, nei confronti della P.A. L'interesse suscitato dalle pronunzie rese dalle Sezioni unite, specialmente tra gli Studiosi del diritto amministrativo, ha investito, almeno in misura prevalente, il riparto tra le giurisdizioni.

Per converso, «*minore attenzione*» è stata dedicata alla questione delle condizioni alle quali può accordarsi «*la tutela risarcitoria del privato*»¹. La distribuzione della cognizione delle controversie tra i plessi giurisdizionali ha rivestito carattere assorbente, finendo per acquisire, nel dibattito in corso, una posizione centrale, quasi che l'accertamento dei presupposti per l'accertamento della responsabilità rivestisse un carattere marginale.

Se la rilevanza della questione del riparto, di certo, non è in dubbio, permane, comunque, una sorta di sbilanciamento, a favore della tutela giurisdizionale, tale da scolorire la strumentalità che è propria del processo², rendendo recessiva l'identificazione della fattispecie sostanziale. Ecco perché può apparire riduttivo ricondurre la tematica in esame alla mera identificazione delle situazioni sostantive di cui è titolare il privato, in

¹ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 845.

² In argomento, ad es., in correlazione alla tendenziale atipicità delle azioni nel codice del processo amministrativo, M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 ss.

funzione di una disputa orientata sul ritaglio dei confini tra le giurisdizioni³.

Vero è che, da tempo, l’affidamento è entrato a fare parte del diritto amministrativo, dove, ormai, ha acquisito cittadinanza⁴: ciò sia quando la P.A. agisce come autorità⁵, sia quando la sua condotta si colloca nell’ambito dei rapporti intersoggettivi. Il che pone sul tappeto una prima questione, in grado di investire il significato e la funzione da attribuirsi all’affidamento, anche in relazione ad istituti ad esso contigui, come quello, di matrice romanistica, della buona fede.

È chiaro, innanzi tutto, che l’affidamento non è una situazione soggettiva, non avendone la struttura e non condividendone la funzione⁶. Semmai, può influire, unitamente ad altri elementi, a determinare la consistenza di tale situazione. Resta, ancora, da chiedersi, però, se la nozione di affidamento sia suscettibile di una particolare declinazione nell’ambito delle discipline pubblicistiche.

Almeno in linea di massima, anche alla luce dei più recenti approdi giurisprudenziali, la risposta al quesito sembra essere di segno negativo, almeno nel senso e con le precisazioni che seguono. Quando si fa ricorso alla buona fede o all’affidamento da questa ingenerato, quale situazione di apparenza, le relative nozioni, di teoria generale, non giustificano letture in grado di prevedere connotazioni specifiche, tali da imporre differenti declinazioni all’interno del diritto amministrativo⁷. Per cui, deve potersi fare riferimento alle elaborazioni operate dalla letteratura civilistica, secondo la quale l’affidamento può indicare due distinti fenomeni: uno *soggettivo*, che identifica un’*“erronea opinione”* in ordine *“ad una de-*

³ Sul punto, si vedano i richiami contenuti nei precedenti capitoli.

⁴ Il riferimento è, ovviamente, a F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, cit.

⁵ Ad es., per quanto attiene al vizio dell’eccesso di potere (F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 199 ss.).

⁶ Anche se, talora, in giurisprudenza, si rilevano alcune affermazioni di segno opposto, come riferisce, in nota, F. VENOSTA, *“Contatto sociale” e affidamento*, cit., p. 115.

⁷ Come si è già anticipato nel primo capitolo, secondo Giannini *«la buona fede non presenta, in diritto amministrativo, connotazioni specifiche, tali cioè da differenziarla dalla nozione di teoria generale (affidamento) e di diritto privato»* (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 473).

terminata situazione”; ed uno *oggettivo*, che riguarda l'apparenza, poi rivelatasi ingannevole, di un fatto o di un diritto⁸: e – come si è precisato – mentre il primo fenomeno, di natura *psicologica*, è di carattere *individuale*, il secondo, di natura *sociale*, è *collettivo*.

Occorre anche che la parte, che intenda invocare gli effetti (per lei favorevoli) dell'affidamento, versi in una situazione di meritevolezza, derivante dall'aver agito in buona fede, la quale consente all'affidamento di divenire “incolpevole”. Cosicché, l'anfibologia, che contraddistingue l'affidamento, gli deriva dalla dualità, che viene generalmente riconosciuta all'affidamento già nel diritto romano, distinguendosi tra *bona fides* e *fides bona*. Si tratta, d'altronde, di una generale dicotomia rilevabile anche nel nostro ordinamento civile: se la buona fede soggettiva si riferisce ad una falsa rappresentazione della realtà, quella oggettiva si fonde con le regole della correttezza, in un'endiadi integrante delle «*declinazioni di una medesima clausola generale*», laddove vengono in considerazione parametri improntati all'attuazione di un principio fondamentale, quello solidaristico, previsto dall'art. 2 della Carta costituzionale⁹.

Un esempio del primo caso è quello dell'acquisto *a non domino* della

⁸ R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 661, riferendo che «*il principio dell'affidamento tende a scalzare parzialmente i principi del diritto naturale*», con il risultato che una situazione qualificata, definibile come di apparenza, alla stregua di taluni parametri rimessi all'apprezzamento del giudice, tende a prevalere sul dogma della volontà, in base al quale e la volizione a rappresentare l'elemento dominante nella formazione degli effetti giuridici (ivi).

⁹ G. FINAZZI, *Correttezza e buona fede*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., vol. XII, Torino, 2019, p. 126. Secondo R. SACCO, *Affidamento*, cit., la ragione politica (ovvero il fondamento pratico) della protezione legale dell'affidamento risiederebbe nell'armonizzazione della sicurezza dei diritti, intesa in senso “statico” (avendo ad oggetto i diritti acquisiti) o in quello “dinamico” (come sicurezza del traffico e dell'agire giuridico). Si consideri, in proposito, come, Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, abbia evocato l'«*intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*». Non diversamente, TAR Campania, Napoli-Sez. IV, 7 agosto 2018, n. 5217, § 5.1., osservando che «*la Pubblica Amministrazione deve operare, nell'ambito della contrattualistica pubblica, seguendo non solo le norme di riferimento, ma anche i principi di correttezza e di buona fede, pacificamente ricondotti al valore costituzionale della solidarietà sociale (ex multis, v. Cassazione civile, sez. III, 29/01/2018, n. 2057)*».

proprietà mediante il possesso (art. 1153 c.c.): l'*accipiens* ignora, senza colpa, la carenza di legittimazione del dante causa, stante l'altruità della *res emptā*. Così, uno dei casi in cui la buona fede viene ritenuta oggettiva è quello delle trattative volte alla formazione del contratto¹⁰. Talora, invece, si registra un'applicazione concorrente delle due letture della buona fede, così come avviene nel caso dell'acquisto (oneroso) dall'erede apparente (art. 534 c.c.)¹¹.

Secondo la Suprema Corte, «*il principio di correttezza e buona fede (omissis) opera come un criterio di reciprocità e, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" dettati dall'art. 2 Cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge*»¹².

È anche constatazione diffusa che il legislatore si sia «*ispirato largamente al principio dell'affidamento, nelle sue varie sfumature*», che costituisce il comune denominatore di una pluralità di disposizioni contenute nel codice civile¹³, ricomprendendo sia l'attività contrattuale, sia gli atti unilaterali *inter vivos* (art. 1324 c.c.).

Se il principio dell'affidamento si applica anche agli enti pubblici e alla loro attività, resta, ancora, da chiedersi come debba essere declinato nell'ambito delle relazioni intersoggettive. La questione non sempre ha ricevuto l'attenzione necessaria, in quanto le analisi condotte nel diritto amministrativo sono state dedicate, almeno prevalenza, alle situazioni soggettive. Ma, una volta identificato il plesso giurisdizionale a cui deferire la

¹⁰ Come rileva, ad es., G. FINAZZI, *op. cit.*, p. 126.

¹¹ R. SACCO, *op. cit.*, p. 668.

¹² Così, Cass., Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743.

¹³ In base all'art. 12, ult. parte, delle disposizioni sulla legge in generale, se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione di legge e non si può ricorrere all'analogia, si decide, se il caso rimane ancora dubbio, secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Sulla funzione assoluta, specie sul piano interpretativo e applicativo, dai principi generali, si rinvia a M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016, pp. 1 ss., anche per i richiami alla bibliografia esistente sull'argomento.

lite, occorre, pur sempre, verificare gli elementi sui quali, sul piano sostanziale, si fonda la tutela risarcitoria azionata giudizialmente: ed è allo svolgimento di questa indagine che verranno dedicate le pagine seguenti del presente capitolo.

2. *L'affidamento (e la sua tutela) negli atti di secondo grado. Affidamento illegittimo e affidamento incolpevole. Annullamento d'ufficio e bilanciamento degli interessi. Revoca degli atti amministrativi, indennizzo e fatto lecito dannoso (cenni). Stabilità del provvedimento e principio di legalità. Buona fede e attività (non) negoziale.*

Si è anticipato come, nell'esercizio dell'azione amministrativa, la tutela dell'affidamento venga in considerazione, soprattutto, a fronte dell'adozione degli atti di secondo grado. Chi si è occupato, di recente, della questione ha osservato che, in materia, assumono rilevanza solamente gli atti di natura autoritativa, la cui valutazione va operata in base ai parametri della legittimità¹⁴. Vengono in considerazione, perciò, le regole della validità e non quelle della responsabilità, le quali investono la condotta, con il corollario che l'affidamento è suscettibile di assumere rilevanza, in un caso, se (ed in quanto) è legittimo e, nell'altro caso, invece, se (ed in quanto) è incolpevole¹⁵.

In particolare, l'art. 21-*nonies* legge n. 241/1990, sembra certificare – nell'ambito dell'annullamento d'ufficio – la tutela dell'affidamento, specialmente dopo la novella del 2015, che ha accentuato il peso attribuibile al fattore tempo e alla sua ragionevolezza, in relazione alla stabilizzazione degli effetti del provvedimento: la tardività dell'esercizio dei poteri di autotutela, infatti, determina la prevalenza dell'interesse del cittadino su quelli della collettività, a causa di un'inerzia imputabile, sul piano organizzativo, all'autorità competente.

Ma, oltre ai profili diacronici, l'annullamento d'ufficio è tenuto a con-

¹⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 827.

¹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *ult. op. cit.*, p. 827.

siderare la valutazione comparativa degli interessi, che viene compiuta all’interno del provvedimento. Si tratta di un’attività di natura discrezionale¹⁶ con la quale si confronta il privato, la cui situazione soggettiva, pertanto, non può non avere la consistenza di interesse legittimo. Sicché, l’affidamento può trovare tutela, se (ed in quanto) nel bilanciamento dei contrapposti interessi prevale quello alla stabilità del provvedimento, rispetto a quello del ripristino della legalità violata e della cura degli interessi, pubblici e privati, che risultano coinvolti¹⁷.

Tali rilievi consentono, a questo punto, di tracciare qualche prima conclusione.

Innanzitutto, quanto agli effetti della tutela dell’affidamento, non può venire in considerazione, in alcun modo, il fatto che l’illegittimità degli atti vada imputata all’amministrazione agente¹⁸; né può venire in gioco, in secondo luogo, la conoscenza – così come la (mera) conoscibilità – dei vizi di legittimità riscontrati o riscontrabili: perché, da un lato, la buona fede soggettiva del destinatario del provvedimento annullabile risulta de-

¹⁶ Si tratta di una tesi recepita da un indirizzo giurisprudenziale costante, secondo cui, dall’art. 21-*nonies*, legge n. 241/1990, discende la discrezionalità del potere di annullamento d’ufficio di un provvedimento amministrativo, atteso che, per il suo esercizio, è necessario, ma non sufficiente, un vizio di legittimità dello stesso, occorrendo ulteriori requisiti individuati nell’interesse pubblico, ritenuto prevalente rispetto agli interessati e ai controinteressati e il rispetto di un termine ragionevole che, comunque, non può superare i diciotto mesi. Così, da ult., C. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8495; TAR Campania, Napoli-Sez. IV, 11 marzo 2020, n. 1114. In senso conforme, si vedano anche TAR Liguria, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 687, e TAR Puglia, Lecce-Sez. I, 5 novembre 2015, n. 3166. Sull’obbligo di motivazione, in tema di esercizio del potere di autotutela, *ex aliis*, TAR Lazio, Roma-Sez. II, 1° febbraio 2022, n. 1196, e C. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2021, n. 8641.

¹⁷ B. MAMELI, *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, cit., p. 3287, rileva che «il rispetto dell’affidamento, infatti, affonda le sue radici nell’esercizio del potere discrezionale che impone all’Amministrazione di ponderare tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie, compresi gli interessi dei soggetti privati».

¹⁸ Diversamente, invece, in base all’art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, cit., come modificato prima, dall’art. 9, comma 3, della legge 11 novembre 2011, n. 180, e, poi, dall’art. 12, comma 1, lett. e), della legge 11 settembre 2020, n. 120, «non possono essere adottati tra i motivi che ostano all’accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all’amministrazione».

stituita di qualsiasi rilevanza; dall'altro lato, non v'è, neppure, spazio per consentire l'ingresso alle regole della buona fede oggettiva e della correttezza, alla stregua di quanto dispongono, per il diritto privato, gli artt. 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375 c.c.

Una simile conclusione, ovviamente, non può non riproporsi per la revoca del provvedimento munito di effetti durevoli, che non è più in grado di produrne ulteriori (art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990)¹⁹: la sua disciplina legale, parimenti, non prende in considerazione, in alcun modo, la delusione derivante dal ritiro del provvedimento sul quale il privato aveva fondato il proprio affidamento. Ancora, non sembra priva di importanza la previsione di un indennizzo, che la legge riconosce a favore di chi possa avere subito un eventuale pregiudizio dalla revoca. Il che è sufficiente per dire che, se il provvedimento di secondo grado è legittimo, ben vi può essere un danno, ma questo non è risarcibile, semplicemente perché non è configurabile alcun fatto illecito.

Tutto ciò propende a favore della tesi secondo cui l'affidamento è una figura di teoria generale, avente cittadinanza del diritto amministrativo. La sua declinazione, però, segue due contrapposte direttrici: quella del diritto pubblico e quella del diritto privato, laddove tale nozione può essere intesa sia in senso soggettivo, che oggettivo. Quando l'amministrazione agisce come autorità, l'affidamento rilevante è quello alla stabilità del provvedimento, in funzione della sua conservazione, a fronte dell'esercizio dei poteri di autotutela. Qui, la buona fede viene in gioco (solamente) nella sua accezione soggettiva e, cioè, come rappresentazione o conoscenza, da parte dell'amministrato, di una determinata situazione. L'affidamento risulta legittimo in funzione di un bilanciamento di interessi, il cui apprezzamento è riservato all'amministrazione e sul quale viene condotto il sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo. Così, la disciplina degli atti di secondo grado perimetra l'ambito e la rilevanza dell'affidamento, in quanto l'attività

¹⁹ Secondo TAR Piemonte, Sez. II, 29 settembre 2020, n. 581, in *Riv. giur. ed.*, 2020, I, p. 1629, il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie procedimentale, che ha condotto all'alienazione di un bene pubblico, si arresta di fronte alla conclusione del contratto, in quanto l'esercizio dell'autotutela amministrativa non può avere ad oggetto un provvedimento che ha già esaurito i suoi effetti a seguito del trasferimento della proprietà dall'ente pubblico ai privati acquirenti.

autoritativa è presieduta dal principio di legalità²⁰, che pervade l’intero rapporto amministrativo.

Al di fuori di tali confini, resta preclusa l’etero-integrazione della fattispecie²¹. Non sono configurabili altri e diversi profili, alla luce dei quali l’affidamento è suscettibile di assumere rilevanza. Non rileva, in particolare, la buona fede, intesa come *standard* comportamentale di correttezza dell’attività non autoritativa. In tale ambito, una condotta deve essere giudicata meritevole oppure riprovevole e, di conseguenza, l’affidamento, diviene incolpevole o colpevole: esce dalle maglie strette della tipicità, che conforma il potere nel suo momento dinamico, venendo in gioco le regole di condotta, contenute nel diritto delle obbligazioni.

Se così è, resta, ancora, da verificare se il risultato a cui è pervenuta l’analisi in corso abbia una valenza generale, ogni qualvolta che l’ente pubblico agisca in via autoritativa²². La disamina svolta in precedenza su alcuni casi, in cui le Sezioni unite hanno riscontrato un affidamento deluso dalle successive determinazioni, consente di allargare il campo. Si consideri, ad esempio, l’attività di pianificazione, che investe la gestione del territorio²³. In questo caso, l’alternativa secca sembra essere la seguen-

²⁰ Si confronti F. MERUSI, *ult. op. cit.*, p. 95, che rimarca la relazione esistente tra principio di legalità e annullamento d’ufficio.

²¹ Secondo un’opinione, sarebbe la “variabilità” del rapporto pubblico-privato ad esprimere il tratto caratterizzante dell’azione amministrativa in un contesto di tipo dinamico, laddove la potestà è considerata inesauribile, infungibile e riesercitabile. Così, A. TRAVI, *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in *Studi per Castronovo*, cit., p. 40. In argomento, si confrontino anche M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, e N. PAOLANTONIO, *Il principio di continuità dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 313 ss.

²² Si confronti, in riferimento ai plurimi approdi della Corte di cassazione, R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 702 ss.

²³ L’esempio non è casuale, ovviamente, perché è stato affrontato dalle Sezioni unite e, da ult., nella sentenza n. 8236/2020, sopra richiamata. La questione è stata presa in considerazione da qualche Autore, che ha distinto il piano privatistico, in cui sono configurabili meri comportamenti risarcibili, in quanto lesivi di diritti soggettivi, il piano pubblicistico, in cui la soggezione dell’amministrazione al canone di buona fede «*non può valere ... a trasformare l’interesse legittimo in diritto soggettivo*». Così, V. NERI, *La*

te: o il regime che presiede l'esercizio del potere di autotutela ricomprende altri ambiti, in cui, parimenti, l'ente pubblico agisce in forma autoritativa; oppure la tutela dell'affidamento soggiace ad una disciplina differente, desunta, eventualmente, dal diritto privato, così come ha ritenuto, in alcune decisioni, la Corte di cassazione: e, tra le due opzioni, *tertium non datur*.

3. *P.A. e attività di diritto privato. Buona fede in astratto e in concreto. Affidamento soggettivo e oggettivo. Responsabilità contrattuale e torto aquiliano. Prova liberatoria e mancanza di colpa. Responsabilità per violazione della disciplina degli appalti pubblici.*

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rende opportuno indirizzare l'indagine in corso all'interno del perimetro in cui la P.A. agisce nell'ambito del diritto privato. Il punto da cui partire non può non essere che quello del significato attribuibile all'affidamento, il quale impone qualche riflessione.

Intanto, nella prospettiva della buona fede, a cui esso è correlato, si è evocata la distinzione tra affidamento "in concreto" e affidamento "in astratto"²⁴, ovvero tra affidamento "soggettivo" ed "oggettivo"²⁵: l'affidamento, in un caso, avendo natura psicologica, consegue ad una erronea rappresentazione della realtà; nell'altro, invece, si fonda su *standard* sociali di comportamento, che si legano ai doveri di correttezza.

Sicché, la figura in esame, di natura anfibologica, è suscettibile di una duplice connotazione: una individuale e soggettiva; e l'altra collettiva e sociale. Tra le parti si instaura una fiducia, che discende da una relazione qualificata. È la legge, mediante la clausola di buona fede, ad imporre un dovere di comportamento avente fonte da circostanze obiettive, che hanno generato un legame di fiducia, mentre l'affidamento integra un presupposto della responsabilità²⁶.

tutela dell'affidamento, cit., p. 802. In senso parimenti critico si veda anche G. TULUMELLO, *op. cit.*, *passim*.

²⁴ L. MENGONI, *Gli acquisiti "a non domino"*, III ed., Milano, 1994, p. 363.

²⁵ F. VENOSTA, *"Contatto sociale" e affidamento*, cit., pp. 129 ss.

²⁶ F. VENOSTA, *ult. op. cit.*, pp. 136-137.

Sotto questa angolazione, la base normativa è costituita dalle disposizioni, contenute nel codice civile, che impongono l’osservanza dell’imperativo della buona fede, intesa non già secondo una nozione psicologica o soggettiva, ma secondo quella (contrapposta) di tipo oggettivo: in base ad essa, il giudice è tenuto ad apprezzare, caso per caso, secondo il proprio prudente apprezzamento (secondo quanto prevede l’art. 116, comma 1, c.p.c., a cui si ispira l’art. 64, comma 4, c.p.a.), le singole circostanze che inducono a riconoscere (o a negare) l’esistenza di un affidamento, il quale deve risultare “incolpevole” e, cioè, immune da censure. Sotto questo profilo, può anche evocarsi una nozione “giuridica” di affidamento, nel cui ambito la clausola generale di buona fede consente di valutare non soltanto i singoli elementi che, nel caso concreto, hanno fatto sorgere un affidamento, ma la loro idoneità a legittimare una tutela, secondo un parametro di diligenza.

Nella prospettiva considerata appare, di certo, più adeguato il meccanismo della responsabilità aquiliana (art. 2043 c.c.), rispetto a quello della responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.). Ciò anche perché il ricorso al canone della colpa²⁷ consente di distinguere l’affidamento incolpevole, meritevole della tutela risarcitoria, da quello che è privo di tale requisito: in questo senso risulta, infatti, orientata molta giurisprudenza amministrativa, analizzando l’elemento soggettivo²⁸.

Si tratta, del resto, di una conclusione riaffermata, di recente, dall’Adunanza plenaria n. 21/2021, la quale nell’identificare gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale, ha richiesto il concorso di due requisiti: quello del carattere ingiustificato del recesso e quello del «*carattere colposo della condotta della pubblica amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quantomeno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.*»²⁹.

Sul punto, si registra una marcata differenziazione tra responsabilità extracontrattuale e contrattuale: nella seconda delle due è alla mancata

²⁷ Sulla colpa “da apparato” dell’amministrazione, si veda, specialmente, E. SCOTTI, *Responsabilità dell’amministrazione*, cit., pp. 580 ss.

²⁸ Si confronti, ad es., TAR Lombardia, Sez. I-Brescia, 24 gennaio 2019, n. 79, al § 2.4. Da ult., C. Stato, Ad. plen., n. 19/2021, cit., §§ 15 ss.

²⁹ C. Stato, Ad. plen., n. 21/2021, cit., § 16.

attuazione dell'adempimento della prestazione che consegue la responsabilità, a meno che la prestazione non sia rimasta ineseguita per impossibilità non imputabile al debitore: non è sufficiente, invece, l'assolvimento della «*prova della mancanza di colpa*»³⁰. E, nel caso che ci occupa, in cui l'affidamento si radica sulla potestà amministrativa, non è configurabile un vincolo di natura negoziale: l'unico vincolo preesistente, di natura obbligatoria, è quello (di fonte legale) che impone al soggetto pubblico, come a quello privato, di agire secondo buona fede e correttezza.

L'essersi – o meno – attenuti a tale parametro è questione di fatto, la cui verifica richiede di seguire un percorso che si scompone in tre passaggi: il primo è quello di verificare la conformità delle condotte a *standard* che, nel caso, devono essere seguite; il secondo è quello del riscontro, in concreto, di un affidamento, che deve essere giudicato incolpevole; il terzo è quello del nesso eziologico che lega la condotta al danno cagionato per la lesione dell'interesse negativo e le spese eventualmente sostenute.

