

Livia Lorenzoni\*

*I principi di diritto comune nell'azione amministrativa  
tra regole di validità e regole di comportamento<sup>1</sup>*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del 4 maggio 2018, n. 5 quale occasione per una rinnovata riflessione in tema di doveri di correttezza precontrattuale dell'amministrazione – 3. Le posizioni di iniziale chiusura rispetto all'applicabilità dei doveri di correttezza alla P.A. – 3.1. Le prime aperture sulla responsabilità precontrattuale della P.A. – 3.2. Verso il pieno riconoscimento della responsabilità precontrattuale della P.A. – 4. La violazione da parte della P.A. delle regole di comportamento e la responsabilità da contatto sociale qualificato – 4.1. La teoria del contatto sociale e le sue ripercussioni in materia di responsabilità civile della P.A. – 4.2. La teoria del contatto sociale e le posizioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa – 4.3. La teoria del contatto sociale nella giurisprudenza – 5. I principi di correttezza e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità – 5.1. Il senso della distinzione nel diritto civile – 5.2. Le difficoltà applicative della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nel diritto amministrativo – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica continua a ricoprire un ruolo centrale nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano. Nonostante l'esplicito riconoscimento, risalente ormai ad un ventennio fa, della piena risarcibilità delle posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, i nodi centrali inerenti alla qualificazione giuridica della responsabilità civile della P.A. non sembrano, tutt'ora, essere stati sciolti.

Il presupposto fondamentale dal quale (anche implicitamente) muovono la dottrina e la giurisprudenza amministrativa maggioritarie è la netta distinzione tra la violazione di regole di comportamento (tendenzialmente di origine privatistica), che comporta l'illiceità della condotta e dalla quale

---

\* Ricercatrice di Diritto amministrativo (RTD/A), Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Scienze Politiche.

<sup>1</sup> Una versione ridotta del presente contributo è pubblicata sulla rivista "Diritto Amministrativo", 2020, 1, 235 - 269.

discende il risarcimento del danno ingiusto da essa causato, e la violazione di regole di legittimità (tendenzialmente di origine pubblicistica), che incide sulla validità del provvedimento amministrativo<sup>2</sup>.

La Corte di Cassazione, nella storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, ha affermato che, affinché possa configurarsi la responsabilità civile della P.A. per l'esercizio della propria attività autoritativa, è necessario che l'amministrazione agisca in contrasto con entrambe le categorie di norme. Alla violazione delle norme pubblicistiche è stata, quindi, attribuita una doppia valenza, sia ai fini del sindacato sulla legittimità della condotta, sia per valutare l'ingiustizia del danno. Alla violazione delle norme privatistiche, invece, è stato ricondotto esclusivamente il sindacato sull'elemento soggettivo della colpa e sul rispetto dei principi di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c.<sup>3</sup>. È stato escluso, dunque, che dalla violazione di questi ultimi principi possa derivare, oltre che un fatto illecito, altresì una illegittimità del provvedimento amministrativo.

Ciò ha creato un ostacolo rispetto al pieno riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, affermato in linea di principio dalla sentenza del 1999. La lesione dell'interesse legittimo appare infatti, per sua natura, discendere esclusivamente dalla violazione della seconda categoria di norme, ossia dall'infrazione di regole pubblicistiche che disciplinano l'azione della P.A. costituente esercizio di un potere<sup>4</sup>. Di conseguenza, la

<sup>2</sup> Tale distinzione ha origini risalenti e sembra richiamare l'antica suddivisione tra norme di relazione e norme di azione. Si vedano in proposito R. ALESSI, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*. Lezioni raccolte dal Prof. Aldo Albini, Bologna 1956, 5 – 8; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, XX, 1942, ristampa del 1994, 13 – 25.

<sup>3</sup> Come chiarito in dottrina, «bisogna tener conto del comportamento concretamente tenuto dall'amministrazione nel corso del procedimento, per valutare se esso abbia dato luogo ad un affidamento, oggettivamente valutabile, sull'esito positivo del procedimento, poi conclusosi, invece, negativamente. Dovendosi applicare anche all'amministrazione i principi di correttezza e buona fede, la creazione di un falso affidamento determina l'ingiustizia del danno eventualmente patito dal privato» (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 316).

<sup>4</sup> Sulla base di tale presupposto, una parte della dottrina ha infatti affermato che un danno può derivare esclusivamente da un comportamento materiale e, quindi, dalla lesione di un diritto soggettivo. Si veda in tal senso la nota posizione espressa in A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26, Id., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3222 - 3225, nota a sentenza Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. In senso conforme si veda G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, 2012, 42. Diversi autori, alla luce delle difficoltà create dalla suddetta dicotomia, hanno proposto il superamento delle tradizionali categorie pubblicistiche del diritto amministrativo in favore di un ritorno al diritto privato come diritto

responsabilità civile è stata, per lungo tempo, indissolubilmente legata alla previa dimostrazione, oltre che dell'illiceità della condotta, altresì dell'illegittimità del provvedimento dovuta alla lesione delle regole di validità pubblicistiche. Ciò, sul piano pratico, ha costituito un importante limite all'effettiva possibilità di accedere alla tutela risarcitoria da parte del privato, imponendo a quest'ultimo un pesante onere probatorio, tanto con riferimento al profilo dell'invalidità dell'atto (per dimostrare l'ingiustizia del danno), quanto al profilo della violazione da parte dei pubblici poteri delle regole di buona fede e correttezza (per provare la colpa e/o la responsabilità precontrattuale). Per ovviare a tali difficoltà, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ricondotto le regole di comportamento imposte alla P.A. a vere e proprie fonti di obbligazioni, al fine di inquadrare la responsabilità civile dell'amministrazione nell'ambito della responsabilità da contatto o da inadempimento ed alleggerire l'incombente probatorio del privato.

La dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità è stata di recente confermata in una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che l'ha ritenuta applicabile al diritto amministrativo, richiamando sul punto le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza civilistica. Nel diritto civile, tuttavia, tale partizione è giustificata, principalmente, dalla tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso, che

---

comune dei rapporti con la P.A. Si vedano, tra i molti, A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.* 1999, 487 – 504; F. LEDDA, *Agonia e morte dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 91 – 110; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.* 2009, 3, 739 – 778; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 – 673; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15, ora in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 11 – 22. Per una ricostruzione critica delle tesi che hanno sostenuto il superamento della categoria dell'interesse legittimo si vedano A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 273; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 256 – 266.

impone una netta alternatività tra le norme tese a verificare la conformità del negozio allo schema legale (regole di fattispecie) e le clausole generali dirette a verificare la liceità della condotta negoziale (regole di comportamento). Nel diritto amministrativo, diversamente, la violazione di principi giuridici che si impongono sul comportamento della P.A. rientra pacificamente nell'ambito dei vizi di legittimità (soprattutto, in quello dell'eccesso di potere)<sup>5</sup>.

La negazione in via di principio della potenziale utilizzabilità delle regole di condotta di diritto comune ai fini del sindacato sulla validità degli atti amministrativi pare finalizzata a contrastare le tesi dottrinali che, nell'attribuire alle clausole generali civilistiche la valenza di regole di validità hanno proposto di sostituire completamente i principi di correttezza discendenti dal diritto comune a quelli pubblicistici tipici del diritto amministrativo. In proposito, risulta d'interesse osservare come, nondimeno, in alcuni casi, lo stesso giudice amministrativo abbia utilizzato i principi di buona fede e correttezza nel sindacato di legittimità sugli atti amministrativi al fine di estendere le garanzie procedimentali previste dalla disciplina pubblicistica. Ciò ha mostrato la scarsa solidità della teorica dicotomia tra regole di validità e regole di condotta nel diritto amministrativo, dove, al contrario, i principi di diritto comune possono svolgere un importante ruolo complementare ed integrativo rispetto ai principi ed alle norme pubblicistiche, per accrescere gli strumenti di tutela per il privato, senza arrivare a sostituirsi ai principi ed alle norme pubblicistiche sull'esercizio del potere.

Il presente scritto prende le mosse da una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria, al fine di affrontare il tema della natura delle norme dalla cui violazione deriva la responsabilità civile della P.A. e la conseguente struttura di quest'ultima. Il lavoro si concentra, prevalentemente, sulla responsabilità precontrattuale, nella quale il ruolo dei principi di buona fede e correttezza nell'esercizio dell'attività pubblicistica dell'amministrazione appare maggiormente visibile. Tuttavia, le osservazioni che si tenta di trarne sono in larga parte estensibili all'intero campo della responsabilità civile della P.A.

---

<sup>5</sup> Sul tema si veda, tra il molti, G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, il quale, tuttavia, ha ricondotto la maggior parte delle ipotesi di violazione di principi di comportamento da parte della P.A. al vizio di violazione di legge, affermando che «la distinzione tra eccesso di potere e violazione di legge in base al fatto che l'esercizio del potere risulti difforme da norme codificate o *extra legem latae*, sulla quale, invero, si è sviluppata l'elaborazione giurisprudenziale del vizio ed è stata anche ripresa dalla dottrina, non è più giustificata una volta riconosciuta ai principi valenza normativa non diversa dalle norme codificate: la loro violazione non può che essere violazione di legge» (Ibid., 159).

*2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del 4 maggio 2018, n. 5 quale occasione per una rinnovata riflessione in tema di doveri di correttezza precontrattuale dell'amministrazione*

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018 ha riaperto l'attenzione su alcuni temi centrali concernenti la responsabilità civile dell'amministrazione pubblica e sull'applicabilità dei principi civilistici all'attività consensuale (ma non solo) dell'amministrazione<sup>6</sup>. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria riguardava la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione nella fase anteriore alla scelta del contraente, «allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione»<sup>7</sup>. La Sezione remittente chiedeva di chiarire se la responsabilità precontrattuale dovesse riguardare «esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili», ovvero dovesse estendersi a «qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione»<sup>8</sup>. L'Adunanza Plenaria ha risposto in senso affermativo ad entrambi i quesiti, sostenendo che la responsabilità precontrattuale della P.A. può derivare dalla violazione dei doveri di correttezza anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento

<sup>6</sup> La questione deferita all'Adunanza Plenaria sorgeva da un problema di interpretazione di alcune clausole di un bando di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione di un'Azienda sanitaria. In particolare, la gara