Nella prospettiva fin qui seguita, la questione della colpa, intesa come elemento costitutivo della responsabilità, si pone in una dimensione ben più ampia di quella affrontata, nel 2010, dalla Corte di Lussemburgo, quando aveva dichiarato l'incompatibilità della normativa nazionale che, in materia di appalti pubblici, subordinava la tutela risarcitoria «*al carattere incolpevole*» della violazione della medesima disciplina, da parte della amministrazione aggiudicatrice³¹.

³⁰ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 532-533, precisando anche che «*la responsabilità contrattuale non è fondata sulla colpa come una sorta di fatto illecito con onere della prova invertito*». Come si scrive il medesimo Autore (ivi, p. 244), «*la responsabilità contrattuale, come tradizionalmente riferita all'inadempimento della prestazione, attiene a ciò che il debitore doveva fare per il creditore e non ha fatto* (culpa in non faciendo), mentre la responsabilità aquiliana nasce da una condotta di offesa della sfera giuridica altrui: ciò che non doveva essere è stato (culpa in faciendo)».

³¹ Si Tratta di CGUE, Sez. III, 30 settembre 2010, *Stadt Graz*, C-314/09, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 3014, affermando che la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione ag-

Nella medesima prospettiva, l’elemento di aggregazione discende unicamente dall’affidamento invocato, il quale viene generalmente riposto in un provvedimento illegittimo. Ma non è la sua illegittimità a costituire il fatto genetico della responsabilità, in quanto questo si colloca al di fuori dell’area dell’autoritatività. Né può venire in gioco la violazione della disciplina degli appalti pubblici, da parte della amministrazione aggiudicatrice, semplicemente perché una simile violazione permane estranea al risarcimento del danno invocato (art. 30, comma 2, c.p.a.).

4. *Casi di responsabilità della P.A. per lesione dell’affidamento riposto dal privato: non aggiudicazione all’esito di una procedura selettiva; contraddittorietà e/o scarsa intellegibilità delle previsioni contenute nel bando di gara; finanza di progetto; procrastinazione di una procedura ab origine affetta da invalidità; insufficienza delle risorse necessarie per eseguire l’intervento programmato. Conclusione: violazione delle regole della correttezza in un’area esterna a quella dell’esercizio del potere su cui si fonda l’affidamento violato.*

Qualche esempio, desunto da una casistica ricorrente, può contribuire a fare chiarezza. Un caso, forse, emblematico è quello della non aggiudi-

giudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l’applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all’amministrazione suddetta, nonché sull’impossibilità per quest’ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Conformemente, per la successiva giurisprudenza domestica, ritenendo che alla luce della suddetta sentenza, il risarcimento del danno deve essere concesso a prescindere dal riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall’amministrazione aggiudicatrice, non essendo imposto tale accertamento dalla Direttiva 89/665/CEE: C. Stato, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892; C. Stato, Sez. V, 1° gennaio 2021, n. 312; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7132; TAR Marche, Ancona-Sez. I, 7 settembre 2018, n. 581; TAR Lombardia, Brescia-Sez. II, 3 luglio 2018, n. 648, conferendo rilevanza all’elemento soggettivo in correlazione al «*contrapposto affidamento incolpevole del privato in ordine alla positiva conclusione del procedimento*»; TAR Lazio, Roma-Sez. II, 5 luglio 2017, n. 7491; C. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772; C. Stato, Sez. V, 4 settembre 2015, n. 5115; TAR Veneto, Sez. I, 28 aprile 2015, n. 451; C. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5115; C. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668; C. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439.

cazione all'esito di una procedura selettiva, con conseguente lesione dell'affidamento creato nei partecipanti e, sicuramente, nell'aggiudicatario. Il potere di non aggiudicare, spettante alla stazione appaltante, in base all'art. 95, comma 12, del già citato "codice degli appalti pubblici" (d.lgs. n. 50/2016), è generalmente ammesso dalla giurisprudenza amministrativa, purché tale scelta sia supportata da idonea motivazione³².

Senonché, resta da verificare se questo principio, incidente sull'azione autoritativa, sia in grado – o meno – di escludere la tutela risarcitoria per violazione dell'affidamento. In base ad un indirizzo, va esclusa la fondatezza dell'azione risarcitoria proposta, apparendo «*del tutto impossibile prospettare una qualche violazione dei doveri di correttezza e lealtà da parte della Stazione appaltante*»³³. Diversamente, invece, un altro orientamento ritiene

³²TAR Lazio, Latina-Sez. I, 28 giugno 2021, n. 403; TAR Abruzzo, Pescara, 7 febbraio 2020, n. 50, TAR Lazio, Roma-Sez. II, 12 settembre 2019, n. 10901; TAR Lombardia, Brescia-Sez. II, n. 648/2018, cit., con riguardo al potere di revoca esercitato in applicazione degli artt. 11, comma 11, 12 e 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, puntualizzando che «*i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, con la conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto, nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*». Tale assunto muove dalla premessa secondo la quale la revoca degli atti della procedura è consentita anche dopo l'aggiudicazione del contratto, quand'anche vi sia un principio di esecuzione del contratto. In senso conforme, da ult., sempre in riferimento al precedente "Codice dei contratti pubblici", si veda TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 6 luglio 2021, n. 1655, affermando la legittimità della revoca dell'aggiudicazione, in mancanza della formale stipulazione del contratto, ancorché ne sia in corso l'anticipata esecuzione. In senso analogo, con riguardo al Codice attualmente in vigore, C. Stato, Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1455, secondo cui «*la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti di gara precedenti l'aggiudicazione definitiva, compreso il bando di gara, rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione, il cui esercizio prescinde dall'applicazione dell'art. 21, quinquies, l. n. 241 del 1990, pur richiedendosi la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione delle operazioni di gara*». Si confronti, specialmente, TAR Veneto, Sez. II, 16 giugno 2020, n. 508, affermando che «*nelle gare di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento*».

³³TAR Toscana, Sez. I, 28 maggio 2020, n. 658.

che, a fronte di comportamenti della stazione appaltante, integranti la violazione di doveri di correttezza e buona fede, sussista l’obbligo di risarcire il danno. È il caso, ad esempio, della revoca tardiva dell’aggiudicazione provvisoria e degli atti ad essa prodromici, il cui fondamento risieda nel fatto che l’amministrazione contraente non disponga di fondi adeguati all’esatto adempimento delle obbligazioni da assumere. L’assenza, originaria o sopravvenuta, dei fondi necessari per la realizzazione dell’opera oggetto di gara pubblica costituisce una valida ragione di revoca degli atti di gara, comportando, questi ultimi, una spesa priva di copertura finanziaria.

Tale conclusione appare rafforzata, qualora si registri un principio di esecuzione del contratto. Nei casi di urgenza, la stazione appaltante, in virtù dell’art. 32, comma 13, del Codice vigente, può richiedere l’esecuzione anticipata del contratto, prima che lo stesso sia divenuto efficace. In simili evenienze, il privato, non ostante la legittimità della revoca, potrebbe invocare il diritto al risarcimento del danno per lesione del c.d. interesse negativo³⁴.

Come si vede, dunque, i due indirizzi esaminati declinano le regole di condotta, sulla base di prospettive distanti tra loro: il secondo, rispetto al

³⁴ TAR Veneto, Sez. II, n. 508/2020, cit., affermando che «*nelle gare di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell’aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. A fronte di comportamenti della stazione appaltante che integrino la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede, come la revoca tardiva dell’aggiudicazione provvisoria e degli atti prodromici per mancanza di fondi, il privato ha diritto, nonostante la legittimità dell’atto di revoca, al risarcimento del danno da lesione del c.d. interesse negativo – interesse a non essere coinvolto in trattative inutili – che include le spese sostenute per partecipare alla gara e, ove dimostrata, la perdita della c.d. chance contrattuale alternativa (ovvero la possibilità di partecipare ad altra gara pubblica e, quindi, di aggiudicarsi un diverso appalto)*».

Secondo TAR Sicilia, Catania-Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 876, invece, «*è legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante revoca, in autotutela, l’aggiudicazione provvisoria dell’appalto e i pregressi atti di gara, per carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata rispondenza della procedura di evidenza pubblica alle esigenze della stazione appaltante, atteso che nei contratti pubblici, anche dopo l’intervento dell’aggiudicazione definitiva, non è precluso all’Amministrazione appaltante di revocare l’aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell’opera*».

primo, pone tali regole (e con esse la loro violazione) ad una maggiore distanza dal regime (di validità) dell'azione autoritativa, con l'effetto che la pretesa risarcitoria si fonda non già sulla revoca, giudicata legittima, ma sul comportamento della stazione appaltante, giudicato illecito.

Un altro caso degno di nota è quello in cui lo schema di bando elaborato contemplava l'obbligo di versare il corrispettivo di una concessione trentennale in unica soluzione, entro trenta giorni dall'aggiudicazione definitiva, mentre era stata indetta una gara telematica elaborando un disciplinare non corrispondente sul punto: tale condotta, valutata nel suo complesso e disancorata dal vaglio della legittimità dei singoli atti adottati, è stata giudicata non soltanto contraria ai doveri di correttezza e lealtà, ma «*imputabile alle amministrazioni in termini di colpa*»³⁵.

Così, è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nel caso in cui non si era conclusa una procedura di *project financing*, laddove il soggetto pubblico, pur in assenza di provvedimenti illegittimi, aveva tenuto un comportamento giudicato illecito³⁶.

Parimenti, è stato erogato il rimedio risarcitorio in un caso nel quale un operatore economico era rimasto coinvolto, per più di quattro anni, «*in una procedura che, sin dall'origine, era da considerarsi invalida, per fatto imputabile all'Ente e che, per tale ragione, è stata poi legittimamente annullata*»: qui, l'amministrazione aveva indetto una gara illegittima, inducendo «*i partecipanti a confidare nel fisiologico sviluppo della gara e dei suoi esiti finali*»³⁷.

Come si vede, nei casi richiamati le autorità amministrative hanno adottato provvedimenti la cui legittimità non veniva posta in discussione: non di meno, alle medesime autorità erano imputabili specifiche negligenze in un'area esterna all'azione autoritativa, sulla quale si radicava l'af-

³⁵ TAR Lombardia, Brescia-Sez. I, n. 79/2019, cit., § 2.4. La pronunzia, una volta accertato l'*an debeat*, ha determinato il danno subito, riconoscendo sia l'interesse negativo, corrispondente all'interesse dell'operatore economico a non essere coinvolto in trattative inutili e dispendiose, sia il danno emergente, corrispondente, invece, alle spese sostenute per partecipare alla gara e stipulare il contratto, mentre è stato escluso il ristoro dell'interesse positivo (*id est* il mancato guadagno) (ivi, § 2.5).

³⁶ C. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111.

³⁷ TAR Lazio, Roma-Sez. II, 9 luglio 2018, n. 7628.

fidamento violato, come nel caso in cui un ente pubblico aveva rilevato l’insufficienza delle risorse richieste per dare corso all’intervento programmato³⁸.

5. *Non colpevolezza e buona fede. Gli obblighi di buona fede tra art. 1337 c.c. e art. 1375 c.c. Il c.d. “danno da affidamento procedimentale”: rilievi critici. Gli accordi previsti dall’art. 11 legge n. 241/1990 (cenni). Obblighi di protezione e divieto del neminem laedere. Conclusioni.*

Gli esempi appena illustrati rendono evidente come all’esterno degli atti procedurali possano identificarsi specifici comportamenti, imputabili all’amministrazione pubblica, i quali abbiano cagionato un pregiudizio economico, che permane del tutto estraneo all’esercizio del potere e che, anzi, ne presuppone la legittimità. Come la giurisprudenza più recente ha rimarcato³⁹, nelle evenienze considerate vengono in considerazione le regole della responsabilità e non quelle della validità, a fronte di condotte giudicate illecite, non ostante la legittimità degli atti emanati. In questi casi, l’accertamento della responsabilità investe la compresenza di una pluralità di elementi, tra i quali si colloca l’affidamento incolpevole che ne rappresenta il presupposto. E la “non colpevolezza” discende da una valutazione il cui ampio spettro dipende dal ricorso ad una clausola generale, quella prevista dall’art. 1175 c.c., secondo cui debitore e creditore debbono comportarsi secondo buona fede.

Come si è anticipato, gli Studiosi del diritto civile ritengono che di tale disposizione costituisca applicazione l’art. 1337 c.c., in virtù del quale il principio in esame deve governare il comportamento delle parti nella formazione del contratto: tra le due norme di legge, gli artt. 1175 e 1337 c.c., può configurarsi, dunque, un rapporto di *genus* (il dovere di buona fede) ad *speciem* (la responsabilità precontrattuale). La seconda disposizione, che si colloca in una relazione di specialità rispetto all’altra, ha ad oggetto l’attività di natura negoziale: e questa, co-

³⁸ C. Stato, Sez. IV, 23 agosto 2016, n. 3671.

³⁹ Il riferimento è, specialmente, a C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018.

me si è detto, è destinata a permanere tale anche quando la fase della formazione del contratto è governata dalle regole della pubblica evidenza.

Resta da verificare, allora, se la buona fede, munita di una base normativa della quale gli “obblighi di protezione” sono sprovvisti, si applichi anche al di fuori dell’attività negoziale. Vero è che l’Adunanza plenaria n. 5/2018 ha riconosciuto la responsabilità della P.A., quando il fatto illecito risulta svincolato dall’esercizio del potere; ma, come si è osservato, questo riconoscimento è avvenuto «*limitatamente all’attività negoziale*»⁴⁰, mentre le Sezioni unite fanno, spesso, riferimento a comportamenti giudicati rilevanti in una prospettiva più ampia: tale ambito, che può risultare estraneo all’area del contratto e alla sua formazione, viene assoggettato all’osservanza di regole di natura privatistica⁴¹.

Il caso, forse emblematico, è quello dell’attività di pianificazione urbanistica, investito dalla sentenza n. 8236/2020 delle Sezioni unite. Ci si può chiedere se il privato possa fondare il proprio affidamento su un’attività non già preordinata alla formazione di un contratto, ma connessa ad una serie di atti amministrativi destituiti di una valenza negoziale. In tale ipotesi, si esula dall’ambito dell’autonomia privata, anche se questa viene delimitata dall’evidenza pubblica.

In un commento critico del *decisum*, si è individuata, persino, «una terza tipologia di pregiudizio: il danno da affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell’amministrazione»⁴². Secondo l’opinione riferita, la costruzione della responsabilità per danno da condotta non sarebbe esportabile «al di fuori della materia negoziale, già sul piano strutturale», non potendo configurarsi il procedimento come «un’attività relazionale a forma libera»⁴³. In altri termini, «mancando proprio il piano privatistico, non si può utilizzare la teorica della responsabilità precontrattuale»⁴⁴.

Probabilmente, in un caso come quello appena considerato appaiono più stretti i margini entro i quali è possibile evocare il diritto ad autode-

⁴⁰ G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 5.

⁴¹ Così, Cass., Sez. un., n. 8326/2020, cit.

⁴² G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 1.

⁴³ G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 6.1.

⁴⁴ V. NERI, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 803.

terminarsi liberamente, il quale permane saldamente ancorato alle trattative precontrattuali. Anche se non potrebbe dirsi altrettanto, invece, per il principio di “auto-responsabilità”, i cui confini appaiono più ampi e più mobili, risultando, certamente, di generale applicazione, così come avviene per gli obblighi di buona fede.

Non è dubbio, intanto, che il procedimento tenda ad esprimere una sorta di impermeabilità, rispetto alle regole proprie dell’agire in forme privatistiche. La serie degli atti che lo compongono, infatti, sono governati da regole di validità e non di responsabilità. Non vi può essere spazio, di certo, per l’ingresso di “obblighi di protezione” in presenza di un “contatto sociale”, i quali non soltanto permangono destituiti della benché minima base normativa, anche per quanto attiene alla loro identificazione e alla determinazione del loro possibile contenuto. Vero è che dagli atti del procedimento discende la preesistenza di un rapporto, in grado di escludere quella responsabilità “del passante”, che caratterizza il rimedio aquilano⁴⁵. Non di meno, tale elemento non sembra in grado di trasformare l’obbligo dell’*alterum non laedere* in un obbligo di protezione accessorio, privo di un obbligo primario di prestazione.

Un’obiezione di fondo è stata mossa nei confronti della Suprema Corte per avere sollevato una questione che «*riguarda il merito*»: ma gli argomenti spesi da tale giudice, di certo, non investono il merito della controversia, così come, del resto, dispone l’art. 386 c.p.c.⁴⁶. Vero è che, nel confronto tra il ruolo del privato nel procedimento e la discrezionalità dell’ente locale, gli spazi in cui è configurabile un illecito civile appaiono assai angusti. Questo perché il potere esercitato non confluisce in un’attività precontrattuale. Quanto, poi, all’eventuale consenso del privato, in-

⁴⁵ Si confronti C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., *passim*.

⁴⁶ G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 6.1. Ma come viene esattamente puntualizzato nel *decisum*, al § 14, secondo la Corte, «*tutti gli argomenti spiegati dal Comune per escludere che la società ricorrente potesse vantare un legittimo affidamento nell’approvazione del suo progetto edilizio, sopra riportati nel paragrafo 11.3, sono irrilevanti ai fini della pronuncia sulla questione di giurisdizione. Tali argomenti, infatti, tendono a dimostrare che in capo alla società D.C. Costruzioni non poteva essere sorto alcun affidamento sull’esito positivo del procedimento concessorio, cosicché la situazione soggettiva di cui la società attrice lamenta la lesione sarebbe in radice insussistente. Si tratta di argomenti che attengono al merito della controversia, mentre, ai sensi dell’art. 386 c.p.c., la decisione sulla giurisdizione “è determinata dall’oggetto della domanda” e, va sottolineato, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto*».

teso «*a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale*», in base all'art. 11, I alinea, legge n. 241/1990, tale consenso permane attratto dalla natura autoritativa degli atti alla cui formazione è preordinato⁴⁷.

Tuttavia, se il fatto illecito integra una fattispecie aperta, contrassegnata dall'atipicità, allora, è ipotizzabile che l'ente procedente agisca *contra ius*, all'esterno del procedimento. Si pensi al caso in cui l'amministrazione fornisca informazioni atte a trarre in errore il privato, che le utilizzi nell'ambito di un'attività di tipo pianificatorio. Qui, si registra la violazione di un obbligo comportamentale di buona fede e correttezza. La pianificazione non è in condizione di pervenire ad alcun risultato utile, in ragione dell'ostatività delle regole di validità. L'azione autoritativa è immune da vizi di legittimità, ma viene leso l'interesse (negativo) del privato non soltanto a non essere inutilmente coinvolto in un procedimento che si rivelerà privo di sbocco, ma ad utilizzare più proficuamente le proprie risorse.

Può anche paventarsi il ricorso ad una "amministrazione difensiva"⁴⁸. Ma si tratta, comunque, di un male minore, rispetto alla negazione del ristoro di danni, che potremmo definire come "collaterali", rispetto all'attività procedimentalizzata. Perché le regole di responsabilità non si collocano, almeno necessariamente, nelle pieghe del procedimento amministrativo. Possono riguardare, invece, condotte rispetto alle quali, così come ritengono le Sezioni unite, l'esercizio del potere integra un mero pre-

⁴⁷ In argomento, per tutti, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., pp. 126 ss. e, specialmente, p. 131, il quale rimarca come l'accordo costituisca una manifestazione dell'esercizio del potere amministrativo, senza trasformare il consenso espresso dal privato in un atto di autonomia privata, tanto che i terzi subiscono i medesimi effetti autoritativi, mediante l'equiparazione dell'accordo al provvedimento unilaterale (ivi, p. 136).

⁴⁸ G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 9, prospettando la concorrente riduzione degli spazi di partecipazione procedimentale. Si confronti anche M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, pp. 625 ss. Riferimenti all'"amministrazione difensiva" e alla "burocrazia difensiva" sono rinvenibili nella recentissima sentenza con cui il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 1, del decreto-legge n. 76/2020, cit., convertito, con modificazioni, nella legge n. 120/2020, recante modifiche all'art. 323 del codice penale, in tema di abuso d'ufficio, in riferimento all'art. 77 Cost., e inammissibili le questioni aventi ad oggetto la medesima disposizione di legge, con riguardo, invece, agli artt. 3 e 97 Cost. (C. cost., 18 gennaio 2022, n. 8).

supposto, ma non un elemento costitutivo. Si tratta di una conclusione, del resto, coerente con la responsabilità dell’amministrazione per i propri comportamenti dannosi, che possono incontrare nella pubblica evidenza elementi tali, sul piano del fatto, da giustificare l’affidamento riposto dal privato: in un caso, come nell’altro, vi è una base normativa contrassegnata da una *ratio* unitaria: l’art. 1175 c.c., sul piano più generale, e l’art. 1337 c.c., in ambito precontrattuale.

6. *Attività amministrativa e principi dell’ordinamento comunitario. L’art. 1, comma 1, legge n. 241/1990. Corte di cassazione e Consiglio di Stato richiamano il principio del legittimo affidamento, secondo il diritto dell’Unione. Necessità di un’analisi del principio e della pertinenza dei richiami ad esso operati dalla giurisprudenza domestica.*

Nelle pagine che precedono si è prospettata una ricostruzione della responsabilità dell’amministrazione per lesione dell’affidamento, riposto dal privato, fondata sugli obblighi di buona fede e di correttezza aventi fonte nel diritto privato: obblighi i quali non soltanto investono l’attività preordinata alla conclusione di un contratto, ma vengono in considerazione anche quando l’attività è quella procedimentale. Questo perché, al di là e a prescindere delle regole di validità degli atti, gli enti pubblici sono tenuti, comunque, al rispetto dei canoni di buona fede e di correttezza, che debbono orientare la loro condotta.

Va aggiunto anche che i *grands-arrêts* dei supremi consessi hanno evocato un ulteriore argomento a sostegno della tutela del privato, rappresentato dal principio europeo del legittimo affidamento: la sua applicabilità discenderebbe, in particolare, dall’art. 1, comma 1, ult. parte, della legge n. 241/1990, secondo cui l’attività della P.A. è retta dai principi dell’ordinamento comunitario⁴⁹.

⁴⁹ Ad avviso di N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., p. 19, «non sembra che la disposizione in parola abbia tuttavia sortito presso il nostro giudice amministrativo i suoi necessari effetti ampliativi delle posizioni e delle garanzie dei destinatari dell’attività».

Così, le Sezioni unite hanno richiamato la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, secondo cui tale principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze, costituendo «*un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili*»⁵⁰; e, ancora, hanno affermato che «*il principio della tutela dell'affidamento nei confronti della condotta della pubblica amministrazione risulta specificato, rispetto alle regole civilistiche generali, da numerose disposizioni che disciplinano direttamente l'attività amministrativa, la cui violazione inficia la stessa legittimità dell'atto amministrativo*»: si tratta, secondo la medesima Corte, delle disposizioni, contenute nella legge n. 241/1990, che disciplinano le ipotesi della revoca (art. 21-*quinquies*), dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*) e della responsabilità per danno da ritardo, a fronte dell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (art. 2-*bis*, comma 1)⁵¹.

Analoghi richiami, non diversamente, risultano operati dall'Adunanza plenaria⁵², ad avviso della quale «*anche il legislatore, del resto, ha mostrato un'aperta adesione alla tesi secondo cui i doveri di correttezza e di lealtà gravano sulla pubblica amministrazione anche quando essa esercita poteri autoritativi sottoposti al regime del procedimento amministrativo*»⁵³.

Questa conclusione, che incontra alcune adesioni in dottrina⁵⁴, sembrerebbe trovare conferma nell'art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. a), del già citato decreto-legge n. 76/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120/2020, secondo cui «*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*»: la norma, tra l'altro, non distingue

⁵⁰ Cass., Sez. un., n. 8236/2021, cit., § 29. Non diversamente si veda anche Cass., Sez. un., n. 615/2021, cit., § 49.

⁵¹ Cass., Sez. un., n. 8236/2021, cit., § 30.

⁵² C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., §§ 38-42.

⁵³ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 38.

⁵⁴ Così, G. TULUMELLO, *op. cit.*, § 6. L'argomento viene diversamente considerato, invece da V. NERI, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 801, seppure non sul piano sostanziale, affermando che «*la circostanza poi che la tutela dell'affidamento rientri tra i principi comunitari è utile per ribadire l'importanza, ma nulla aggiunge quanto la profilo della giurisdizione*».

tra attività privatistica e poteri autoritativi, che, sul piano letterale, sembra ricomprendere congiuntamente⁵⁵.

Intanto, le considerazioni appena svolte impongono di prendere in esame due punti, che appaiono degni di nota. Il primo è quello della *règle de droit* che impone alle amministrazioni domestiche di fare applicazione dei principi generali dell’Unione nell’ambito della propria “attività”, senza distinzione tra rapporti orizzontali e verticali: e, quindi, non soltanto quando danno attuazione all’*higher law*⁵⁶; inoltre, la coniugazione di detti principi non può essere “domestica”, dovendo, per converso, seguire l’interpretazione della Corte di giustizia: con il corollario che il legittimo affidamento non può che essere quello fatto proprio dai giudici di Lussemburgo.

E, poiché *tout se tient*, si rende necessaria, a questo punto, una breve analisi intesa a compiere due conseguenti verifiche: la prima investe il significato che la giurisprudenza comunitaria conferisce al sintagma “legittimo affidamento”; la seconda, invece, si prefigge di riscontrare la pertinenza di tale figura, rispetto ai casi analizzati dalla giurisprudenza interna: del resto, un confronto di questo tipo, al quale vengono dedicate le pagine seguenti del presente capitolo, è assente nelle pronunzie rese, sull’argomento, dai giudici domestici.

7. (Segue): *breve analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Legittimo affidamento e certezza del diritto. Limiti e deroghe alla tutela del legittimo affidamento. Legittimo affidamento e concezione soggettiva nel diritto dell’Unione. Ultimi approdi delle Sezioni unite in tema di buona fede, obblighi di protezione e tutela dell’affidamento nel diritto privato.*

L’accreditamento del principio in esame⁵⁷ viene generalmente ricolle-

⁵⁵ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 41, aggiunge, inoltre, che «un esplicito richiamo, sebbene settoriale, al “principio della collaborazione e della buona fede” si trova poi nell’art. 10 dello Statuto del contribuente approvato con la legge n. 212 del 2000».

⁵⁶ G. DELLA CANANEA-C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, II ed., Torino, 2013, pp. 124-125.

⁵⁷ Sul quale si veda anche M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 159 ss. e, specialmente, pp. 167 ss., con ampi richiami alla giurisprudenza comunitaria.

gato alla sentenza *Töpfer* della Corte di giustizia, che, nell'ambito di un ricorso per annullamento (*ex art. 173, § 2, del Trattato CEE, ora art. 263, § 2, TFUE*) ha riconosciuto la ricevibilità del motivo proposto, facendo «*parte dell'ordinamento giuridico comunitario*», ma non la sua fondatezza⁵⁸. La pronunzia, considerata capostipite, ha dato avvio ad un orientamento che si è andato progressivamente consolidando⁵⁹, con il conseguente riconoscimento di un principio non scritto, avente fonte nella giurisprudenza pretoria degli euro-giudici⁶⁰.

Tale principio viene collegato dalla Corte a quello della certezza del diritto⁶¹: è il caso, ad esempio, della irretroattività degli atti, la quale è in grado di essere derogata quando «*lo esiga lo scopo da conseguire e purché sia fatto salvo il legittimo affidamento degli interessati*»⁶². Ancora, il principio viene in gioco quando un'amministrazione abbia fatto sorgere un'aspettativa legittima, come avviene nel caso di revoca di un atto, dopo un determinato lasso di tempo giudicato irragionevole⁶³.

⁵⁸ Si tratta della sentenza 3 maggio 1978, 112/77, §§ 19-20.

⁵⁹ Tra le tante, Tribunale CE, 3 settembre 2009, T-326/07, *Cheminova*, §§ 179 ss.; Tribunale CE, 4 febbraio 2009, T-145/06, *Omya*, §§ 68 e 117 ss.; CGCE, Sez. V, 8 giugno 2000, C-396/98, *Schloßstraße*; CGCE, Sez. V, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*, §§ 43 ss.; C. giust., 10 gennaio 1992, C-117/90, *Kuehn*; C. giust. 28 aprile 1988, 120/86, *Mulder*, §§ 23-28. Da ult., CGUE, Sez. X, 1° marzo 2022, cause riunite C-306/19, C 512/19 e C-595/19, *Milis Energy e a.*, §§ 24 ss.; CGUE, Sez. V, 20 gennaio 2022, C-165/20, *Air Berlin*, §§ 29 ss.; CGUE; Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite n. C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, §§ 40 ss.; CGUE, Sez. X, 11 luglio 2019, nelle cause riunite C-180/18, C-286/18 e C-287/18, *Agrenergy e Fusignano Due*, §§ 24 ss.

⁶⁰ Secondo J. ZILLER, *Diritto delle politiche europee e dell'Unione europea*, Bologna, 2013, p. 539, è la Corte di Lussemburgo a detenere il potere esclusivo di statuire ciò che costituisce (e ciò che, invece, non costituisce) principio dell'Unione.

⁶¹ S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 84 ss., ritiene che la Corte di giustizia differenzi il principio in esame dagli altri, «*attribuendogli una natura sui generis*». Collegandolo al principio della certezza del diritto, di carattere statico, ritiene che il legittimo affidamento sia munito di un carattere dinamico, tenendo conto del fattore tempo, «*in presenza di uno stretto legame con il principio generale dell'irretroattività della legge*» (ivi, p. 86).

⁶² C. giust., 30 novembre 1983, causa 352/82, *Ferriere San Carlo*.

⁶³ In argomento, per tutti, F. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2010, pp. 111 ss., specie per gli ampi richiami contenuti nelle note.

Il successivo corso della giurisprudenza dell’Unione ha riaffermato i tratti identitari del principio in esame, ribadendo la sua applicazione congiunta con quello della certezza⁶⁴, in quanto «*osta a che una modifica della normativa nazionale privi il contribuente, con effetto retroattivo, del diritto di cui fruiva anteriormente a tale modifica*»⁶⁵. I giudici di Lus-

⁶⁴ CGUE, Sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*, §§ 44 e 48-49.

⁶⁵ CGUE, Sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, cit., § 45. In senso opposto, circoscrivendo l’applicazione dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, da ult., CGUE, Sez. VII, 30 aprile 2020, C-184/19, *Hecta Viticol SRL*, §§ 55 ss., e CGUE, Sez. IV, 9 giugno 2016, C-332/14, *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft*, §§ 58 ss. Si veda anche CGUE, Sez. I, 11 aprile 2018, C-532/16, che, nel precisare che «*il legittimo affidamento non può basarsi su una prassi illegittima dell’amministrazione*» (§ 50), afferma che il principio della certezza del diritto non osta a che le autorità tributarie nazionali revochino al soggetto passivo un diritto alla detrazione dell’IVA, purché tale potere di rettifica abbia luogo entro un termine di decadenza, determinato dallo Stato membro nel rispetto del diritto dell’Unione (§§ 51-53).

Talora, i principi in oggetto sono stati invocati dalla Corte di giustizia per modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze. Si confrontino, ad es., CGUE, Sez. VI, 18 novembre 2021, C-413/20, *Bluetail Flight School*; CGUE, Grande Sezione, 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione-Consiglio (Accord avec l’Armenie)*; Tribunale UE, Sez. III ampliata, 27 gennaio 2021, T-699/17, *Polonia-Commissione*; CGUE, Sez. I, 18 gennaio 2007, C-315/05, *Brzezinski*. Sul tema, si confronti l’analisi condotta da M. GIAVAZZI, *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *Ceridap*, 2 febbraio 2022. Si esaminino anche P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Dir. un. eur.*, 2007, pp. 639 ss.

Un’analoga modulazione è rinvenibile nei più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa. Si vedano, in proposito, le “sentenze gemelle” nn. 17 e 18, rese da C. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, sulla proroga *ex-lege* della durata delle concessioni demaniali e, più in generale, sulla disapplicazione delle norme di rango legislativo contrastanti con il diritto dell’Unione europea. In argomento, A. MONICA, *Il futuro prossimo delle “concessioni balneari” dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, in *Ceridap*, 29 gennaio 2022. Come ha rimarcato M. GIAVAZZI, *op. cit.*, nella questione esaminata ben difficilmente poteva invocarsi un legittimo affidamento, in presenza della violazione della normativa europea riscontrata dalla Corte di Lussemburgo (sul punto, CGUE, Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, C-67/15 e C-458/14, *Pro-moimpresa s.r.l.*). Si veda già, in senso analogo, C. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017,

semburgo hanno precisato, ad esempio, che è legittimo esigere che un operatore economico «*agisca in buona fede*», assicurandosi «*che l'operazione effettuata non lo conduca a partecipare ad una frode fiscale*»⁶⁶; e, ancora, che il diritto di avvalersi del principio del legittimo affidamento «*si estende a ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise che essa gli avrebbe fornito*»⁶⁷.

Il principio in questione trova tutela nei confronti degli atti di normazione emessi dagli Stati membri, suscettibili di compromettere l'affidamento ingenerato dal diritto dell'Unione, compromettendosi la stabilità dei loro effetti. Dalla giurisprudenza della Corte emerge anche che il principio non soltanto non è incondizionato, ma, anzi, è suscettibile di essere derogato, seppure in presenza di determinate condizioni, che vanno identificate nel caso concreto. Talora, il legittimo affidamento può venire in gioco congiuntamente al principio di proporzionalità⁶⁸, come è connatu-

n. 13. Limitatamente all'esclusione della retroattività dell'annullamento giurisdizionale, invece, C. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. Sulla tematica, in senso prevalentemente critico, tra gli altri: L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1128 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 438 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 1310 ss.; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento dell'atto illegittimo"*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 936 ss.

⁶⁶ CGUE, Sez. IX, 14 giugno 2017, *Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis Lda*, § 71, che richiama CGUE, Sez. II, 6 settembre 2012, C-273/11, *Mecsek-Gabona*, § 48.

⁶⁷ CGUE, Sez. IX, 14 giugno 2017, cit., § 76, richiamando CGUE, Sez. VII, 9 luglio 2015, C-183/14, *Salomie e Oltean*, §§ 44-45, secondo cui «*riguardo al principio della tutela del legittimo affidamento, il diritto di avvalersi di tale principio si estende a ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise che essa gli avrebbe fornito (v., in tal senso, sentenza Europäisch-Iranische Handelsbank/Consiglio, C-585/13 P, EU:C:2015:145, punto 95)*».

A tal riguardo, occorre verificare se gli atti di un'autorità amministrativa abbiano ingenerato un ragionevole affidamento in capo ad un operatore economico prudente ed accorto e, in tal caso, accertare la legittimità di tali aspettative (v., in tal senso, sentenza Elmeke, da C-181/04 a C-183/04, EU:C:2006:563, punto 32 e giurisprudenza ivi citata)».

⁶⁸ CGUE, Sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, cit., § 45. In ambito nazionale, per l'applicazione congiunta dei due principi, da ult., TAR Calabria, Reggio C.-

rale in presenza di eventuali limitazioni o deroghe, oltre, come si è detto, a quello della certezza del diritto⁶⁹. Va soggiunto, ancora, che la tutela dell’affidamento nell’Unione presenta dei collegamenti con quella accordata dalla Corte di Strasburgo, in riferimento all’art. 6 della Convenzione EDU, di cui si è già fatta menzione.

Certo è che tale tutela sembra presupporre una concezione soggettiva (o, se si preferisce, psicologica) dell’affidamento, riposto nelle determinazioni della autorità pubbliche degli Stati membri. La tutela viene, cioè, accordata, in presenza di un *deficit* conoscitivo ovvero di una erronea percezione della realtà, non imputabile al soggetto che invoca il princi-

Sez. I, 15 settembre 2020, n. 543; C. Stato, Sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837, in riferimento al potere di revoca degli atti e alla sua natura discrezionale; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 2 marzo 2020, n. 2663; C. Stato, Sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; C. Stato, Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364; e C. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 1380.

Sul principio di proporzionalità, per la dottrina: D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 409 ss.; ID., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; e A. SANDULLI, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Padova, 1998.

In giurisprudenza, da ult.: C. Stato, Sez. III, 26 giugno 2019, n. 4403 (secondo cui il principio di proporzionalità dell’azione amministrativa impone di verificare: a) l’*idoneità* della misura, cioè il rapporto tra il mezzo adoperato e l’obiettivo avuto di mira; b) la sua *necessarietà*, ossia l’assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo, tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo; c) l’*adequatezza* della misura, ossia la tollerabilità della restrizione che comporta per il privato); TAR Lazio, Roma-Sez. III, 16 aprile 2019, n. 4938, in tema di bando di gara e di soccorso istruttorio; TAR Lazio, Roma-Sez. II, 4 febbraio 2019, n. 1366, con riguardo alla pianificazione territoriale e all’apertura di nuove strutture di vendita; TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 12 novembre 2018, n. 2570, con riguardo alle prescrizioni del disciplinare di gara. Si vedano, con riguardo al diritto dell’Unione: CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, causa C-136/17, *Google*; Trib. UE, IX Sez. ampl., 16 giugno 2019, causa C-307/17; CGUE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Mantovani*.

⁶⁹ CGUE, Sez. X, 11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, cit., §§ 28 ss. La sentenza, inoltre, rimarca, «per quanto riguarda il principio di tutela del legittimo affidamento, da una giurisprudenza costante della Corte risulta che la possibilità di far valere quest’ultimo è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un’autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative» (§ 31). In ambito nazionale, per l’applicazione congiunta dei principi di certezza e di affidamento, si confronti TAR Lazio, Roma-Sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049.

pio. Si tratta, dunque, di una lettura non dissimile da quella generalmente prospettata, nel diritto amministrativo, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in riferimento all'esercizio dei poteri autoritativi, così come avviene nei casi, sopra ricordati, dell'annullamento d'ufficio e di quello della revoca degli atti amministrativi di primo grado, con specifico riguardo agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

Senonché, come si reputa di avere dimostrato, nulla di simile è ravvisabile nel caso del fatto illecito derivante dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, nell'ambito delle trattative precontrattuali⁷⁰. Lo stesso dicasi laddove si faccia riferimento alle regole della buona fede, presupposte dagli artt. 1175, 1337 e 1338 c.c., che ne costituiscono applicazione: ciò sia che si faccia riferimento alla disciplina del torto aquiliano; sia che venga in considerazione la teoria degli obblighi di protezione in presenza di un contatto sociale qualificato, alla quale sono approdate le più recenti pronunzie della Corte di cassazione.

In tutti questi casi l'obbligazione risarcitoria deriva dalla violazione di *standards* comportamentali, che il giudice del merito deve desumere, in base al proprio libero convincimento, su un piano eminentemente oggettivo, accompagnandoli alla disamina del grado di diligenza utilizzato dal privato, affinché l'affidamento, come si è detto, possa qualificarsi incolpevole, anziché legittimo. Pertanto, è giocoforza concludere che i richiami operati dalla giurisprudenza domestica al legittimo affidamento e, specialmente, a quello propugnato dalla Corte di giustizia, non possa essere utilmente invocato nel caso che ci occupa.

Le Sezioni unite, di recente⁷¹, nel richiamare i propri ultimi precedenti⁷², hanno precisato che la buona fede che rileva, al fine dell'applicazione delle regole della responsabilità, intesa come obbligo di osservanza dei canoni di buona fede e correttezza, si correla ad una posizione di diritto sog-

⁷⁰ Eppure, il principio dell'affidamento, spesso, viene considerato come diretta espressione dell'obbligo di correttezza e buona fede. In questo senso, ad es., B. MARCHETTI, *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 131.

⁷¹ Cass., Sez. un., 11 maggio 2021, n. 12248.

⁷² L'ordinanza in esame richiama Cass., Sez. un., n. 615/2021, e Cass, Sez. un., n. 8236/2020, cit.

gettivo. Secondo tale approdo, che merita di essere condiviso, questa accezione si colloca in una posizione di alterità rispetto all’affidamento, che viene in gioco nella legge n. 241/1990: qui, è ravvisabile un rapporto tra cittadino e autorità, che implica la titolarità di un interesse legittimo, presupponendo un confronto relazionale con l’esercizio della funzione; è, dunque, il perimetro della collaborazione procedimentale a non corrispondere «*alla regola di diritto civile*»⁷³.

⁷³ Così, Cass., Sez. un., n. 12428/2021, cit., § 2.4. In particolare, secondo la Corte, «*la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell’affidamento del privato nell’emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede, in quanto concernente diritti soggettivi, può essere compromessa mediante arbitrato rituale, a condizione che sia identificabile un comportamento della pubblica amministrazione, diverso dalla mera inerzia o dalla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo, che abbia cagionato al privato un danno in modo indipendente da eventuali illegittimità di diritto pubblico ovvero che abbia indotto il privato a non esperire gli strumenti previsti per la tutela dell’interesse legittimo pretensivo a causa del ragionevole affidamento riposto nell’emanazione del provvedimento non più adottato. (Nella specie, la S.C. ha ravvisato nella inerzia dell’amministrazione, consistita nell’omessa sottoscrizione del nuovo schema di convenzione urbanistica, approvato con delibera del Consiglio comunale, e nel perdurante mancato esercizio del potere di revoca, un comportamento idoneo a indurre il legittimo affidamento del privato sulla conclusione della convenzione)*».

CAPITOLO V

LESIONE DELL’AFFIDAMENTO, TUTELA RISARCITORIA E RIPARTO TRA LE GIURISDIZIONI

SOMMARIO: 1. La tutela dell’affidamento tra presupposti della responsabilità civile e riparto tra le giurisdizioni. Ricostruzione degli obblighi gravanti, nel corso delle procedure selettive, sull’amministrazione aggiudicatrice. Risultati dell’analisi fin qui condotta: convergenze e divergenze tra giudici amministrativi e Sezioni unite. Formazione del contratto e pubblica evidenza nella prospettiva “pan-pubblicistica”. – 2. (*Segue*): dalla “pubblicizzazione” dei doveri di correttezza discende la violazione delle norme di azione e non di relazione. L’illecito deriva dalla condotta. La situazione sostantiva vantata ha consistenza di diritto e non di interesse. La cognizione compete alla giurisdizione ordinaria. – 3. Esercizio del potere e doveri di condotta. Pubblica evidenza e trattative precontrattuali. Buona fede e correttezza tra azione e condotta. “Contatto procedimentale”, obblighi di protezione e procedimento. *Ius poenitendi* e stabilità dei rapporti tra *puissance publique* e attività di diritto privato. – 4. Affidamento del privato, risarcimento del danno e regole del riparto. Consistenza delle situazioni sostantive. Tutela annullatoria e tutela risarcitoria: un rapporto tormentato. Art. 7, comma 4, c.p.a. e tutela condannatoria, secondo C. cost. n. 204/2004. L’illegittimo esercizio del potere nella prospettiva dischiusa dagli artt. 7, comma 4, e 30, comma 2, c.p.a. Interpretazione letterale e non cumulabilità della tutela risarcitoria con quella annullatoria, dinanzi al giudice amministrativo. – 5. Effettività e concentrazione delle tutele. Gli artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a., nel quadro del diritto europeo. Il cumulo di azioni presuppone (e determina) l’azzeramento del diritto al risarcimento del danno e della sua tutela. L’affidamento tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario. – 6. Effettività della tutela e affidamento del privato tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario. In particolare, la tutela dei terzi e la compresenza di giudizi pendenti dinanzi alle due giurisdizioni. – 7. Affidamento del privato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Breve *excursus* sul percorso seguito dal giudice delle leggi. Le sentenze nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007 e 35/2010. I meri comportamenti possono rientrare nella giurisdizione esclusiva se costituiscono espressione del potere, mentre non sono tali quelli meramente materiali, ritenuti estranei al suo esercizio. – 8. Giurisdizione esclusiva, giudice delle leggi e codice del processo amministrativo. Se non v’è esercizio del

potere, non v'è giurisdizione esclusiva. La tutela risarcitoria dell'affidamento ha ad oggetto una condotta non costituente espressione (neppure mediata) del potere.

1. *La tutela dell'affidamento tra presupposti della responsabilità civile e riparto tra le giurisdizioni. Ricostruzione degli obblighi gravanti, nel corso delle procedure selettive, sull'amministrazione aggiudicatrice. Risultati dell'analisi fin qui condotta: convergenze e divergenze tra giudici amministrativi e Sezioni unite. Formazione del contratto e pubblica evidenza nella prospettiva "pan-pubblicistica".*

Nelle pagine che precedono l'affidamento nei rapporti tra privato e P.A. è stato considerato, per lo più, sul piano sostanziale, sebbene la letteratura esistente sull'argomento abbia, forse, sovraesposto gli effetti che investono il riparto tra le giurisdizioni¹. In generale, non è stato accolto con favore l'indirizzo delle Sezioni unite, avviato con il "trittico" delle ordinanze rese nel 2011². Non di meno, trascorsa, ormai, più di una decade, la Corte regolatrice del diritto non soltanto ha consolidato il proprio orientamento, ma lo ha affinato nelle pronunzie più recenti³. Ha dovuto anche fare fronte a censure, numerose e argomentate, sollevate da molti Autori.

Quanto, poi, alla giurisprudenza amministrativa, si sono affermati due contrapposti orientamenti: il primo ha seguito, in linea di massima, la tesi espressa dalla guardiana del riparto tra le giurisdizioni; il secondo, invece, non sembra essersi attenuto a tale interpretazione. La cartina di tornasole di questo stato di cose è rinvenibile anche nell'ordinanza n. 2013/2021, con cui è stata ravvisata la presenza di orientamenti contrastanti che, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., hanno indotto la Sezione semplice ad investire l'Adunanza plenaria dell'esame della questione⁴.

Gli argomenti sul tappeto, in sintesi, si riflettono sul riparto tra le giurisdizioni, sulle situazioni soggettive vantate e, in dipendenza delle prime

¹ Così, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 845.

² Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596/2011, sopra citate.

³ Il riferimento è, specialmente, a Cass., Sez. un., nn. 615 e 12428 del 2021.

⁴ C. Stato, Sez. II, ord. n. 2013/2021, cit.

due questioni, sulle condizioni previste per l’erogazione della tutela risarcitoria. Ebbene, l’Adunanza plenaria n. 19/2021, da un lato, ha escluso che la legittimità dell’esercizio del potere esoneri l’amministrazione pubblica dalle ragioni di danno subite dal privato, a fronte delle aspettative ingenerate alla stabilità provvedimento favorevole; dall’altro lato, identificando gli elementi costitutivi della responsabilità civile della medesima amministrazione, specie con riguardo al requisito della colpa, sembra presupporre che la controversia rientri nella giurisdizione amministrativa⁵.

Il punto di partenza per affrontare il punto può essere rappresentato dal confronto tra le conclusioni alle quali sono pervenuti i vertici della giurisdizione civile e di quella amministrativa: il “taglio delle ali” delle soluzioni estreme⁶, intanto, consente di mettere a fuoco i punti di convergenza, che non possono (e non debbono) essere sottostimati.

Due recenti pronunzie dell’Adunanza plenaria hanno inteso convergere su talune delle posizioni espresse dalle Sezioni unite⁷, come quella secondo cui la responsabilità dell’amministrazione è responsabilità da comportamento e non da provvedimento, con l’effetto che non vengono in gioco le regole di validità, il cui perimetro resta circoscritto all’area del potere.

In base alle pronunzie riferite, inoltre, i segmenti che compongono il procedimento non possono considerarsi impermeabili all’osservanza dei doveri di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1337 c.c.); diversamente, invece, nella costruzione della Suprema Corte, i medesimi obblighi operano se ed in quanto siano configurabili condotte destituite di un preciso collegamento con l’autoritatività.

Va soggiunto, poi, che, sempre in base alle due citate pronunzie del-

⁵ La controversia aveva ad oggetto l’azione risarcitoria promossa da una società nei confronti di un Comune, che aveva rilasciato alla medesima un titolo abilitativo per la realizzazione di un nuovo fabbricato in luogo di quello preesistente. Tale titolo è stato annullato, in sede giurisdizionale, su ricorso di alcuni titolari di immobili situati nelle vicinanze, in ragione della violazione della distanza minima dagli edifici prospicienti, stabilita dalle norme tecniche di attuazione del piano regolatore comunale, pari alla semisomma tra le altezze di questi con quello da realizzare.

⁶ Ricorrendo a un’espressione utilizzata da G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., pp. 99 ss.

⁷ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., e 7/2021, cit.

l'Adunanza plenaria (la n. 5/2018 e la n. 7/2021), l'instaurazione di trattative multiple tra l'amministrazione aggiudicatrice e i partecipanti alla gara, dando luogo ad una formazione progressiva del contratto, consente ai medesimi di acquisire una posizione qualificata, anche prima che venga adottata l'aggiudicazione definitiva e anche a prescindere da questa. Si tratta, invero, di una conclusione enunciata, vibratamente, dall'Adunanza n. 5/2018, disattendendo la tesi contraria verso la quale propendeva l'ordinanza di rimessione⁸ e la giurisprudenza da essa richiamata, secondo cui, invece, i citati doveri sorgerebbero solamente in una fase avanzata delle trattative⁹. In base a quest'ultima prospettiva, sarebbe (solamente) la definitiva scelta del contraente (da considerarsi, prima di allora, come un mero aspirante) a dare vita ad un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, mentre la proposta *in incertam personam* sarebbe sempre revocabile (art. 1336, comma 2, c.c.), in ragione dell'indeterminatezza dei destinatari.

Per converso, secondo la citata sentenza n. 5/2018, sarebbe configurabile la responsabilità dell'ente pubblico, «*senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara*»¹⁰, in quanto l'inosservanza degli obblighi di correttezza e buona fede non soltanto contravviene alla libertà di autodeterminazione, ma attenta all'integrità del patrimonio. Sempre in base alla medesima Adunanza plenaria, infatti, «*l'attuale portata del dovere di correttezza è oggi tale da prescindere dall'esistenza di una formale "trattativa" e, a maggior ragione, dall'ulteriore requisito che tale trattativa abbia raggiunto un livello così avanzato da generare una fondata aspettativa in ordine alla conclusione del contratto*».

*Ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale*¹¹. Sic-

⁸ C. Stato, Sez. III, 24 novembre 2017, n. 515.

⁹ C. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146; C. Stato, Sez. V, n. 1599/2016, cit.; C. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; C. Stato, Sez. V, n. 4272/2014, cit.

¹⁰ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 18.

¹¹ Come precisa C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 27, muovendo dalla premessa secondo cui «*Il nuovo legame che così si instaura tra dovere di correttezza e libertà di autodeterminazione negoziale (omissis) impedisce allora di restringerne lo spazio applicativo alle*

ché, allineandosi alle Sezioni unite¹², la pronunzia in esame riconosce che «l’art. 1337 cod. civ. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative, ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l’ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto»¹³.

2. (Segue): dalla “pubblicizzazione” dei doveri di correttezza discende la violazione delle norme di azione e non di relazione. L’illecito deriva dalla condotta. La situazione sostantiva vantata ha consistenza di diritto e non di interesse. La cognizione compete alla giurisdizione ordinaria.

In base alla costruzione propugnata dal Consiglio di Stato, l’amministrazione entra in contatto con ciascun operatore economico, a fronte di un’offerta al pubblico (art. 1336 c.c.). Su di essa si fonda un affidamento, che investe l’osservanza dei doveri di correttezza. Sarebbero, allora, le nor-

sole situazioni in cui sia stato avviato un vero e proprio procedimento di formazione del contratto o, comunque, esista una trattativa che abbia raggiunto già una fase molto avanzata, tanto da far sorgere il ragionevole affidamento circa la conclusione del contratto.

Al contrario, 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» (ivi, § 26).

¹² Così, C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 29. Soggiunge la sentenza (al § 32) che «la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell’attività autoritativa, l’amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l’invalidità del provvedimento e l’eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell’interesse legittimo), ma anche le norme generali dell’ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull’interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell’altrui scorrettezza».

¹³ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2017, n. 26725.

me pubblicistiche, che disciplinano il procedimento ad evidenza pubblica, a ricomprendere i doveri di correttezza e buona fede, la violazione dei quali integrano un fatto illecito.

Sous cet angle, il procedimento selettivo sarebbe permeabile rispetto ai suddetti doveri. Ciò anche quando i momenti autoritativi risultano preordinati alla formazione del contratto. Il che vale a dire che gli obblighi comportamentali, gravanti sul soggetto pubblico, esulerebbero dall'ambito privatistico, come se non si versasse dall'ambito delle trattative precontrattuali e queste non fossero presiedute dall'art. 1337 c.c.¹⁴. Con il corollario che la tutela risarcitoria deriverebbe dall'inosservanza di regole munite di una valenza pubblicistica, anche se mutate dal codice civile.

Ma, se è così è, l'obbligazione risarcitoria finisce per discendere, in realtà, non già da una condotta, ma da un illecito procedimentale nella cui disciplina viene riconosciuto l'ingresso del dovere di agire secondo correttezza e buona fede. Le principali conseguenze dischiuse da un simile approccio interpretativo, in una traiettoria progressiva, sono due: la prima è che il privato diverrebbe titolare di un interesse legittimo, quale figura relazionale che esprime il confronto con il potere, al quale risulterebbe imputabile l'affidamento deluso del privato; la seconda conseguenza è che la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede finirebbe per integrare una forma di illegittimità, ritenendosi che l'amministrazione si sia discostata da un parametro di validità dell'azione autoritativa¹⁵.

Il risultato più paradossale, forse, di una simile progressione sembra essere quello di fare un salto nel passato, perché a venire posta in dubbio diverrebbe la (stessa configurabilità della) responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. Ad essere fonte di responsabilità, ingenerando un affidamento incolpevole, sarebbe, infatti, il provvedimento, ancorché «*come elemento di una più complessa fattispecie (di natura comportamentale)*»¹⁶: proprio l'esatto contrario di quanto, fin qui, si è inteso dimostrare, affermandosi che comportamenti, i quali si collocano all'esterno dell'a-

¹⁴ Questo sembra desumersi, almeno implicitamente, dagli argomenti spesi da C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018.

¹⁵ A favore di questa tesi propende l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria, resa da C. Stato, Sez. II, n. 2013/2021, cit.

¹⁶ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 35.

zione amministrativa, possono integrare un torto aquiliano, ove risultino difformi dai generali canoni di correttezza e buona fede.

È pur vero è che, secondo la tesi in esame, la fattispecie ben ricomprenderebbe una condotta. Questa, però, eserciterebbe un ruolo ancillare all’esercizio del potere nell’attendere all’integrità del patrimonio del privato e alla libertà del medesimo di autodeterminarsi.

Si tratta, invero, di una conclusione influenzata da una costruzione pan-pubblicistica, nella quale le manifestazioni dell’autonomia privata finiscono per essere attratte ed assorbite dall’azione autoritativa. In tale ottica la configurabilità di trattative precontrattuali diviene una sorta di petizione di principio, se correttezza e buona fede vengono trasposte nel paradigma del provvedimento.

Il risultato (non avvertito o, forse, sottostimato) a cui si perviene è quello di conferire ad esso una natura anfibia: da un lato, accanto alle regole dell’esercizio del potere, l’affidamento integrerebbe una regola di validità, entro il perimetro dell’esercizio dei poteri di autotutela¹⁷; dall’altro lato, sarebbero la correttezza e la buona fede a conformare la serie procedimentale fino al provvedimento conclusivo, seppure nella cornice delle regole di responsabilità. La situazione soggettiva vantata, in entrambe le ipotesi, non potrebbe non essere quella dell’interesse legittimo, mentre il comportamento maschererebbe il provvedimento: il corollario è che la giurisdizione apparterrebbe al giudice degli interessi e non a quello dei diritti.

3. *Esercizio del potere e doveri di condotta. Pubblica evidenza e trattative precontrattuali. Buona fede e correttezza tra azione e condotta. “Contatto procedimentale”, obblighi di protezione e procedimento. Ius poenitendi e stabilità dei rapporti tra puissance publique e attività di diritto privato.*

Gli argomenti appena riferiti censurano l’orientamento espresso dalla guardiana delle giurisdizioni, che, nel corso dell’ultimo decennio, si è an-

¹⁷ Qui, secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., p. 838, «il peso dell’interesse del privato non si correla alla meritevolezza soggettiva della fiducia».

dato progressivamente consolidando. La responsabilità civile dell'amministrazione pubblica da provvedimento favorevole, successivamente annullato, consegue a condotte che si connettono, seppure variabilmente, all'azione autoritativa: tale azione, può, a sua volta, rappresentare il percorso formativo della volontà delle parti e, segnatamente, di quella pubblica; oppure può essere disgiunta dall'attività di natura negoziale.

A quest'ultimo proposito, secondo l'Adunanza plenaria, la responsabilità dell'amministrazione è configurabile «*anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto*»¹⁸. L'affermazione è suscettibile di due concorrenti letture, secondo una delle quali i doveri di correttezza e buona fede acquisirebbero una connotazione pubblicistica, integrando l'attività procedimentale. Questa tesi, tuttavia, per le ragioni già indicate, non può essere condivisa.

Più persuasiva appare, invece, una concorrente lettura, in base alla quale il dovere di correttezza e buona fede integra una clausola generale, gravante sui poteri pubblici, nel senso che, anziché conformare l'esercizio del potere, identifica uno *standard* di condotta, dalla violazione del quale deriva l'obbligazione risarcitoria. Ciò anche quando l'esercizio del potere risulta scollegato dall'evidenza pubblica: il che avviene, ad esempio, nell'attività di pianificazione, nella quale si sono imbattute le Sezioni unite riconoscendo la giurisdizione del giudice dei diritti¹⁹; ovvero in quella, parimenti affrontata dalla Corte, della costruzione di un'opera su un bene demaniale²⁰.

L'idea dalla quale si intende dissentire, ove portata alle sue estreme conseguenze, tende a dequotare la disciplina della responsabilità civile legata alla formazione del contratto. Perché, quando una delle parti è una P.A., i doveri in questione troverebbero la propria fonte nell'azione autoritativa, prima ancora che nell'attività negoziale. Con il corollario che, sempre se uno dei contraenti è un soggetto pubblico, il regime privatistico diverrebbe cedevole. Il risultato (quello forse, più sorprendente) sarebbe (proprio) quello di rendere inoperante, nei confronti delle amministrazioni pubbliche, gli obblighi aventi fonte nel diritto privato.

Se correttezza e buona fede finiscono per integrare degli obblighi pro-

¹⁸ C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 35.

¹⁹ Cass., Sez. un., n. 1654/2015, cit.

²⁰ Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit., in *Riv. giur. ed.*, 2015, I, p. 1044.

cedimentali e non più (o non solamente) negoziali, il prezzo pagato rischia di essere, quando una parte è pubblica, quello di escludere la stessa configurabilità delle trattative precontrattuali. Il che, tra l’altro, contravverrebbe alla tesi, generalmente condivisa, secondo cui nella pubblica evidenza si registrerebbe la formazione, seppure progressiva, di un contratto.

Ciò non significa, però, escludere che l’affidamento, nell’accezione considerata, possa trovare riscontro anche nell’ambito dell’esercizio della potestà. Il punto è che, non ostante l’impiego di un linguaggio condiviso, l’espressione può subire declinazioni diverse. Due sono le possibili evenienze: la prima si registra quando gli atti del procedimento si connettono all’attività precontrattuale; la seconda, invece, si presenta quando la delusione del privato, pur risultando collegata all’attività amministrativa, non risulta imputabile, almeno direttamente, al provvedimento favorevole, che ha cessato di produrre i suoi effetti ²¹.

Ancora, sempre di recente, l’Adunanza plenaria ha seguito le orme delle Sezioni unite, costruendo le procedure selettive in chiave negoziale: da una parte, il bando di gara integrerebbe l’offerta al pubblico (art. 1336 c.c.); dall’altra parte, sarebbe la compresenza di una pluralità di aspiranti ad orientare le trattative, le quali, dal momento della presentazione delle offerte, diverrebbero “multiple” o “parallele” ²². Quand’anche una delle parti del contratto sia pubblica, la sequenza procedimentale non appare in grado di scolorire la natura negoziale dell’attività, in quanto gli artt. 1337 e 1338 c.c. riguardano le trattative condotte dalle parti: da tutte, a prescindere dal fatto che la loro natura sia pubblica o privata.

Più complessa, invece, è la questione dei doveri di buona fede e correttezza, quando l’attività precontrattuale non si sovrappone a quella negoziale ²³. Seguendo la tesi espressa dalla Corte regolatrice, i medesimi do-

²¹ Si confronti, ampiamente, A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino*, cit., pp. 125 ss.

²² Il riferimento è, ancora, a C. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, § 36, che richiama, sul punto, Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, e Cass., Sez. I, n. 15260/2014, cit., mentre, per la giurisprudenza amministrativa, C. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142, e C. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831.

²³ Il che ha indotto a porre un interrogativo, vertente sull’autonomia del principio dell’affidamento, inteso come un modello autonomo rispetto al modello delle trattative

veri si collocano al di fuori dell'area dell'autoritatività. Anche se possono operare in sovrapposizione con l'adozione degli atti del procedimento, non di meno, traggono fonte dal divieto del *neminem laedere*.

Può anche riconoscersi, in ipotesi, l'esistenza di un «*contatto procedimentale*»²⁴, in grado di riflettere quello "sociale", costituente, come tale, la fonte di "obblighi di protezione". Anche se la preesistenza di un vincolo procedimentale non pare in grado di escludere il torto aquiliano, costituente una clausola generale. Del resto, non sembra sempre identificabile, nei segmenti dell'attività procedimentale, l'esistenza di obblighi funzionali alla realizzazione di un diritto²⁵. Pertanto, il contatto "amministrativo" (o, se si vuole, "procedimentale") non può rappresentare la fonte di alcun specifico dovere, la violazione del quale consente il ricorso alla tutela risarcitoria. Le regole che presiedono gli atti strumentali e quelli provvedimentali, essendo rette dal principio di legalità e da quello della tipicità, operano su un piano diverso²⁶. Non può, quindi, avere luogo alcuna commistione con il diritto privato, né possono assumere rilevanza, almeno in tale ambito, *standards* comportamentali desunti dai doveri di condotta.

Così, la disciplina degli atti di ritiro si colloca in un'area disgiunta, in cui lo *ius poenitendi* non soltanto assume uno spettro ben più ampio, ma il suo esercizio soggiace ad una valutazione comparativa degli interessi di natura discrezionale²⁷. Qui, l'affidamento riposto nella stabilità del prov-

preordinate alla formazione del contratto (G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento*, cit., p. 1198).

²⁴ V. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 240, che sembra collegare gli obblighi di protezione «allo status della p.a. che genera nel cittadino l'affidamento che essa agisca in maniera legittima».

²⁵ Secondo V. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 531, «la differenza tra responsabilità c.d. contrattuale e responsabilità c.d. extracontrattuale» denota una «diversità strutturale, che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione di un diritto e la seconda alla lesione tout court di un diritto».

²⁶ Così, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino*, cit., p. 129, paventa il coinvolgimento del principio di legalità, laddove la base legale del potere venisse «rimodellata per essere adeguata al principio di affidamento». Come rimarca l'Autore (ivi p. 131), «l'affidamento del cittadino ... non si inquadra in un rapporto obbligatorio con un altro cittadino, ma si confronta con il potere amministrativo».

²⁷ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 223, rimarcando che

vedimento, da parte del suo destinatario, riceve una protezione che l’ordinamento giuridico gli accorda entro i limiti ben più angusti previsti dal tessuto normativo. La conservazione del bene della vita a cui il privato ambisce incontra protezione nella dinamica relazionale dischiusa dalla titolarità di un interesse legittimo pretensivo. Stabilità e certezza, infatti, divengono più labili, come può confermare anche il confronto tra la disciplina della revoca del provvedimento (art. 21-*quinquies*, legge n. 241/1990) e quella del recesso dal contratto, in cui è parte una P.A. (art. 21-*sexies*, legge n. 241/1990).

4. *Affidamento del privato, risarcimento del danno e regole del riparto. Consistenza delle situazioni sostantive. Tutela annullatoria e tutela risarcitoria: un rapporto tormentato. Art. 7, comma 4, c.p.a., e tutela condannatoria, secondo C. cost. n. 204/2004. L’illegittimo esercizio del potere nella prospettiva dischiusa dagli artt. 7, comma 4, e 30, comma 2, c.p.a. Interpretazione letterale e non cumulabilità della tutela risarcitoria con quella annullatoria dinanzi al giudice amministrativo.*

La tutela dell’affidamento riposto nell’attività dell’amministrazione, come si è già accennato, è suscettibile di una ulteriore lettura, sulla quale si sono concentrati i principali commenti degli Studiosi del diritto amministrativo, secondo i quali non verrebbero in gioco solamente i presupposti della responsabilità civile, perché la violazione dell’affidamento, conseguente alla rimozione di un provvedimento illegittimo, determinerebbe la lesione non già di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo²⁸.

Cosicché, la questione viene traspota in un ambito ulteriore: quello della consistenza delle situazioni soggettive coinvolte e del riparto tra le

«il diritto privato, infatti, non ammette, di regola, uno jus poenitendi relativo ad atti che abbiano già prodotto effetti nella sfera giuridica di terzi e ciò in relazione al principio della stabilità e della certezza dei rapporti giuridici. Un caso eccezionale è quello della revoca della donazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (art. 800 cod. civ.)».

²⁸ F.G. SCOCA, *L’interesse legittimo*, cit., pp. 463-464.

giurisdizioni²⁹. Secondo una tesi, l'affidamento non potrebbe trasformare il diritto soggettivo in interesse legittimo e viceversa³⁰. E, ancora, in base ad un'opinione, la Suprema Corte prefigurerebbe, persino, una «*campagna annessionistica*», in guisa da enfatizzare «*il carattere ancillare o di complemento dell'azione di danni rispetto a quello dell'annullamento*»³¹.

Quest'affermazione, nella sua perentorietà, affronta una questione centrale che investe il processo amministrativo: quella del rapporto tra tutela annullatoria e tutela condannatoria. A tale riguardo, una parte degli Studiosi del diritto amministrativo ha identificato negli artt. 7 e 30 del codice la *clef de voûte* per attribuire la cognizione dell'azione risarcitoria al giudice degli interessi legittimi. In un'ottica "pan-pubblicistica" la delusione dell'affidamento riposto nel provvedimento legittimamente rimosso si inquadreerebbe all'interno dell'esercizio della funzione, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo³². La tesi investita da questa critica, invece, isolando in modo artificioso un frammento dell'attività dell'amministrazione, ometterebbe di collegarlo nel «*contesto tutto pubblicistico nel quale tale frammento rimane comunque inserito*»³³.

Se dalle impalcature concettuali di teoria generale si passa alla disciplina del processo, può constatarsi che l'art. 7, comma 4, ult. parte, c.p.a., attribuisce alla giurisdizione (generale di legittimità) del giudice amministrativo (anche) le controversie «*relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*»: a questo riguardo, risulta dirimente la consistenza della situazione sostantiva fatta valere in giudizio.

²⁹ Come si è rilevato, «*la distinzione tra le due categorie giuridiche ha assunto tradizionalmente rilievo sotto due aspetti: è assunta a criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo ...; è servita a delimitare l'ambito della responsabilità civile della pubblica amministrazione*» (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 129).

³⁰ V. NERI, *La tutela dell'affidamento*, cit., p. 801.

³¹ G.D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, cit., p. 197. Dello stesso Autore si veda anche *La tutela risarcitoria "oltre" il codice*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, p. LXVII.

³² M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio*, cit., p. 901.

³³ M. MAZZAMUTO, *ult. op. cit.*, p. 905. Del medesimo Autore si veda anche *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008.

Dall’indagine fin qui condotta è emerso che l’affidamento ingenerato da un provvedimento venuto meno, perché revocato o annullato, non rileva, in base alle norme che costruiscono l’esercizio del potere. Al contrario, vengono in gioco le regole contenute nel codice civile e, segnatamente, rileva l’osservanza dei doveri di correttezza e buona fede, gravanti sui soggetti pubblici, non diversamente dai soggetti privati.

Se così è e se l’ente pubblico ha agito in violazione dei suddetti obblighi, non vi può essere spazio per la tutela risarcitoria erogata dal giudice amministrativo. Questo, innanzi tutto, perché il privato è titolare di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo. Ma non solo, perché la norma in esame evoca la tutela condannatoria come strumento complementare, che si aggiunge all’azione di annullamento.

Tale tutela, che ricomprende la reintegrazione in forma specifica, non rappresenta una nuova “materia”, devoluta alla cognizione della giurisdizione amministrativa. Come ha puntualizzato il giudice delle leggi, si tratta, invece, di «*uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (elo conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*»³⁴. Se non vi è annullamento, perché, a monte, non vi è illegittimità, al giudice amministrativo resta preclusa l’erogazione della tutela risarcitoria.

La tesi qui analizzata giunge, persino, ad equiparare la situazione della quale ci si occupa alla «*figura del cattivo esercizio della funzione*»³⁵. Senonché, al più, potrebbe parlarsi di esercizio della funzione. Certo è, però, che tale esercizio non potrebbe definirsi come “cattivo”, se è vero che esso è legittimo. Si tratta di un’obiezione, davvero, insuperabile.

Ma la medesima opinione presta il fianco ad un argomento ulteriore, che si fonda sulla formulazione del IV alinea dell’art. 7 c.p.a. Perché la condanna al risarcimento del danno si pone come complementare ed additiva, rispetto all’annullamento. È l’illegittimità dell’esercizio del potere, infatti, ad integrare il presupposto necessario della pronuncia condannatoria, giustificando la deroga alla tutela giurisdizionale dei diritti, spettante al giudice ordinario.

³⁴ Così, C. cost., n. 204/2004, cit., § 3.4.1., in riferimento all’art. 7 legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui, alla lett. c), ha sostituito l’art. 35 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, anche in *Foro amm.-CdS*, 2004, pp. 1895 e 2475.

³⁵ M. MAZZAMUTO, *ult. op. cit.*, p. 901.

Tali argomenti, fatti propri in molte pronunce dalla Suprema Corte, trovano avallo nel testo dell'art. 30 c.p.a., che consente la proposizione, dinanzi alla giurisdizione amministrativa, dell'azione risarcitoria, anche in forma specifica³⁶. Il II alinea di tale disposizione è chiarissimo nel precisare che il risarcimento del danno deve derivare «*dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*»³⁷. La norma propende, inoltre, a favore della configurazione della responsabilità in chiave aquiliana, in quanto il danno risarcibile è quello «*ingiusto*».

Si tratta, d'altronde, di un'opzione che ricorre non di rado nelle leggi amministrative, mediante il richiamo al modello di protezione disegnato dall'art. 2043 c.c. Si consideri, in proposito, che è dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento che deriva la risarcibilità del «*danno ingiusto*», così come prevede l'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990. In tutti i casi considerati il comune denominatore è sempre quello dell'esercizio illegittimo del potere (o del suo mancato esercizio, non ostante la doverosità che l'ordinamento gli riconosce): è così laddove il risarcimento compensi la compromissione del patrimonio e il pregiudizio eco-

³⁶ Sul quale si confrontino, specialmente, AA.VV., *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. Zito-D. De Carolis, Milano, 2003; M. MONTINARI, *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 354 ss.; A. TRAVI, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 994 ss. F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002; F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 50 ss.; P. VIRGA, *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 326 ss.

³⁷ *Ex aliis*, D. FALCON-F. CORTESE-B. MARCHETTI, *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, pp. 46 ss. e 312 ss. e, specialmente, p. 313; A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021, pp. 116 ss.; F. CARRAI, *La tutela risarcitoria a fronte dell'illegittimo esercizio del potere*, in AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli-L. De Lucia, Torino, 2009, pp. 49 ss. e, specialmente, pp. 86 ss.; E. FOLLIERI, *Il Modello per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 18 ss.; F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione*, cit., pp. 43 ss.

nomico, a cui la demolizione del provvedimento illegittimo non è stata in condizione di porre rimedio; avviene lo stesso nell’ipotesi dell’inazione, quando la potestà doveva essere esercitata e non lo è stata, come in quella della mancata conclusione del procedimento;

Il danno, in base al citato art. 7, comma 4, deve conseguire all’«*illegittimo esercizio dell’attività amministrativa*». Per converso, se la rimozione del provvedimento risulta legittima, viene meno qualsiasi collegamento con la tutela erogabile dal giudice amministrativo. Questo è, appunto, il caso dell’affidamento ingenerato da un provvedimento favorevole, divenuto oggetto di un atto di ritiro ovvero annullato in sede giurisdizionale.

Il *drafting* della norma, del resto, non consente una differente conclusione, mentre la tesi contraria legge il IV alinea, rimuovendo la qualificazione dell’azione autoritativa in termini di illegittimità, come se il fatto illecito fosse *tout-court* la conseguenza dell’esercizio del potere, prescindendo dalla sua connotazione: si tratta, invero, di una operazione non consentita, perché perviene ad una forzatura del testo della norma, omettendo di considerare limiti e cautele che l’art. 103, comma 1, Cost., pone alla devoluzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti soggettivi.

5. *Effettività e concentrazione delle tutele. Gli artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a., nel quadro del diritto europeo. Il cumulo di azioni presuppone (e determina) l’azzeramento del diritto al risarcimento del danno e della sua tutela. L’affidamento tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario.*

Quest’ultima conclusione, confortata dagli approdi a cui è pervenuta la Suprema Corte, è stata avversata, mediante l’invocazione dei valori dell’effettività³⁸ e della concentrazione della tutela giurisdizionale, scolpiti negli

³⁸ Sulla quale si vedano, tra gli altri: F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013; M. ALLENA, *L’art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’interno degli Stati membri nell’Unione europea*, in *RIDPC*, 2012, pp. 267 ss.; E. PICOZZA, *Effettività e giusto processo*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani-F. Vetrò, Torino, 2010, pp. 55 ss.; M.P. CHITI, *L’effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazio-*

artt. 1 e 7, comma 6, c.p.a.³⁹. L'effettività della tutela (art. 1 c.p.a.)⁴⁰, alla quale viene ascritta la concentrazione (art. 7, comma 7, c.p.a.), integra un paradigma disegnato dalla Convenzione EDU negli artt. 13 e 6, § 1⁴¹. Più ampio, invece, viene ritenuto l'ambito di applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sancendo una costella-

nali e influenza del diritto comunitario, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 499 ss.; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, ivi, pp. 523 ss.; M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, Milano, 1997; G. GRECO, *L'effettività della giustizia italiana nel quadro del diritto europeo*, in *RIDPC*, 1996, pp. 800 ss.

³⁹ G.D. COMPORTI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, cit., p. 195.

⁴⁰ La violazione di tale principio è stata esclusa, di recente, da C. cost., 22 luglio 2017, n. 94, § 8, che ha giudicato non pertinente il richiamo, operato dal giudice remittente, a CGUE, Sez. V, 26 novembre 2015, C-166/14, *Med Eval*. Secondo la citata pronuncia del giudice delle leggi, «*la Corte ha ritenuto non compatibile con il richiamato principio una disciplina che assoggettava l'azione risarcitoria in materia di appalti pubblici a un termine di decadenza semestrale in ragione del rilievo – giustamente ritenuto determinante – che esso veniva fatto decorrere “senza tener conto della conoscenza o meno, da parte del soggetto leso, dell'esistenza di una violazione di una norma giuridica”*». I giudici del palazzo della Consulta hanno ritenuto non fondata la questione di legittimità dell'art. 30, comma 3, c.p.a., sollevata dal TAR per il Piemonte, con ordinanza del 17 dicembre 2015, in riferimento agli artt. 3, 24, commi 1 e 2, 111, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE e agli artt. 6 e 13 della Convenzione EDU «*nella parte in cui stabilisce che “[l]a domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza 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”*».

⁴¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016, pp. 97 ss. In questo senso, CGUE, Sez. III, 27 giugno 2013, C-93/12, *ET Agrokonsulting*, § 59, anche in riferimento al principio di autonomia procedurale (§ 57), e CGUE, Sez. IV, 28 febbraio 2013, C-334/12, *Jaramillo e altri*, § 42. Sull'effettività della tutela nel diritto dell'Unione, si vedano anche CGUE, Sez. V, 26 novembre 2015, *MedEval*, cit., §§ 26 ss., e CGUE, Sez. IV, 18 marzo 2010, C-317-318-319 e 320/08, *Alassini*, §§ 47 ss., che affrontano anche il principio di equivalenza. La tesi della Corte di Lussemburgo è che il principio di effettività non può, normalmente, essere considerato in riferimento ad un limite massimo preciso, determinato astrattamente, dovendo, invece, essere valutato di volta in volta, alla luce delle circostanze del caso di specie (CGUE, Sez. VI, 30 novembre 2006, *Commissione c. Italia*, C-293/05, § 25).

zione di diritti⁴². Resta, comunque, il fatto che l’effettività costituisce un parametro affermato ripetutamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³. Essa costituisce, infatti, la cartina di tornasole dell’adeguatezza della tutela giurisdizionale e dei mezzi da questa apprestati⁴⁴. Altro è proclamare o estendere i diritti ed altro è, invece, assicurare la loro concreta protezione⁴⁵, la quale può essere sorretta non soltanto dall’esigenza di assicurare l’osservanza della legge, ma da quella di conseguire il benessere collettivo, mediante un’allocazione efficiente delle risorse, propugnata dall’analisi economica del diritto⁴⁶. Anche il giudice delle leggi è solito riconoscere il principio della pienezza e della effettività della tutela giurisdizionale, che collega al diritto di difesa, in riferimento agli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁴⁷.

Ciò detto sul piano più generale, è lecito dubitare che la soluzione propugnata dalle Sezioni unite possa risolversi in una compromissione del principio di effettività della tutela. Intanto, il cumulo tra azione di annullamento e condanna risarcitoria risulta ammissibile se (e nella misura in

⁴² V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali*, cit., p. 224, richiamando in nota, CGUE, Grande Sezione, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05, *Kadi*.

⁴³ Si vedano, in proposito, i *leading cases* più risalenti, come le sentenze della Corte di giustizia del 9 giugno 1990, C-312/89, *Factortame I*, e del 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*. In senso critico, nei confronti della medesima Corte, M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, pp. 387 ss.: secondo l’Autore, «l’Unione, così pronta a sollecitare o a imporre riforme del diritto nazionale per assicurare la piena tutela dei singoli, non sembra applicare pienamente a sé stessa i medesimi principi».

⁴⁴ F.F. GUZZI, *Effettività della tutela giurisdizionale e processo amministrativo*, Milano, 2013, p. 26.

⁴⁵ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, p. 63.

⁴⁶ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, cit., p. 7.

⁴⁷ Così, da ult., C. cost., 25 giugno 2019, n. 160, in *Foro amm.*, 2020, p. 1806. La questione dell’effettività della tutela è stata, di recente, presa in considerazione da TAR Lazio, Roma-Sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176, ivi, 2019, p. 131, nello scrutinare il requisito soggettivo e quello oggettivo di un atto qualificato come politico: questo da tale qualifica deriva il difetto assoluto di giurisdizione con la conseguente impossibilità di conseguire la tutela, ponendosi potenzialmente in contrasto con i valori contenuti nelle norme costituzionali.

cui) tale combinazione è ammessa dalla legge: ma questo, per le ragioni indicate, non sembra essere, di certo, il caso.

Del resto, la questione centrale è rappresentata dal grado di copertura che la tutela è in grado di attribuire alle situazioni soggettive fatte valere. Se il potere è illegittimo, la concentrazione consente al medesimo giudice di offrire tutela a tutte le conseguenze derivanti dall'illegittimità che connota l'esercizio della potestà amministrativa. Così non è, invece, nel caso opposto, quando l'azione risarcitoria si fonda sul suo esatto contrario e, cioè, sulla legittimità del potere esercitato, che ha germinato un affidamento incolpevole. Se il provvedimento è valido, non v'è necessità di concentrazione e questa, non da ultimo, viene svuotata da qualsiasi concreta utilità.

Va, anzi, osservato che, prestando adesione alla tesi qui avversata, si perviene al risultato di negare qualsiasi copertura all'affidamento incolpevole, in ragione del fatto che il provvedimento su cui questo si fonda, si è rivelato illegittimo. Sicché, il richiamo operato all'effettività e alla concentrazione perviene, sorprendentemente, al risultato di negare *tout-court* la tutela risarcitoria, in base all'equazione posta tra atto illegittimo e fatto illecito. Ma il secondo può sussistere anche in assenza del primo, se, sulle orme della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, si scindono le regole di validità da quelle di condotta, alle quali viene ancorata la tutela riconosciuta alla lesione dell'affidamento incolpevole serbato dal privato.

Se l'azione condannatoria viene radicata sulla lesione dell'interesse legittimo, il cumulo con l'azione demolitoria tende ad accrescere (e non già a diminuire) lo *standard* della tutela accordata. Non è così, invece, quando le ragioni di danno si fondano su un diritto soggettivo, disancorato dalla manifestazione illegittima del potere. Proprio il programma dell'effettività della tutela (art. 1 c.p.a.), munito di un saldo ancoraggio al diritto europeo, si rivela ostativo ad una concentrazione tra annullamento e condanna, da cui discenderebbe il sostanziale azzeramento della pretesa risarcitoria del privato. I principi invocati, in conclusione, pervengono ad un risultato diametralmente opposto a quello perseguito, in termini di pienezza della tutela giurisdizionale. Come è stato persuasivamente sostenuto, il sistema di tutele che caratterizza l'interesse legittimo non si presta a soddisfare (sempre) l'interesse del privato, mentre la tutela risarcitoria

dei diritti «risponde alle esigenze riparatorie lasciate insoddisfatte dalla tutela pubblicistica dell’affidamento»⁴⁸.

6. *Effettività della tutela e affidamento del privato tra cognizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario. In particolare, la tutela dei terzi e la compresenza di giudizi pendenti dinanzi alle due giurisdizioni.*

Un ulteriore argomento critico è stato sollevato in relazione al fatto che l’affidamento ingenerato da un determinato provvedimento può essere valutato da due plessi giurisdizionali: il privato, prima, chiede l’annullamento giurisdizionale del provvedimento favorevole e, poi, all’esito del rigetto del ricorso, richiede il risarcimento al giudice ordinario⁴⁹. L’assunto è suggestivo, ma non persuade.

Intanto, l’illegittimità del provvedimento costituisce il presupposto della tutela erogabile. Perché l’affidamento deluso è ancorato all’erronea rappresentazione della stabilità di un determinato assetto, il quale, però, si appalesa temporaneo, venendo travolto. Il punto è che tale affidamento non è quello che viene apprezzato nell’ambito dell’autotutela amministrativa. Come si reputa di avere dimostrato in precedenza, nel primo caso, vengono in considerazione la buona fede oggettiva e i doveri di correttezza, mentre, nel secondo, l’apprezzamento investe la comparazione tra l’interesse privato e quelli contrapposti, in un’operazione di bilanciamento, che tiene conto della stabilità dell’assetto prodotto dal provvedimento; la prima è una fattispecie aperta o atipica, al contrario della seconda, che è presieduta dai principi di legalità e tipicità, che contraddistinguono l’agire avvalendosi di moduli autoritativi.

Un’altra questione, ancora, investe i terzi, che possono gravare un provvedimento e richiedere il risarcimento del danno ad esso conseguente⁵⁰. In caso di annullamento giurisdizionale, il destinatario del provvedimen-

⁴⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., pp. 848 e 852.

⁴⁹ M. MAZZAMUTO, *ult. op. cit.*, p. 906.

⁵⁰ Per tutti, D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992; ID., *La tutela dell’interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.

to richiede il risarcimento del danno per avere fondato il proprio incolpevole affidamento sulla sua validità. Secondo una tesi, il contesto riferito germinerebbe «una sgangherata sovrapposizione di giudizi»⁵¹.

Ma, in realtà, nessuna “sovrapposizione” può essere ravvisata. Al più, giudice amministrativo e giudice ordinario vengono investiti della cognizione di fatti collegati, sul piano storico e, in qualche misura, su quello logico. Vero è che l’annullamento del provvedimento può costituire la premessa della tutela risarcitoria erogata dal secondo: ma ciò avviene sul piano del fatto. Inoltre, in disparte l’alterità delle situazioni sostantive fatte valere, gli oggetti dei due processi, quello civile e quello amministrativo, non coincidono. Il che vale, pertanto, ad escludere la configurabilità di un contrasto tra giudicati⁵². Come si vede, dunque, nessuna asimmetria può conseguire alla protezione dell’affidamento, ove venga in gioco la lesione di un diritto soggettivo.

7. *Affidamento del privato e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Breve excursus sul percorso seguito dal giudice delle leggi. Le sentenze nn. 204/2004, 191/2006, 140/2007 e 35/2010. I meri comportamenti possono rientrare nella giurisdizione esclusiva se costituiscono espressione del potere, mentre non sono tali quelli meramente materiali, ritenuti estranei al suo esercizio.*

Come si reputa di avere dimostrato, nessun criterio di collegamento risulta offerto dal codice del processo amministrativo per la tutela dell’af-

⁵¹ In termini non dissimili si veda anche C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., p. 575.

⁵² Come rimarca F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione*, cit., p. 47, il quale, escludendo l’esistenza di un rapporto di pregiudizialità, evoca la possibilità di un mero contrasto tra accertamenti. Costituisce, ormai, *ius receptum*, il principio secondo cui può configurarsi il contrasto tra giudicati, se ed in quanto possa ravvisarsi tra le controversie una identità di soggetti e di oggetto, tale che tra le due vicende processuali sussista concordanza degli estremi identificativi e non si versi in presenza di un mero antecedente logico (da ult., Cass, Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4343, Cass., Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 38230, e Cass., Sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763. Si confronti anche TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 2 dicembre 2020, n. 2368).

fidamento del privato riposto in un provvedimento a lui favorevole, che sia stato successivamente rimosso in modo legittimo. Resta da chiedersi, però, se il diritto soggettivo, leso dalla pubblica amministrazione, rientri nella cognizione che la legge conferisce al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva (artt. 7, comma 5, e 133 c.p.a.).

In base all’art. 103, comma 1, ult. parte, Cost., il giudice amministrativo, per la tutela nei confronti della P.A., ha giurisdizione, «*in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*». Non di meno, il perimetro entro cui, dinanzi al giudice amministrativo, opera la tutela dei diritti soggettivi è divenuto problematico, specialmente quando vengono in considerazione comportamenti (anziché provvedimenti) della P.A.

L’insostenibile leggerezza di questo perimetro va imputata, principalmente, all’intervento manipolativo operato, nel corso degli ultimi due decenni, dal giudice delle leggi. L’*incipit* è segnato dalla pronunzia resa nel 2004, secondo cui la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa solamente se in essa la P.A. agisce come autorità, esercitando il potere, ovvero adottando strumenti negoziali, previsti dall’art. 11 della legge n. 241/1990, i quali presuppongono la titolarità (come l’esercizio) del medesimo potere⁵³.

Si è, così, registrata una battuta d’arresto del *trend* legislativo che aveva visto, in misura progressiva e crescente, erompere i casi di giurisdizione esclusiva, erodendo il riparto condotto in base alla consistenza delle situazioni soggettive fatte valere in giudizio⁵⁴. Una tappa ulteriore della deli-

⁵³ C. cost., n. 204/2004, cit., dichiarando incostituzionali (per violazione degli artt. 3, comma 1, 24, comma 1, 100, comma 1, 102, comma 2, 103, comma 1, 111, commi 7 e 8, e 103, comma 1, Cost.) i commi 1 e 2 dell’art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come sostituiti dall’art. 7, comma 1, lett. a), legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedono che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie sui pubblici servizi, anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi escluse quelle su indennità, canoni ed altri corrispettivi (secondo quanto già previsto dall’art. 5, legge 6 dicembre 1971, n. 1034), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla P.A. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla citata legge n. 241 del 1990 ovvero ancora «*relative all’affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore*».

⁵⁴ A. PAJNO, *La giurisdizione*, in AA.VV., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, II ed., Milano, 2013, pp. 71 ss.

mitazione dei confini della *pleine jurisdiction* risulta tracciata da una decisione di poco successiva, nella quale i giudici della Consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 325 («*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di pubblica utilità*»), trasfuso nel D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 («*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità*»), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai «*comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere⁵⁵.

Dopo una isolata battuta d'arresto, con cui la Corte costituzionale ha affermato che nessun principio (o norma) riserva esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti⁵⁶, l'*actio finium regundorum* ha proseguito, nel 2010, il proprio corso⁵⁷, dichiarandosi non fondata, in riferimento all'art. 103, comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale del comma 552 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005)⁵⁸. La parte motiva appare

⁵⁵ C. cost., n. 191/2006, cit.

⁵⁶ C. cost., n. 140/2007, cit., pronunciandosi sulla questione di costituzionalità sollevata nel corso di giudizi nei quali era stata proposta domanda di risarcimento dei danni consistenti nelle radicali trasformazioni, subite dal fondo di proprietà dei ricorrenti, durante il periodo di occupazione disposta per la realizzazione di un'opera pubblica, senza che fosse intervenuto il decreto di esproprio. Il riferimento a «*diritti costituzionalmente tutelati*» è previsto nell'art. 133, comma 1, lett. p), ult. parte, c.p.a.

⁵⁷ C. cost., n. 35/2010, cit., dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, in riferimento all'art. 103, comma 1, Cost., in quanto devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche relative a diritti costituzionalmente tutelati, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati.

⁵⁸ Ciò nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi a oggetto le procedure e i provvedimenti in materia di impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici, nonché le relative questioni risarcitorie, atteso che l'oggetto delle controversie è rigorosamente circoscritto alle particolari «procedure e provvedimenti», tipizzati dalla legge e concernenti una materia spe-

meno diffusa delle precedenti pronunce, le quali si sono occupate della definizione dei limiti della giurisdizione esclusiva. Non di meno, i giudici della Consulta hanno precisato che il riferimento ai comportamenti, su cui si incentravano le censure sollevate, va «*inteso nel senso che quelli che rilevano, ai fini del riparto della giurisdizione, sono soltanto i comportamenti costituenti espressione di un potere amministrativo e non anche quelli meramente materiali posti in essere dall’amministrazione al di fuori dell’esercizio di una attività autoritativa. L’espressione “azione di gestione dei rifiuti” va logicamente intesa nel senso che l’attività della pubblica amministrazione deve essere preordinata alla organizzazione o alla erogazione del servizio pubblico di raccolta e di smaltimento dei rifiuti*»⁵⁹.

8. *Giurisdizione esclusiva, giudice delle leggi e codice del processo amministrativo. Se non v’è esercizio del potere, non v’è giurisdizione esclusiva. La tutela risarcitoria dell’affidamento ha ad oggetto una condotta non costituente espressione (neppure mediata) del potere.*

Il quadro appena tratteggiato non può, ovviamente, non rappresentare la cornice naturale all’interno della quale va affrontata la questione del riparto tra le giurisdizioni. La Corte, ancora nel 2010, ha riaffermato che una determinata materia è in grado di deferire alla giurisdizione esclusiva la cognizione dei diritti soggettivi, se ed in quanto tale materia costituisce espressione dell’esercizio del potere.

Si tratta di una regola che permea numerose previsioni legislative, attributive della cognizione di diritti da parte del giudice amministrativo. Così avviene nell’art. 7, comma 1, c.p.a., il quale devolve alla giurisdizione amministrativa le controversie, «*nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativi*», ovvero i «*comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio del potere*».

cifica. Di conseguenza, legittimamente può essere riconosciuto esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela e, quindi, anche una tutela risarcitoria, per equivalente o in forma specifica, per il danno subito anche in violazione di diritti fondamentali, in dipendenza dell’illegittimo esercizio del potere pubblico, da parte della P.A.

⁵⁹ C. cost., n. 35/2010, cit.

Non diversamente, ancora, l'art. 133, comma 1, c.p.a., alle lett. g) e p), precisa che le controversie attribuite al giudice amministrativo debbono essere riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un potere pubblico: sono i casi dell'espropriazione per pubblica utilità, delle ordinanze e dei «*provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazione di emergenza*»⁶⁰ e, infine, della «*complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti*».

Questi principi sono, ormai, entrati a fare parte del diritto vivente, costituendo l'ossatura della giurisdizione esclusiva. Come tali, risultano saldamente recepiti dalle Sezioni unite, indirizzando il riparto tra le giurisdizioni. Così è avvenuto nell'ambito dell'affidamento costituente fonte di obbligazioni di natura risarcitoria, fondate sull'inosservanza di regole contenute nel codice civile, destituite di uno stabile collegamento con i poteri delle autorità interessate.

In base ad un'elaborazione risalente alle tre «ordinanze gemelle» del 2011⁶¹, infatti, non viene in gioco l'esercizio del potere, perché l'affidamento si fonda su un mero comportamento e non su un provvedimento, il quale, peraltro, potrebbe mancare del tutto; e, comunque, quando anche vi fosse, rileverebbe non già in sé, ma solamente «*per l'efficacia causale del danno-evento*»⁶². La responsabilità civile dell'amministrazione, dunque, discende non già dall'azione autoritativa, ma dal comportamento, il quale non può essere ricondotto, neppure in via mediata, all'esercizio del potere⁶³.

Si tratta, invero, di una conclusione nei cui confronti le critiche sollevate dalla dottrina sono apparse piuttosto tiepide. Come si è affermato, l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa è stata reclamata non «*tanto sul fatto che in materia vi è una giurisdizione esclusiva, quanto sul fatto che la causa petendi sarebbe non già un diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo*»⁶⁴. Anzi, vi è, persino, chi ha prospettato, non senza ironia, la

⁶⁰ Il riferimento operato dalla norma è all'art. 5, commi 2 e 4, della legge 24 febbraio 1992, n. 225.

⁶¹ Cass., Sez. un., nn. 6594, 6595 e 6596/2011, cit.

⁶² Così, Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit., richiamando Cass., Sez. un., n. 17586/2015, cit.

⁶³ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2017, p. 104.

⁶⁴ C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento*, cit., p. 577.

configurazione di «*un, forse insospettato, diritto soggettivo creato da provvedimenti illegittimi*»⁶⁵. Ma, come si è obiettato in modo convincente, quando sorge l’affidamento del privato (sempre che questo, sul piano storico e causale, risulti effettivamente ingenerato da un provvedimento), la sua illegittimità non risulta normalmente riconoscibile⁶⁶.

Al riguardo, la guardiana delle giurisdizioni ha mantenuto diritta la barra nella giurisprudenza più recente, scongiurando derive interpretative. Così, di recente, ha deciso un regolamento preventivo di giurisdizione (art. 41 c.p.c.), proposto da un Comune, il quale asseriva, tra l’altro, che la controversia rientrasse nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avendo ad oggetto atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernenti gli aspetti dell’uso del territorio, in riferimento all’art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.⁶⁷. Nel richiamare, sul punto, due delle tre citate ordinanze del 2011⁶⁸, la Corte ha escluso la giurisdizione esclusiva, qualora «*il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l’affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste alcun collegamento, nemmeno mediato, tra il comportamento dell’amministrazione e l’esercizio del potere*».

⁶⁵ R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti”*, cit., p. 865.

⁶⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo*, cit., p. 848, in nota.

⁶⁷ Cass., Sez. un., n. 8236/2020, cit., § 16. Diversamente, invece, TAR Lazio, Roma-Sez. III, 20 settembre 2021, n. 9846, affermando che la controversia in tema di responsabilità precontrattuale della P.A., se vi è una gara pubblica, ricade nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.; se vi è affidamento diretto – e, cioè, in assenza di un procedimento selettivo – la controversia va devoluta al giudice ordinario.

⁶⁸ Cass., Sez. un., nn. 6594 e 6595/2011, richiamate, al § 17, dall’ordinanza in commento: «*la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell’affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (sent. n. 6594/2011)*»; «*la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell’affidamento riposto nell’attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un’area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (sent. n. 6595/11)*». La terza delle ordinanze in questione verteva in materia di risarcimento del danno conseguente ad un appalto pubblico di servizio.

Come si vede, in conclusione, l'esclusione della giurisdizione esclusiva non può non rappresentare una tappa obbligata, costituendo il corollario di una costruzione che, sul piano sostanziale, di fonda sull'idoneità di determinate condotte, imputabili ad enti pubblici, a germinare obbligazioni di natura risarcitoria derivante non già dall'applicazione delle norme che disciplinano l'esercizio della potestà, ma dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, aventi fonte negli artt. 1175 e 1337 c.c.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. L'affidamento come situazione ingenerata da un comportamento. Non integra una situazione soggettiva. L'attività della P.A. è in grado di fare insorgere un affidamento. Anfibologia della locuzione. Affidamento legittimo e incolpevole. Disambiguazione del termine. L'angolazione soggettiva nel diritto pubblico. Declinazione del termine tra Corti europee e giudice delle leggi. – 2. L'affidamento nei confronti della P.A. rileva anche quando questa non agisce come autorità. Il rapporto amministrativo. Sua inidoneità a disciplinare i momenti non autoritativi dell'attività. Obblighi di protezione e "contatto sociale". Doveri di correttezza e buona fede oggettiva. Responsabilità extracontrattuale e precontrattuale. – 3. Tutela giurisdizionale, situazioni soggettive e riparto tra le giurisdizioni. La tutela investe un diritto soggettivo attribuito alla cognizione dell'A.G.O. Senza illegittimità è preclusa l'azione di condanna dinanzi al G.A. Senza esercizio del potere non c'è (spazio per la) giurisdizione esclusiva. Non è configurabile alcun *vulnus* arrecato ai principi di effettività e di concentrazione delle tutele.

1. *L'affidamento come situazione ingenerata da un comportamento. Non integra una situazione soggettiva. L'attività della P.A. è in grado di fare insorgere un affidamento. Anfibologia della locuzione. Affidamento legittimo e affidamento incolpevole. Disambiguazione del termine. L'angolazione soggettiva nel diritto pubblico. Declinazione del termine tra Corti europee e giudice delle leggi.*

L'indagine condotta ha affrontato l'affidamento ingenerato dagli enti pubblici nei confronti dei privati. La locuzione descrive la fiducia che un determinato stato di cose ha ingenerato in un soggetto. L'attività amministrativa, in linea di principio e sul piano generale, viene ritenuta in grado di fare insorgere un affidamento. Proprio il fatto che tale attività pro-

mani da un ente particolarmente qualificato è in grado di accentuare la fiducia riposta dal privato. Secondo la tesi prevalente, che è stata ritenuta preferibile, la medesima espressione non identifica una situazione soggettiva. Si tratta, piuttosto, di un effetto conseguente ad una determinata attività.

Il termine, considerato isolatamente, appare poco espressivo. Richiede o presuppone, solitamente, un'aggettivazione: l'affidamento è legittimo o è incolpevole¹. I due aggettivi, infatti, riflettono due differenti accezioni del medesimo termine. Cosicché, l'affidamento, consentendo più di una lettura, richiede una disambiguazione. Si tratta, cioè, di un'attività di mediazione di tipo interferenziale, nell'ambito di un rapporto triadico intercorrente tra interprete, segno ed oggetto. Un'interazione, quella tra norma, giudice e interpretazione giuridica, che mutua l'analisi del linguaggio dalla semeiotica, quando l'analisi si prefigge di acclarare il significato testuale di una determinata espressione².

¹ Si richiama, ancora, F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., pp. 827 ss.

² U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione. Un dibattito con Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose*, a cura di S. Collini, III ed., Milano, 2004, pp. 33 ss., «Il pensiero ermetico afferma che più il nostro linguaggio è ambiguo e multivalente, e fa uso di simboli e metafore, e più è particolarmente adatto a nominare un Uno in cui ha luogo la coincidenza degli opposti. Ma dove trionfa la coincidenza degli opposti, entra in crisi il principio di identità. Tout se tient.

La conseguenza è che l'interpretazione è indefinita. Il tentativo di cercare un significato ultimo e inarrivabile ci porta all'accettazione di una deriva senza fine o di uno slittamento del senso» (ivi, p. 43). Del medesimo Autore, più ampiamente, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990. Sull'argomento, C.S. PIERCE, *Scritti scelti*, Torino, 2008. In una prospettiva di tipo storico-filologico: È. BIENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni europee. II. Potere, diritto, religione*, Torino, 1976, pp. 357 ss. (trad. it. di *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes. II. Pouvoir, droit, religion*, Paris, 1969). Per il collegamento tra diritto e linguaggio, si confronti, nell'ambito della filosofia analitica, H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Law Series, 1961, (trad. it. di *Il concetto di diritto*, Torino, 1965). Anche l'interpretazione giuridica è stata, talora, inquadrata in un rapporto triadico, venendo descritta come «un rapporto a tre lati, fra ciò che è interpretato, chi interpreta e il destinatario dell'interpretazione». Così, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 172, escludendo la configurabilità nell'interpretazione di un rapporto a due, «fra chi interpreta e ciò che è interpretato, come si ritiene entro le visioni positiviste del diritto» (ivi). Per l'Autore l'interpretazione sarebbe rivolta a un pubblico

Il termine affidamento risulta di carattere anfibologico. In primo luogo, rileva quando l'amministrazione agisce come autorità. Così come avviene per gli atti amministrativi di secondo grado. Viene in gioco uno stato soggettivo, che dà luogo, principalmente, ad una comparazione degli interessi, pubblici e privati, incisi dal provvedimento. Ciò che rileva è il convincimento del privato di agire in modo legittimo, alla stregua di una situazione di apparenza ingenerata dalle precedenti manifestazioni della potestà amministrativa. Si tratta, dunque, di una regola di validità dell'azione autoritativa, i cui riflessi investono l'esercizio di poteri di natura discrezionale, nel quadro di un bilanciamento degli interessi coinvolti.

In modo non dissimile viene declinato l'affidamento nel diritto europeo. Anche qui viene in considerazione uno stato soggettivo. Esso è conseguente, tuttavia, all'esercizio dell'attività normativa. È sotto tale angolazione, pertanto, che, nel diritto dell'Unione e in quello convenzionale, l'affidamento viene ritenuto legittimo o illegittimo.

Una prospettiva analoga ricorre quando i giudici del palazzo della Consulta evocano la nozione in oggetto, riferendosi ad uno stato ingenerato da disposizioni di legge, sulle quali il legislatore è intervenuto, modificando o abrogando una determinata norma giuridica con effetti retroattivi: in tale evenienza viene delusa la fiducia legittimamente riposta nella normazione preesistente.

Non diversamente la questione è stata affrontata, in numerose occasioni, dalla Corte di giustizia e, specialmente, dalla Corte di Strasburgo, le cui valutazioni, peraltro, hanno differito, in molte occasioni, da quelle espresse dal nostro giudice delle leggi³.

terzo o allo stesso interprete, che «*si sdoppia in quanto autore e in quanto ricettore dell'interpretazione*» (ivi). In una prospettiva giudiziaria, le parti processuali sono le immediate destinatarie dell'interpretazione giuridica.

³ Si confrontino, ad es., Corte EDU, Grande Chambre, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *RIDPC*, 2010, p. 397, e Corte EDU, Sez. II, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09. Sulla tematica, tra gli altri, A. GUIZZAROTTI, *La Cedu e l'Italia: sui rischi delle ibridazioni delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3567 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; ID., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, pp. 335 ss.

2. *L'affidamento nei confronti della P.A. rileva anche quando questa non agisce come autorità. Il rapporto amministrativo. Sua inidoneità a disciplinare i momenti non autoritativi dell'attività. Obblighi di protezione e "contatto sociale". Doveri di correttezza e buona fede oggettiva. Responsabilità extracontrattuale e precontrattuale.*

Ritorniamo, ora, nell'ambito dell'attività delle amministrazioni pubbliche, dove l'affidamento è in condizione di assumere un ulteriore significato, al di fuori dei momenti connotati dall'autoritatività o, comunque, prescindendo dai medesimi: il che avviene, come si reputa di avere dimostrato, quando l'amministrazione contravviene ai doveri di buona fede e correttezza, aventi fonte nel codice civile.

Qui, non viene più in considerazione uno stato soggettivo, circa la rappresentazione o la cognizione di una determinata situazione⁴. All'opposto, opera una clausola generale, all'interno della quale viene identificato un parametro obiettivo dell'attività amministrativa, seppure contrassegnato da un ampio raggio. Si tratta, cioè, di uno *standard*, alla luce del quale occorre verificare se l'ente pubblico ha violato l'obbligo di *nemi-mem laedere*. Tali doveri, essendo contenuti negli artt. 1175 e 1337 c.c., risultano muniti, dunque, di una precisa base normativa.

La loro violazione dà luogo ad un rimedio di natura risarcitoria, che è stato identificato nel torto aquiliano (art. 2043 c.c.). Questo perché si è ritenuto di condividere a quella tesi secondo cui i doveri di correttezza, contenuti nel codice civile, appaiono pienamente idonei allo scopo di protezione perseguito. Ciò esimendo, così, di fare ricorso alla tesi del "contatto sociale", che ha suggestionato la giurisprudenza più recente della Corte di cassazione. Del resto, molti Studiosi del diritto civile, alla cui opinione si è inteso prestare adesione, hanno espresso critiche convincenti alla medesima tesi. In particolare, l'identificazione dei "contatti", dai quali discende un obbligo di protezione, permane incerta, mentre la rela-

⁴ In senso contrario, invece, C. Stato, Ad. plen., n. 19/2021, cit., § 11 e §§ 14 ss., senza tenere conto, però, della natura anfibia della buona fede, declinabile in base alla nozione soggettiva e a quella oggettiva. Ma se è ancora valido l'insegnamento di Gianini, secondo cui buona fede e affidamento sono privi, nel diritto amministrativo, di «*connotazioni specifiche*», in grado da differenziarli dalle nozioni di teoria generale e di diritto privato, allora, non può prescindersi dalla distinzione tra *bona fides* e *fides bona*.

tiva base normativa risulta del tutto evanescente. Va soggiunto, ancora, che sono state richiamate ulteriori considerazioni, sul punto, attingendosi ai plurimi contributi rinvenibili sull'argomento, che hanno avvalorato la conclusione alla quale si è pervenuti.

Vero è che l'eventuale preesistenza di un procedimento amministrativo può determinare la preesistenza di un rapporto. Ma questo non è apparso sufficiente ad escludere l'applicabilità della tutela aquiliana, che, come ha, più volte, rimarcato la Suprema Corte, costituisce una clausola generale⁵. E, ancora, il rapporto procedimentale non è apparso in grado di essere valorizzato per almeno una ragione di carattere assorbente.

La costruzione dogmatica del rapporto amministrativo appare, certamente, degna di pregio. Laddove si acceda ad essa, però, non può omettersi di circoscrivere l'ambito in cui tale nozione opera. Taluni Autori hanno propugnato la sua espansione oltre i rigidi confini dell'azione autoritativa. Il che non è sembrato accettabile. La principale ragione ostativa è stata identificata nei principi di legalità, tipicità e nominatività, che presiedono l'esercizio della potestà amministrativa.

Diversamente, i doveri di protezione, per chi condivide questa tesi, così come gli obblighi di correttezza e buona fede, sono improntati al canone dell'atipicità, non diversamente da quanto avviene per la responsabilità aquiliana. Questa, anzi, alla stregua dei più recenti approdi giurisprudenziali e della prevalente dottrina, non richiede, neppure, la titolarità di un diritto soggettivo, essendo sufficiente la lesione di un interesse giuridicamente tutelato, rendendo ingiusto il danno cagionato (art. 2043 c.c.)⁶. Si tratta, del resto, di una conclusione contenuta nel *leading case*

⁵ Da ult., Cass., Sez. III, 13 febbraio 2019, n. 4161, evocando la "clausola generale aquiliana", e Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1257, in tema di danni da uso di beni demaniali, non applicandosi la presunzione di cui all'art. 2051 c.c. per l'assenza di un rapporto di custodia. Ricorre alla "clausola generale" anche TAR Lombardia-Milano, Sez. II, 5 marzo 2018, n. 617.

⁶ Per tutti, ampiamente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 51 ss., osservando che «*in senso antagonistico all'espansione incontrollata della responsabilità va dunque di per sé l'ingiustizia*» (ivi, p. 55). In particolare, l'ingiustizia del danno «*non è mai adoperata con la pretesa di identificare con essa esclusivamente la lesione del diritto soggettivo*», identificando, per converso, la «*lesione di una situazione giuridicamente rilevante*».

con cui le Sezioni unite hanno riconosciuto, per la prima volta, la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi. La giurisprudenza successiva, poi, ha assicurato continuità a tale corso.

Ciò vale anche a rimarcare come il fatto illecito si collochi al di fuori (e al di là) del raggio di azione della potestà amministrativa. Questa è sorretta da regole di validità, mentre le regole della responsabilità sono correlate alle condotte, l'apprezzamento delle quali va operato in base a parametri di natura obiettiva contenuti nel diritto comune. Il che avviene, innanzi tutto, nell'ambito dell'attività negoziale e, specialmente, di quella preordinata alla conclusione del contratto (artt. 1337-1338 c.c.) con la conseguente risarcibilità dell'interesse negativo.

In secondo luogo, l'analisi condotta ha consentito di appurare come la più recente giurisprudenza delle Sezioni unite abbia esteso le frontiere della responsabilità civile dell'amministrazione. L'esercizio del potere, almeno in passato, veniva considerato come una sorta di monolite. L'agire come autorità escludeva la compresenza di un altro e diverso regime.

Al contrario, la giurisprudenza meno risalente ha individuato aree contigue, al più, ma esterne al provvedimento. Si tratta di aree entro il cui perimetro viene in considerazione la liceità dei comportamenti e non la validità degli atti amministrativi. La prima può, dunque, essere disgiunta dalla seconda. Così, una gara legittimamente annullata o revocata può essere sindacata sotto il diverso profilo della responsabilità civile, laddove abbia fatto insorgere un legittimo affidamento in capo ad un operatore economico, che abbia partecipato alla stessa e sia divenuto aggiudicatario.

Non diversamente anche TAR Lombardia, Milano-Sez. II, n. 617/2018, cit., secondo cui l'art. 2043 c.c. «*impone, con clausola generale dotata di una sua autonomia precettiva, il rispetto del dovere generale del neminem laedere a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica*».

3. *Tutela giurisdizionale, situazioni soggettive e riparto tra le giurisdizioni. La tutela investe un diritto soggettivo attribuito alla cognizione dell'A.G.O. Senza illegittimità è preclusa l'azione di condanna dinanzi al G.A. Senza esercizio del potere non c'è (spazio per la) giurisdizione esclusiva. Non è configurabile alcun vulnus arrecato ai principi di effettività e di concentrazione delle tutele.*

Le conclusioni alle quali si è pervenuti, ovviamente, non possono non avere delle ripercussioni nei confronti della tutela giurisdizionale.

Si è giunti ad affermare che la Corte di cassazione si sarebbe spinta ad ampliare i confini della giurisdizione ordinaria, riconoscendo la natura di diritti soggettivi a situazioni aventi, invece, la consistenza di interessi legittimi. Tuttavia, come si confida di avere dimostrato, la guardiana del riparto tra le giurisdizioni non ha esercitato una politica del diritto, metamorfizzando – come, invece, si assume – gli interessi legittimi, in guisa da commutarli in diritti soggettivi. Se così fosse, d'altronde, l'operazione ben difficilmente potrebbe sottrarsi ai dubbi sul contrasto della stessa con gli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Piuttosto, l'indirizzo della medesima Corte, che si è andato progressivamente consolidando, ha conferito al diritto soggettivo quella piena tutela che compete al giudice dei diritti, in base agli artt. 7, comma 1, c.p.a., 1 c.p.c. e, prima ancora, 2 della c.d. "Legge abolitiva del contenzioso amministrativo" (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E). Tale tutela non può ritenersi sottratta alla cognizione del giudice amministrativo, risultando del tutto estranea alla sua giurisdizione. Facendosi questione di un diritto, quello al risarcimento del danno, la sua cognizione compete alla giurisdizione ordinaria, ancorché risulti interessata la P.A. e questa abbia fatto (legittimo) esercizio del potere.

I punti considerati sono risultati, principalmente, due, il primo dei quali è identificabile negli artt. 7, comma 4, e 30, comma 2, i quali conferiscono alla giurisdizione amministrativa la tutela risarcitoria, qualora questa discenda dall'esercizio illegittimo del potere ovvero tale potere illegittimamente non sia stato esercitato: il testo delle norme evocate, anche in riferimento all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, precludono di agire giudizialmente per conseguire il risarcimento, laddove l'azione amministrativa risulti legittima e il fatto illecito si fondi su pre-

supposti diversi. Non senza ricordare poi, che la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione dei diritti, in quanto derogatoria di una regola contraria, non può non risultare di stretta interpretazione, anche alla luce, oltre che dell'art. 14 delle citate "preleggi", dell'art. 103, I alinea, Cost.

Una seconda questione, poi, investe la giurisdizione esclusiva, quando la condotta costituente la fonte dell'illecito civile si colloca all'interno di una delle materie che la prevedono (art. 133 c.p.a.). A tale riguardo, si è esordito nell'introduzione ricordando la svolta impressa dalla Corte costituzionale, dal 2004, al riparto tra le giurisdizioni. Ciò con il risultato di circoscrivere l'ambito della giurisdizione esclusiva all'area in cui l'amministrazione agisce come autorità. Di tale profilo, del resto, viene tenuto conto anche nell'art. 133, comma 1, c.p.a., lett. g) e p), secondo cui le controversie attribuite al giudice amministrativo debbono essere riconducibili all'esercizio di un potere pubblico.

La riscrittura della giurisdizione esclusiva e dei suoi confini, pertanto, ne esclude *in nuce* l'applicazione, quando l'affidamento risulta ingenerato da un provvedimento la cui legittimità non viene minimamente posta in discussione, lamentandosi, al contrario, che, all'esterno dell'esercizio del potere, sia una determinata condotta a risultare *contra ius*, sotto il profilo della violazione dei doveri di correttezza e buona fede.

Questa conclusione è apparsa conforme ai principi di effettività e di concentrazione delle tutele (artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a.). In primo luogo, il cumulo della tutela annullatoria con quella risarcitoria, al di là della sua inutilità nel caso dell'affidamento deluso, risulta preclusa dalla legge processuale, quando il provvedimento è legittimo. In disparte, poi, il rilievo secondo cui, nel caso dell'affidamento deluso dal provvedimento annullato o revocato, la concreta utilità del concorso di azioni potrebbe, quanto meno, apparire dubbia. Sicché, il richiamo alla concentrazione delle tutele appare non pertinente. In secondo luogo, la critica sollevata nei confronti della Suprema Corte finisce per disconoscere *tout-court* la tutela risarcitoria dell'affidamento ingenerato da un provvedimento legittimo⁷:

⁷ Diversamente, invece, C. Stato, Ad. plen., n. 19/2021, cit., senza offrire, però, adeguati argomenti a sostegno della cognizione, da parte del G.A., della «responsabilità per danni ... subiti dal privato», non ostante la «validità degli atti amministrativi», se non

per cui, non si vede come ci si possa dolere di un *vulnus* che attenterebbe all'effettività della tutela, quando la pretesa risarcitoria, sul piano sostanziale, viene negata *in nuce*, mediante la contestazione (in radice) dei relativi presupposti.

Alla medesima conclusione, infine, deve pervenirsi per quanto attiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nella quale si è ritenuto che la tutela in esame non possa essere ricompresa. Tale giurisdizione, infatti, è sorta, storicamente, con l'obiettivo di accrescere lo spettro riconosciuto alla tutela erogata. Ma, allo stato attuale, l'*acquis* del giudice delle leggi consente al giudice degli interessi di occuparsi dei diritti, solamente quando l'amministrazione agisce in veste di autorità. Il che non rende meno piena la protezione dell'affidamento, quando questa risulti affidata all'autorità giudiziaria. Del resto, il rispetto di un principio propugnato dai giudici della Consulta non può, di certo, attentare alla tutela accordata, sul piano della sua concreta satisfattività.

quello dell'assenza di un rapporto di pregiudizialità dei due profili in questione, in ragione della loro autonomia (ivi, §§ 10-11).

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interesse legittimo*, Centro italiano di studi amministrativi, Sezione Campana, Napoli 27-28-29 ottobre 1963, Milano, 1965.
- AA.VV., *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, a cura di A. Zito-D. De Carolis, Milano, 2003.
- AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano.
- AA.VV., *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2010.
- AA.VV., *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Milano, 2021.
- AA.VV., *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, a cura di F. Giampietro, Milano, 2006.
- AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli-L. De Lucia, Torino, 2009.
- AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di A. Police-M. Immordino, *Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004.
- AA.VV., *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura di D. Corletto, Padova, 2007.
- AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*. *Atti del 43° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso da Amministrazione provinciale di Como, Amministrazione provinciale di Lecco: Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1997*, Milano, 1998.
- ALBANESE A., *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1129 ss.
- ALBANESE A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.

- ALESSI R., *Responsabilità da atti legittimi*, in *Nss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, pp. 627 ss.
- ALLENA M., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli Stati membri nell'Unione europea*, in *RIDPC*, 2012, pp. 267 ss.
- ALPA G., *Autonomia contrattuale*, in *Contratto, Enc. dir., I tematici*, Milano, 2021, pp. 1 ss.
- ALPA G., *Interpretazione economica del diritto («economic analysis of law»)*, in *Nss. dig. it., Appendice*, vol. IV, Torino, 1983, pp. 315 ss.
- AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012.
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005.
- ANTONIAZZI S., *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *RIDPC*, 2002, pp. 1130 ss.
- ANTONIOLI M., *L'in house providing tra funzione e struttura: controllo analogo congiunto, partecipazione pulviscolare ed eterodirezione delle società*, in *RIDPC*, 2020, pp. 599 ss.
- ANTONIOLI M., *Soci pubblici, costituzione di società e circolazione delle partecipazioni dopo il testo unico e il decreto correttivo*, in *AA.VV., La società in house*, Napoli, 2020, pp. 39 ss.
- ANTONIOLI M., *L'in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell'istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *RIDPC*, 2018, pp. 555 ss.
- ANTONIOLI M., *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Torino, 2016.
- ANZANI G., *Interesse positivo e interesse negativo nelle diverse forme di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, pp. 1692 ss.
- ARDITO A., *Revoca e nuovi modelli di rivedibilità*, Bari, 2008.
- BARCELLONA P., *Trattato delle responsabilità civili*, Torino, 2011.
- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2002.
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.
- BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.
- BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Torino, 1991, pp. 221 ss.
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 1963 (rist. 2012).

- BENATTI F., *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1342 ss.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, ora in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, pp. 3223 ss.
- BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1958.
- BERTI G., *Il "rapporto amministrativo" nella costituzione giuridica dello Stato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. II, Roma, 1977, pp. 58 ss.
- BERTONAZZI L., *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1128 ss.
- BEVIVINO G., *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016.
- BIENVENISTE È., *Il vocabolario delle istituzioni europee. II. Potere, diritto, religione*, Torino, 1976 (trad. it. di *Le vocabulaire des institutions indoeuropéennes. II. Pouvoir, droit, religion*, Paris, 1969).
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. II, Torino, 1988, pp. 154 ss.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.
- BONETTI T.-SAU A., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 271 ss.
- BOSCIA C., *Procedura di scelta del contraente (artt. 56-65) e partenariato pubblico e privato (artt. 179-191)*, in AA.VV., *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. Follieri, Napoli, 2017, pp. 397 ss.
- BOWLES R., *Diritto ed economia* (trad. it.), Bologna, 1988.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BUSNELLI F.D., *La responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 531 ss.
- BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, pp. 269 ss.
- BUSNELLI F.D.-PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 1997.
- CAFAGNO M., *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *Dir. econ.*, 2018, pp. 625 ss.
- CAFAGNO M., *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, in *Annuario 2006, AIPDA, Analisi economica e diritto amministrativo*, Atti del convegno annuale, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2006, pp. 155 ss.

- CAFAGNO M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996.
- CALABRESI G., *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970.
- CANARIS C.W., *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 4 ss.
- CANARIS C.W., *Norme di protezione, obblighi di traffico, doveri di protezione* (trad. it. di A. Di Majo), in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, pp. 821 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Annullabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Annullamento e annullabilità*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, pp. 484 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 159 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005.
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016.
- CARBONE V.-CONSOLO C.-DI MAJO A., *Il "waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 1131 ss.
- CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.
- CARDONE A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, pp. 335 ss.
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARNEVALE P., *Più ombre che luci su un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3671.
- CARRAI F., *La tutela risarcitoria a fronte dell'illegittimo esercizio del potere*, in AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli-L. De Lucia, Torino, 2009, pp. 49 ss.
- CARUSI F., *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, pp. 709 ss.
- CASSETTA E., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. XIII, Torino, 1997, pp. 210 ss.
- CASSETTA E.-FRACCHIA F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*. in *Foro it.*, 2002, III, cc. 1 ss.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, III ed., Milano, 2009, pp. 17-18.

- CASTRONOVO C., *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, pp. 848 ss.
- CASTRONOVO C., *La responsabilità civile*, IV ed., Milano, 2018.
- CASTRONOVO C., *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 637 ss.
- CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 55 ss.
- CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 679 ss.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Studi Mengoni*, vol. I, Milano, 1995, pp. 148 ss.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29.
- CAVALLARO M.C., *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012.
- CAVALLARO M.C., *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004.
- CAVALLO PERIN R., *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità ed urgenza*, Milano, 1990.
- CECCHERINI G., *La tutela risarcitoria dell'ambiente: dalla tutela compensativa e punitiva della legge dell'86 alle misure di riparazione della legge 6 aprile 2013, n. 97*, in AA.VV., *Diritto e rigenerazione dei brownfields, Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, a cura di M. Passalacqua-B. Pozzo, Torino, 2019, pp. 523 ss.
- CHIANCONE A.-PORRINI D., *Lezioni di analisi economica del diritto*, III ed., Torino, 1998, pp. 30 ss.
- CHIARELLA M.L., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra buona fede e tutela dell'affidamento*, in *www.federalismi.it*, 2016.
- CHIEPPA R., *Provvedimenti di secondo grado*, in *Annali*, vol. II, Milano, 2008, pp. 910 ss.
- CHIEPPA R., *Viaggio andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività ministeriale*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 683 ss.
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005.
- CHITI M.P., *la Corte costituzionale come giudice naturale dell'assetto nazionale delle giurisdizioni*, in *RIDPC*, 2021, pp. 1 ss.

- CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, II ed., Milano, 2018, pp. 387 ss.
- CHITI M.P., *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 499 ss.
- CICERO C., *Regole di validità e di responsabilità*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., Torino, 2014, p. 554.
- CIRILLO P., *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, pp. 1991 ss.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna, 2022.
- CLARICH M., *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 2, pp. 215 ss.
- CLARICH M., *La certezza del termine nel procedimento amministrativo: un traguardo o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 691 ss.
- CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 1121 ss.
- CLARICH M., *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 523 ss.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CLARICH M.-FONDERICO G., *La risarcibilità da ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, pp. 60 ss.
- CLARICH M.-RAMAJOLI M., *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021.
- COASE R.H., *I costi sociali*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1988, pp. 3 ss. (trad. it. di *The Problem of Social Cost*, University of Chicago Law School, 1960).
- COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.
- COLLEVECCHIO M., *Danno ambientale e misure di tutela*, in B. CARAVITA-L. CASSETTI-A. MORRONE, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, pp. 337 ss.
- COMPORTI G.D., *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1983 ss.
- COMPORTI G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1012.
- COMPORTI G.D., *Il codice amministrativo e la tutela risarcitoria: la lesione di un'occasione mancata*, in *Riv. proc. amm.*, 2011, pp. 554 ss.
- COMPORTI G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.

- CONSOLO C., *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 631 ss.
- CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.
- COOTER R.-MATTEI U.-MONATERI P.G.-PARDOLESI R.-ULEN TH., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.
- CORAGGIO G., *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- CORLETTI D., *Sulla nullità degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. II, Padova, 2007, pp. 55 ss.
- CORLETTI D., *La tutela dell'interesse al provvedimento e i terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 929 ss.
- CORLETTI D., *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992.
- CORPACI A., *Osservazioni minime sulla nullità del provvedimento amministrativo e sul relativo regime*, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 673 ss.
- CORSO G., *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 203 ss.
- COSENTINO F., *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?*, in *Foro it.*, 1990, c. 153.
- CROSETTI A.-FERRARA R.-FRACCHIA F.-OLIVETTI RASON N., *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021.
- D'ALBERTI M., *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in AA.VV., *Annuario 2006, Analisi economica del diritto amministrativo*, Atti del convegno annuale, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, pp. 21 ss.
- D'ALBERTI M., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1 ss.
- D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 1710 ss.
- D'ANCONA S., *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.
- DELLA CANANEA G., *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, pp. 81 ss.
- DELLA CANANEA G.-FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, II ed., Torino, 2013, pp. 124-125.
- DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.
- DENOZZA F., *Poteri della pubblica amministrazione e benessere degli amministrati*, in AA.VV., *Atti del convegno annuale*, Venezia, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, pp. 5 ss.

- DETTORI V., *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 861 ss.
- DI MAJO A., *Rimedi contrattuali*, in AA.VV., *Contratto*, diretto da G. D'Amico, in *Enc. dir., I tematici*, vol. I, Milano, 2021, pp. 1031 ss.
- DI MAJO A., *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2570.
- DI MAJO A., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 3 ss.
- DI MAJO A., *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 940 ss.
- DI MAJO A., *Rapporti senza potere e potere senza rapporti: ancora sul riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 781.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1176*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1988, pp. 122 ss.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 570.
- DIPACE R., *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, pp. 27 ss.
- DOMENICHELLI V., *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.
- D'ORSOGNA D., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, VII ed., Torino, 2021, pp. 479 ss.
- D'ORSOGNA D., *Principi e azione amministrativa*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, VII ed., Torino, 2021, pp. 197 ss.
- D'ORSOGNA D., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- DURET P., *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Padova, 1996.
- ECO U., *Interpretazione e sovrainterpretazione. Un dibattito con Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose*, a cura di S. Collini, III ed., Milano, 2004.
- FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.
- FALCON D.-CORTESE F.-MARCHETTI B., *Commentario breve al codice del processo amministrativo*, Padova, 2021.
- FANTINI S., *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 1 ss.
- FEOLA M., *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004.

- FILIPPI M., *Il principio dell'affidamento nei confronti della pubblica amministrazione: riflessi sul riparto tra le giurisdizioni alla luce degli orientamenti della giurisprudenza*, in *Giustizia insieme*, 11 febbraio 2021.
- FINAZZI G., *Correttezza e buona fede*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., vol. XII, Torino, 2019, p. 126.
- FINAZZI G., *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo-M. Talamanca, tomo IV, Milano, 2018.
- FOGLIA M., *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *NGCC*, 2011, I, p. 449.
- FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 868 ss.
- FOLLIERI E., *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 438 ss.
- FOLLIERI E., *Il Modello per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 18 ss.
- FORCELLINI F.-IULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pp. 412 ss.
- FRACCHIA F., *Environmental Law*, II ed., Napoli, 2018.
- FRANCARIO F., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it.*, 2015.
- FRANZONI L.A., *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003.
- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti (art. 2043-2059)*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, ora di F. Galgano, libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1993, pp. 211 ss.
- FRIEDMAN D.D., *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto* (trad. it.), Bologna 2004.
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013.
- GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006.
- GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 409 ss.
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 757 ss.
- GALETTA D.U., *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, pp. 396 ss.

- GALETTA D.U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *RIDPC*, 2005, pp. 819 ss.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALLO C.E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 569-570.
- GALLO P., *Contatto sociale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg. (A-Z), Torino, 2014, pp. 90 ss.
- GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, pp. 295 ss.
- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 259 ss.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- GHETTI G., *Autotutela della pubblica Amministrazione*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. II, Torino, 1987, pp. 80 ss.
- GHETTI G., *L'annullamento dell'atto amministrativo*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. I, Milano, 1987, pp. 263 ss.
- GIAVAZZI M., *Una seducente eresia: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative del giudice della nomofilachia amministrativa negli ambiti di competenza esclusiva della Corte di giustizia*, in *Ceridap*, 2 febbraio 2022.
- GIGANTE M., *Mutamenti della regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, II ed., vol. II, Milano, 1988.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964.
- GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, oggi in *Scritti*, vol. V, Milano, 2004, pp. 151 ss.
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 535.
- GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.
- GNES M., *I privilegi dello Stato debitore*, Milano, 2012.
- GOTTI P., *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della P.A. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, pp. 2473 ss.
- GRECO G., *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 204.

- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 484 ss.
- GRECO G., *Il rapporto del cittadino e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 586 ss.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *RIDPC*, 1999, pp. 1126 ss.
- GRECO G., *L'effettività della giustizia italiana nel quadro del diritto europeo*, in *RIDPC*, 1996, pp. 800 ss.
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*, Milano, 1980.
- GUARINO G., *Atti e poteri*, Milano, 1994.
- GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. X, Torino, 1994, pp. 85 ss.
- GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 546 ss.
- GUICCIARDI E., *Norme di relazione e norme di azione: giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Giur. it.*, 1951, CIII, III, pp. 66-77, e in E. GUICCIARDI, *Studi di giustizia amministrativa*, Padova, 1967, pp. 55-66.
- GUIZZAROTTI A., *La Cedu e l'Italia: sui rischi delle ibridazioni delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3567 ss.
- GUZZI F.F., *Effettività della tutela giurisdizionale e processo amministrativo*, Milano, 2013.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon, Law Series, 1961 (trad. it. di *Il concetto di diritto*, Torino, 1965).
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 2009.
- IMMORDINO M., *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazioni di risultato*, a cura di A. Police, *Atti del Convegno di Palermo* (27-28 febbraio 2003), Torino, 2004, p. 23.
- IMMORDINO M.-CAVALLARO M., *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, pp. 5202 ss.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 80 ss.
- IRTI N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.

- IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, V, pp. 987 ss.
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.
- JONAS H., *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009 (trad. it. di *Das Prinzip Verantwortung*, 1979).
- KERRY TURNER R.-PEARCE D.W.-BATEMAN I., *Economia ambientale*, Bologna, 2003 (trad. it. di *Environmental Economics. An elementary Introduction*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1993).
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LAWSON F.H., *Remedies for English Law*, London, Butterworths, 1980.
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3303 ss.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 142 ss.
- LEMME G., *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2021.
- LIGUORI F., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002.
- LONGOBARDI N., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, pp. 1 ss.
- LUCIANI M., *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, pp. 756 ss.
- LUCIANI M., *Contributo allo studio del provvedimento nullo*, Torino, 2010.
- LUISO F.P., *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 50 ss.
- MACCHIA M., *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, pp. 1310 ss.
- MACCHIA M., *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2010, pp. 15 ss.
- MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.
- MALTONI A., *La partecipazione detenuta in società in house da privati e da altri enti non affidanti e controllanti*, in AA.VV., *La società in house*, Napoli, 2020, pp. 153 ss.

- MALTONI A., *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i limiti alla capacità di agire di diritto privato delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, a cura di N. Longobardi, Torino, 2016, pp. 189 ss.
- MAMELI B., *Responsabilità precontrattuale e buona fede*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, pp. 3301 ss.
- MAMELI B., *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017.
- MANGANARO F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, pp. 121 ss., e in *Dir. amm.*, 2016, pp. 93 ss.
- MARCHETTI B., *La legge, il potere amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO-B. MARCHETTI-A. POLICE-M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, pp. 100 ss.
- MARIANI P., *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Dir. un. eur.*, 2007, pp. 639 ss.
- MARUOTTI L., *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo, destinato agli Studi in onore di V. Caianiello*, in Studi e contributi rinvenibili sul sito www.giustizia-amministrativa.it.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.
- MASARACCHIA A., *Insegnamento in scuole "di montagna" e affidamento ingenerato: un nuovo arretramento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 93.
- MASERA S.R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, pp. 915 ss.
- MATTARELLA B., *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte generale, vol. II, Milano, 2000, pp. 705 ss.
- MATTARELLA B., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Milano, 2000.
- MATTEI U., *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, pp. 136 ss.
- MAZZAMUTO M., *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 704 ss.
- MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 896 ss.

- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008.
- MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, pp. 374 ss.
- MAZZAROLLI L., *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21 septies della L. n. 241 del 1990, introdotto con la L. n. 15 del 2005)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 543 ss.
- MENGONI L., *Gli acquisiti "a non domino"*, III ed., Milano, 1994.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 12.
- MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360.
- MERUSI F., *Sentieri ininterrotti della legalità*, Bologna, 2007.
- MERUSI F., *Affidamento*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, pp. 146 ss.
- MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in AA.VV., *Relazione al 48° Convegno di Studi Amministrativi*, Varenna 18-19 settembre 2002, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 527 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.
- MERUSI F., *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, pp. 215 ss.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 1355 ss.
- MOLASCHI V., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, cc. 1 ss.
- MONICA A., *Il futuro prossimo delle "concessioni balneari" dopo il Consiglio di Stato: nihil medium est?*, in *Ceridap*, 29 gennaio 2022.
- MONTINARI M., *Reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente davanti al giudice amministrativo nella dimensione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 354 ss.
- MONTINI M., *Evoluzione, principi e fonti di diritto internazionale dell'ambiente*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Piccozza, vol. I, *Principi generali*, Padova, 2012, pp. 33 ss.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.

- MORLINO E., *La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo*, in *Lezioni di diritto amministrativo*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2010, p. 159.
- NAPOLITANO G., *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Atti del convegno annuale*, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, pp. 125 ss.
- NAPOLITANO G.-ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009.
- NERI V., *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. e app.*, 2020, pp. 795-796.
- NERI V., *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a vent'anni dalla sua pubblicazione*, in *Urb. e app.*, 2019, pp. 610 ss.
- NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, pp. 659 ss.
- NICOLUSSI A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 1214 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, pp. 1587 ss.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 ss.
- NIGRO M., *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 457 ss.
- NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 59 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- ORLANDI M., *Responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Contratto*, vol. I, in *Enc. dir., I tematici*, Milano, 2021.
- ORLANDI M., *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, pp. 454 ss.
- ORLANDI M., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000.
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, vol. IV, Firenze, 1910.
- PAJNO A., *La giurisdizione*, in AA.VV., *Diritto processuale amministrativo*, a cura di A. Sandulli, II ed., Milano, 2013, pp. 71 ss.
- PALAZZOLO S., *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 289 ss.
- PAOLANTONIO N., *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, in AA.VV.,

- Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 313 ss.
- PAOLANTONIO N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, pp. 855 ss.
- PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. I, Torino, 1987, pp. 309 ss.
- PASSONI V., *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2001, pp. 1219 ss.
- PATTI S., *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 249 ss.
- PERICU G., *Note in tema di attività di diritto privato*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Anno V, fasc. 1, Milano, 1966, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009, pp. 127 ss.
- PICOZZA E., *Effettività e giusto processo*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. Sticchi Damiani-F. Vetrò, Torino, 2010, pp. 55 ss.
- PIERCE C.S., *Scritti scelti*, Torino, 2008.
- PINELLI C., *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2001.
- PIRAINO F., *"Ingiustizia del danno" e antigiuridicità*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, pp. 718 ss.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I, Milano, 1960.
- POLICE A., *Lezioni sul processo amministrativo*, Napoli, 2021.
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Little Brown & Co., Boston/Toronto, 1973.
- POZZO B.-JACOMETTI V., *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, Intersentia, Cambridge, 2021.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 910 ss.
- PROTTO M., *Le nuove frontiere della responsabilità della pubblica amministrazione: riflessioni sulla scia delle intuizioni di F.G. Scoca*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, pp. 4269 ss.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PROTTO M., *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 1005 ss.
- PROTTO M., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, pp. 213 ss.
- PROTTO M., *L'effettività della tutela giurisdizionale*, Milano, 1997.

- RACCA G.M., *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in AA.VV., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003.
- RENNA M., *Acquisizioni e alienazioni di partecipazioni pubbliche, operazioni di partnership ed evidenza pubblica*, in *Dir. econ.*, 2019, pp. 119 ss.
- RENNA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione: A) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 801 ss.
- RENNA M., *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 558.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 247 ss.
- RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, pp. 1 ss.
- REUTER W.L., *The King Do No Wrong* (Classic Reprint), Forgotten Books, 2018.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 709.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- ROLLI R., *La voce del diritto attraverso i suoi silenzi. Tempo, silenzio e processo amministrativo*, Milano, 2012.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 111 ss.
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.
- ROMANO S., *Buona fede. c) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, pp. 677 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Atti del convegno annuale*, Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, pp. 233 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza": problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 865 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Agg.*, Milano, 2002, pp. 983 ss.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2017.
- ROSSI S., *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., Torino, 2010, pp. 346 ss.
- ROVELLI L., *Correttezza*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 426 ss.
- SACCO R., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, pp. 1420 ss.
- SACCO R., *Affidamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, pp. 661 ss.

- SALEMI G., *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912.
- SALERNO C., *La revoca dei provvedimenti amministrativi e i principi della funzione*, Torino, 2014.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANDULLI A.M., *La posizione dei creditori pecuniari dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 558 ss.
- SANDULLI P., *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano, 2004.
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 299 ss.
- SATTA F., *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001, pp. 594 ss.
- SATTA F., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 1369 ss.
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione*, Padova, 1969.
- SCHØNBERG S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- SCHLESINGER P., *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 344 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- SCOCA F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2210.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. IV, Milano, 2002, pp. 73 ss.
- SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 13 ss.
- SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura "contrattuale" della responsabilità precontrattuale*, in *NGCC*, 2016, fasc. 11, pp. 1517-1518.
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (Le regole di responsabilità civile ed il caso CIR c. Fininvest)*, in *NGCC*, 2014, II, pp. 353 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur., Agg.*, vol. V, Roma, 1996.
- SCOTTI E., *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2012.
- SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 522-523.
- SMORTO G., *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 160 ss.
- SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 54.

- STANZIONE R., *Rapporto giuridico (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.
- STICCHI DAMIANI E., *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, vol. II, Padova, 2007, pp. 195 ss.
- TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.
- TENELLA SILLANI C., *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, pp. 1247 ss.
- TESAURO F., *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2010.
- THALER R.H.-SUSTEIN C.R., *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Heaven, 2008 (trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2017).
- TORCHIA L., *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, pp. 11 ss.
- TORTORANO F., *Il danno meramente patrimoniale (percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Milano, 2001.
- TRAVI A., *I motivi inerenti alla giurisdizione e il diritto dell'Unione europea in una recente ordinanza delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3415.
- TRAVI A., *Affidamento (Diritto amministrativo)*, in AA.VV., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. I, Milano, 2018, pp. 33 ss.
- TRAVI A., *La tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, pp. 216 ss.
- TRAVI A., *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento dell'atto illegittimo"*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 936 ss.
- TRAVI A., *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2399.
- TRAVI A., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 994 ss.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, pp. 91 ss.
- TRIMARCHI M., *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018.
- TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 321 ss.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970.
- TRIMARCHI V.M., *Patrimonio (nozione generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1982, pp. 271 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 836.

- TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 872 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 867 ss.
- TROPEA G., *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in *Giustizia insieme*, 2020.
- TULUMELLO G., *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- VAIANO D., *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in AA.VV., *Studi sui principi di diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 477 ss.
- VAIANO D., *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.
- VALAGUZZA S., *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e limiti*, Milano, 2012.
- VALAGUZZA S., *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *RIDPC*, 2010, pp. 1277 ss.
- VARANESE G., *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.
- VELLUZZI S., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.
- VENOSTA F., *"Contatto sociale" e affidamento*, Milano, 2021.
- VENOSTA F., *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, pp. 113 ss.
- VILLANUCCI G., *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.
- VILLATA R., *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 864 ss.
- VIPIANA P.M., *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. VII, Torino, 1991, pp. 440 ss.
- VIRGA P., *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, pp. 326 ss.
- VISINTINI G., *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, pp. 335 ss.
- VISINTINI G., *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, pp. 1012 ss.
- VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, pp. 371 ss.
- VON JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Shadenersatz bei nichtingeden oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jh. Jb.*, IV, 1861.

- ZACCARIA A., *Verdamnte Zeiten (tempi maledetti)*, in *NGCC*, fasc. 5, 2020, p. 1156.
- ZACCARIA A., *Contatto sociale*, in *Digesto (disc. priv., sez. civ.)*, Agg., vol. IX, Torino, 2019, p. 87.
- ZACCARIA A., “*Contatto sociale*” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *Juscivile*, 2017, p. 188.
- ZACCARIA A., *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, pp. 78 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY V.-CHENAL R.-TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III ed., Bologna, 2022.
- ZILLER J., *Diritto delle politiche europee e dell’Unione europea*, Bologna, 2013.
- ZITO A., *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte costituzionale

- C. cost., 18 gennaio 2022, n. 8
C. cost., 8 luglio 2020, n. 142
C. cost., 23 giugno 2020, n. 118
C. cost., 25 giugno 2019, n. 160, in *Foro amm.*, 2020, p. 1806
C. cost., 14 dicembre 2017, n. 267
C. cost., 22 luglio 2017, n. 94
C. cost., 23 giugno 2017, n. 147, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2947
C. cost., 5 novembre 2015, n. 216, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2000, e in *Giust. civ.*, 2015, p. 370
C. cost., 23 luglio 2015, n. 178
C. cost., 14 luglio 2015, n. 153, in *Giust. civ.*, 2015, p. 1287
C. cost., 21 novembre 2011, n. 241, in *Foro amm.*, 2020, p. 391
C. cost., 28 ottobre 2011, n. 281
C. cost., 5 gennaio 2011, n. 1, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1
C. cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giur. cost.*, 2011, I, p. 42, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 2975
C. cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, c. 435
C. cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. it.*, 2006, p. 1729
C. cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594, in *Giur. it.*, 2004, p. 2255, e in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207
C. cost., 23 luglio 1997, n. 271

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Corte EDU, Sez. I, 11 febbraio 2021, *Casarin c. Italia*, ricorso n. 4893/13
Corte EDU, Sez. I, 12 dicembre 2019, *Romeva c. Macedonia del Nord*, ricorso n. 32141/10
Corte EDU, Sez. I, 10 luglio 2018, *Aielli e altri c. Italia*, ricorso n. 27167/18

Corte EDU, Sez. I, 26 aprile 2018, *Cakarevic c. Croazia*, ricorso n. 48291/2013
 Corte EDU, Sez. II, 24 giugno 2014, *Azienda agricola Silverfunghi c. Italia*, ricorsi nn. 52687/07 e 52701/07
 Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2012, *Anna de Rosa e altri c. Italia*, ricorsi nn. 52888/08, 58528/08, 59194/08, 60462/08, 60473/08, 60628/08, 61116/08, 61131/08, 61139/08, 61143/08, 610/09, 4995/09, 5068/09, 5141/09
 Corte EDU, Sez. II, 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*, ricorso n. 17972/07
 Corte EDU, Sez. II, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09
 Corte EDU, Grande Chambre, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ricorso n. 10249/03, in *RIDPC*, 2010, p. 397
 Corte EDU, 15 settembre 2009, *Moskal c. Polonia*, ricorso n. 10373/2005
 Corte EDU, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et al. v. Meglio*, ricorso n. 17849/91
 Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries & Stratis Andrearis v. Greece*, ricorso n. 13427/87

Corte di giustizia dell'Unione europea

CGUE, Sez. X, 1° marzo 2022, cause riunite C-306/19, C-512/19 e C-595/19, *Milis Energy e a.*
 CGUE, Sez. V, 20 gennaio 2022, C-165/20, *Air Berlin*
 CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, C-497/20, *Ranstadt*, in *Foro it.*, 2022, IV, fasc. 2, c. 90
 CGUE, Sez. VI, 18 novembre 2021, C-413/20, *Bluetail Flight School*
 CGUE, Grande Sezione, 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione-Consiglio (Accord avec l'Arménie)*
 CGUE; Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite n. C-798/18 e C-799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*
 CGUE, Sez. VII, 30 aprile 2020, C-184/19, *Hecta Viticol SRL*
 CGUE, Grande Sezione, 24 settembre 2019, C-136/17, *Google*
 CGUE, Sez. X, 11 luglio 2019, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, *Agrenergy e Fusignano Due*
 CGUE, Sez. I, 23 gennaio 2019, C-419/17, *Deza a.s.*
 CGUE, Sez. I, 11 aprile 2018, C-532/16
 CGUE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Mantovan*
 CGUE, Sez. IX, 14 giugno 2017, *Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis Lda*
 CGUE, Sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14, C-67/15 e C-458/14, *Promoimpresa s.r.l.*
 CGUE, Sez. IV, 9 giugno 2016, C-332/14, *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft*

- CGUE, Sez. V, 26 novembre 2015, C-166/14, *Med Eval*
 CGUE, Sez. VII, 9 luglio 2015, C-183/14, *Salomie e Oltean*
 CGUE, Sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation*
 CGUE, Sez. III, 27 giugno 2013, C-93/12, *ET Agrokonsulting*
 CGUE, Sez. IV, 14 marzo 2013, C-545/2011, *Agrargenossenschaft Neuzelle*
 CGUE, Sez. IV, 28 febbraio 2013, C-334/12, *Jaramillo e altri*
 CGUE, Sez. II, 6 settembre 2012, C-273/11, *Mecsek-Gabona*
 CGUE, Sez. III, 30 settembre 2010, *Stadt Graz*, C-314/09, in *Foro amm.-CdS*, 2011, p. 3014
 CGUE, Sez. IV, 18 marzo 2010, C-317-318-319 e 320/08, *Alassini*
 CGCE, Grande Sezione, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05, *Kadi*
 CGCE, Sez. I, 18 gennaio 2007, C-315/05, *Brzezinski*
 CGCE, Sez. VI, 30 novembre 2006, *Commissione c. Italia*, C-293/05
 CGCE, Sez. II, 14 settembre 2006, da C-181/04 a C-183/04, *Elmeke NE*
 CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*, §§ 43 ss.
 CGCE, Sez. V, 8 giugno 2000, C-396/98, *Schloßstraße*
 CGCE, 10 gennaio 1992, C-117/90, *Kuehn*
 C. giust., 21 febbraio 1991, C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*
 C. giust., 9 giugno 1990, C-312/89, *Factortame I*
 C. giust., 28 aprile 1988, 120/86, *Mulder*
 C. giust., 30 novembre 1983, causa 352/82, *Ferriere San Carlo*
 C. giust., 3 maggio 1978, C-12/77, *Topfer*

Tribunale dell'Unione europea

- Trib. UE, Sez. III ampl., 27 gennaio 2021, T-699/17, *Polonia-Commissione*
 Trib. UE, IX Sez. ampl., 16 giugno 2019, C-307/17
 Tribunale CE, 3 settembre 2009, T-326/07, *Cheminova*
 Tribunale CE, 4 febbraio 2009, T-145/06, *Omya*

Corte di cassazione

- Cass., Sez. I, 10 febbraio 2022, n. 4343
 Cass., Sez. lav., 14 dicembre 2021, n. 40004
 Cass., Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 38230
 Cass., Sez. VI, 23 settembre 2021, n. 25843
 Cass., Sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763
 Cass., Sez. III, 27 luglio 2021, n. 21535
 Cass., Sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743
 Cass., Sez. trib., 11 maggio 2021, n. 12372

- Cass., Sez. un., 11 maggio 2021, n. 12248
Cass., Sez. un., 22 aprile 2021, n. 10742
Cass., Sez. II, 30 marzo 2021, n. 8772
Cass., Sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6485
Cass., Sez. un., 6 marzo 2021, nn. 6324, 6325, 6451, 6453 e 6454
Cass., Sez. un., 15 gennaio 2021, n. 515
Cass., Sez. un., 21 settembre 2020, n. 19677
Cass., Sez. III, 6 luglio 2020, n. 13870
Cass., Sez. III, 26 giugno 2020, nn. 12928 e 12906
Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, anche in *Foro amm.*, 2020, p. 1833, in *Resp. civ. prev.*, 2020, fasc. 4, p. 1181, e in *Corr. giur.*, 2020, p. 1032, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*
Cass., Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6452, in *Giur. comm.*, 2021, fasc. 4, II, p. 740
Cass., Sez. III, 3 febbraio 2019, n. 4161
Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 30502
Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24378, in *Riv. not.*, 2020, p. 524
Cass., Sez. un., 13 maggio 2019, n. 12635
Cass., Sez. III, 4 aprile 2019, n. 9318
Cass., Sez. lav., 19 febbraio 2019, n. 4807
Cass., Sez. un., 30 agosto 2018, n. 21435
Cass., Sez. un., 25 maggio 2018, n. 13914
Cass., Sez. I, 12 aprile 2018, n. 9067
Cass., Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 2057
Cass., Sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1654
Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1257
Cass., Sez. un., 19 dicembre 2017, n. 26725
Cass., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19171
Cass., Sez. un., 29 maggio 2017, n. 13454
Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188
Cass., Sez. lav., 20 giugno 2016, n. 12678
Cass., Sez. un., 21 aprile 2016, n. 8057
Cass., Sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545
Cass., Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586
Cass., Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636
Cass., Sez. trib., 14 gennaio 2015, n. 537
Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Foro it.*, 2015, I, c. 643
Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2137
Cass., Sez. un., 23 luglio 2013, n. 17858, in *Foro amm.*, 2013, p. 2671
Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, fasc. 4, p. 1227,

con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, e in *Resp. civ. prev.*, 2012, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura delle responsabilità precontrattuali*

Cass., Sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, anche in *Corr. giur.*, 2011, p. 943

Cass., Sez. III, 29 novembre 2010, n. 24143, in *NGCC*, 2011, I, p. 449

Cass., Sez. III, 5 giugno 2010, n. 10814

Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *BBTC*, 2010, I, p. 686, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 604, e in *Giust. civ.*, 2008, p. 2775

Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726

Cass., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768

Cass., Sez. trib., 6 ottobre 2006, n. 21513

Cass., Sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, 15 giugno 2006, n. 13911, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3181, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2000 e in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 110

Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Corr. giur.*, 2003, p. 586, e in *Foro it.*, 2003, c. 78

Cass., Sez. trib., 10 ottobre 2002, n. 17576

Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *RIDPC*, 1999, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, pp. 1126 ss.

Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, anche in *Corr. giur.*, 1999, p. 441, *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999

Cass., Sez. I, 25 luglio 1986, n. 4755, in *NGCC*, 1997, I, p. 386

Cass., Sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142

Cass., Sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, c. 96, e c. 1675, con nota di L. BIGLIAZZI GERI

Cass., Sez. un., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 457 ss.

Consiglio di Stato

C. Stato, Sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698

C. Stato, Sez. III, 21 febbraio 2022, n. 1258

C. Stato, Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 106

C. Stato, Sez. III, 31 dicembre 2021, n. 8762

C. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2021, n. 8641

C. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2021, n. 8495

C. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21

C. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 11, p. 1688, in *Foro it.*, 2022, III, c. 69, e in *Riv. giur. ed.*, 2022, I, I, p. 153

- C. Stato, Sez. II, 20 novembre 2021, n. 7237
C. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18
C. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268
C. Stato, Sez. V, 25 agosto 2021, n. 6042
C. Stato, Sez. V, 12 agosto 2021, n. 5870
C. Stato, Sez. V, 2 agosto 2021, n. 5648
C. Stato, Sez. II, 1° luglio 2021, n. 5014
C. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2021, n. 4897
C. Stato, Sez. II, 25 giugno 2021, n. 4861
C. Stato, Sez. II, 14 giugno 2021, n. 4594
C. Stato, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892
C. Stato, Ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, III, fasc. 7-8, c. 394, e in *Resp. civ. e prev.*, 2021, fasc. 4, p. 1246
C. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 4, p. 605
C. Stato, Sez. II, 12 aprile 2021, n. 2960
C. Stato, Sez. II, 9 marzo 2021, n. 2013, in *Foro amm.*, 2021, fasc. 3, p. 467
C. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2021, n. 1788
C. Stato, Sez. III, 17 febbraio 2021, n. 1455
C. Stato, Sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322
C. Stato, Sez. V, 1° gennaio 2021, n. 312
C. Stato, Sez. II, 21 dicembre 2020, n. 8199
C. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237
C. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011
C. Stato, Sez. II, 14 marzo 2020, n. 1837
C. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2, in *Riv. giur. ed.*, 2020, 2, I, p. 322
C. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845
C. Stato, Sez. V, 19 settembre 2019, n. 6247
C. Stato, Sez. III, 26 giugno 2019, n. 4403
C. Stato, Sez. V, 13 agosto 2018, n. 4934
C. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in *Foro it.*, 2018, III, c. 492
C. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, III, c. 453
C. Stato, Sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386
C. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13
C. Stato, Sez. IV, 20 dicembre 2017, n. 5980
C. Stato, Sez. III, 24 novembre 2017, n. 515
C. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146
C. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2017, n. 4
C. Stato, Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3364
C. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293
C. Stato-Sez. IV, 23 agosto 2016, n. 3671
C. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768

- C. Stato, Sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1708
- C. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2016, n. 1380.
- C. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772
- C. Stato, Sez. V, 4 settembre 2015, n. 5115
- C. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748
- C. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 2015, p. 760
- C. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1182
- C. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142
- C. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 857
- C. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5115
- C. Stato, Sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272
- C. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638
- C. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668
- C. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439
- C. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831
- C. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10
- C. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 7, pubblicata in *Giur. it.*, 6, I, p. 1319, e in *Giust. civ.*, 2006, fasc. 5, p. 1056
- C. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6
- C. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945
- C. Stato, Sez. VI, 21 gennaio 2003, n. 204
- C. Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro amm.*, 2001, p. 2008, e in *Foro it.*, 2002, III, cc. 1 ss., con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e di E. CASETTA-F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*
- C. Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, n. 24
- C. Stato, Sez. V, 1° dicembre 1939, n. 795

Tribunali amministrativi regionali

- TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 22 febbraio 2022, n. 418
- TAR Lazio, Roma-Sez. II, 1° febbraio 2022, n. 1196
- TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 116
- TAR Sardegna, Sez. I, 27 settembre 2021, n. 658
- TAR Lazio, Roma-Sez. III, 20 settembre 2021, n. 9846
- TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 15 settembre 2021, n. 2000
- TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 6 luglio 2021, n. 1655
- TAR Lazio, Latina-Sez. I, 28 giugno 2021, n. 403
- TAR Reggio Calabria, Catanzaro-Sez. I, 5 giugno 2021, n. 1132
- TAR Aosta, Sez. I, 28 maggio 2021, n. 37

- TAR Lazio, Roma-Sez. I, 10 maggio 2021, n. 5450
TAR Lazio, Latina-Sez. I, 30 aprile 2021, n. 264
TAR Aosta, Sez. I, 20 aprile 2021, n. 115
TAR Sicilia, Catania-Sez. IV, 22 marzo 2021, n. 876
TAR Campania, Napoli, Sez. II, 5 marzo 2021, n. 2902
TAR Lazio, Roma-Sez. III, 4 marzo 2021, n. 2695
TAR Sardegna, Sez. II, 9 febbraio 2021, n. 70
TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 29 gennaio 2021, n. 284,
TAR Lazio, Roma-Sez. II, 4 gennaio 2021, n. 4
TAR Lazio, Roma-Sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049
TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 2 dicembre 2020, n. 2368
TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 13 novembre 2020, n. 2171
TAR Piemonte, Sez. II, 29 settembre 2020, n. 581, in *Riv. giur. ed.*, 2020, I, p. 1629
TAR Calabria, Reggio C.-Sez. I, 15 settembre 2020, n. 543
TAR Lazio, Roma-Sez. II, 5 agosto 2020, n. 8992
TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 3 luglio 2020, n. 1279
TAR Veneto, Sez. II, 16 giugno 2020, n. 508
TAR Veneto, Sez. II, 15 giugno 2020, n. 508
TAR Toscana, Sez. I, 28 maggio 2020, n. 658.
TAR Campania, Napoli-Sez. IV, 11 marzo 2020, n. 1114
TAR Lazio, Roma-Sez. I, 2 marzo 2020, n. 2663
TAR Abruzzo, Pescara, 7 febbraio 2020, n. 50
TAR Liguria, Sez. I, 9 gennaio 2020, n. 6, in *Riv. giur. ed.*, 2020, fasc. 2, I, p. 346
TAR Lazio, Roma-Sez. I, 6 novembre 2019, n. 12735, in *Foro amm.*, 2019, p. 1872
TAR Lazio, Roma-Sez. II, 12 settembre 2019, n. 10901
TAR Lazio, Roma-Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7132
TAR Lazio, Roma-Sez. III, 16 aprile 2019, n. 4938
TAR Lazio, Roma-Sez. II, 4 febbraio 2019, n. 1366
TAR Lombardia, Sez. I-Brescia, 24 gennaio 2019, n. 79
TAR Lazio, Roma-Sez. III, 7 gennaio 2019, n. 176, in *Foro amm.*, 2019, p. 131
TAR Lombardia, Milano-Sez. IV, 12 novembre 2018, n. 2570
TAR Marche, Ancona-Sez. I, 7 settembre 2018, n. 581
TAR Campania, Napoli-Sez. IV, 7 agosto 2018, n. 5217
TAR Lazio, Roma-Sez. II, 9 luglio 2018, n. 7628
TAR Lombardia, Brescia-Sez. II, 3 luglio 2018, n. 648
TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 5 marzo 2018, n. 617
TAR Liguria, Sez. I, 26 luglio 2017, n. 687

TAR Lazio, Roma-Sez. II, 5 luglio 2017, n. 7491

TAR Lazio, Roma-Sez. III, 7 novembre 2016, n. 11025, in *Foro amm.*, 2016, p. 2760

TAR Lombardia, Milano-Sez. III, 6 aprile 2016, n. 650, in *Foro it.*, 2016, III, c. 660

TAR Puglia, Lecce-Sez. I, 5 novembre 2015, n. 3166

TAR Veneto, Sez. I, 28 aprile 2015, n. 451

TAR Campania, Salerno-Sez. II, 2 luglio 2005, n. 1682 C. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482.

TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro it.*, 2002, III, cc. 1 ss.

TAR Puglia, Bari-Sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761

Corti d'appello

App. Catanzaro, Sez. lav., 4 maggio 2021, n. 536

INDICE DEGLI ATTI NORMATIVI

COSTITUZIONE:

- art. 3
- art. 23
- art. 24
- art. 24, comma 1
- art. 41, comma 1
- art. 77
- art. 97
- art. 97, comma 2 (*olim* 1)
- art. 100, comma 1
- art. 102, comma 2
- art. 103
- art. 103, comma 1
- art. 111, comma 8
- art. 117, comma 1
- art. 113
- art. 113, comma 1
- art. 113, comma 2

CONVENZIONE EDU («*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»):

- art. 6
- art. 6, § 1
- art. 13

Protocollo addizionale n. 1:

- art. 1

ATTI DELL'UNIONE EUROPEA:

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE):

- art. 191, § 2
- art. 258
- art. 263, § 2
- art. 267, § 3

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE):

- art. 28
- art. 41
- art. 47
- art. 51

Direttiva 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE:

- art. 1, § 1
- art. 1, § 3

Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004:

- art. 2
- art. 5
- art. 8

ATTI LEGISLATIVI:

legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (c.d. «*Legge abolitiva del contenzioso amministrativo*»):

- art. 2

codice civile (c.c.):

- art. 12 disposizioni sulla legge in generale
- art. 14 disposizioni sulla legge in generale
- art. 11
- art. 534
- art. 800
- art. 1153
- art. 1173
- art. 1174
- art. 1175
- art. 1176
- art. 1218
- art. 1324
- art. 1336
- art. 1336, comma 2
- art. 1337
- art. 1338
- art. 1375
- art. 2043
- art. 2048
- art. 2050
- art. 2051
- art. 2052
- art. 2053
- art. 2054
- art. 2740

codice di procedura civile (c.p.c.):

- art. 1
- art. 41
- art. 116, comma 1
- art. 362
- art. 386

codice penale (c.p.):

- art. 323

legge 6 dicembre 1971, n. 1034:

- art. 5

legge 23 agosto 1988, n. 400:

- art. 17

legge 7 agosto 1990, n. 241, s.mi.:

- art. 1
- art. 1, comma 1
- art. 1, comma 1-*bis*
- art. 1, comma 2-*bis*
- art. 2
- art. 2-*bis*
- art. 2-*bis*, comma 1
- art. 10-*bis*
- art. 11
- art. 11, comma 1
- art. 21-*quinquies*
- art. 21-*sexies*
- art. 21-*nonies*
- art. 21-*nonies*, comma 1

legge 24 febbraio 1992, n. 225:

- art. 5, comma 2
- art. 5, comma 4

legge 25 febbraio 1992, n. 210:

- art. 1, comma 1

d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80:

- art. 33
- art. 35

legge 21 luglio 2000, n. 205:

- art. 6
- art. 7
- art. 7, comma 1, lett. a)

legge 27 luglio 2000, n. 212 (il c.d.

“Statuto del contribuente”):

- art. 10, comma 1
- art. 10, comma 2

d.lgs. 8 giugno 2001, n. 325 (D.P.R.

8 giugno 2001, n. 327):

- art. 53, comma 1

legge 11 febbraio 2005, n. 15

legge 30 dicembre 2004, n. 311 (*“Legge finanziaria 2005”*):

- art. 1, comma 552

- d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (*“Codice dell’ambiente”*):
- art. 300, comma 1
- decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123:
- art. 4
- codice del processo amministrativo (c.p.a.):
- art. 1
 - art. 7
 - art. 7, comma 1
 - art. 7, comma 4
 - art. 7, comma 5
 - art. 7, comma 6
 - art. 7, comma 7
 - art. 30
 - art. 30, comma 2
 - art. 30, comma 4
 - art. 64, comma 4
 - art. 99, comma 1
 - art. 133
 - art. 133, comma 1, lett. a), n. 1
 - art. 133, comma 1, lett. c)
 - art. 133, comma 1, lett. e)
 - art. 133, comma 1, lett. f)
 - art. 133, comma 1, lett. g)
 - art. 133, comma 1, lett. p)
- legge 11 novembre 2011, n. 180:
- art. 9, comma 3
- legge 6 novembre 2012, n. 190
- d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39
- d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175:
- art. 28, comma 4
- legge 7 agosto 2015, n. 124:
- art. 6, comma 1, lett. d), n. 2
- d.lgs. 16 aprile 2016, n. 175 (*“Codice dei contratti pubblici”*):
- art. 3
 - art. 5, comma 9
 - art. 32, comma 13
 - art. 95, comma 12
 - art. 183
- d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*“Testo unico delle società pubbliche”*):
- art. 4, commi 1 e 2
 - art. 17, comma 1
- legge 8 marzo 2017, n. 24:
- art. 7, comma 3
- d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56
- d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, s.m.i. (*“Codice della crisi e dell’insolvenza”*):
- art. 5, comma 1
- decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. *“Decreto Semplificazioni”*), convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120:
- art. 12, comma 1, lett. 0a)
 - art. 23

Finito di stampare nel mese di maggio 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.

21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.
28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninnati, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.

46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.
58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.

67. STEFANO CATALANO, *La “presunzione di consonanza”. Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio “Gianfranco Mor” sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell’iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all’autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell’istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell’Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell’Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell’access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L’autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.
86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.

88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.

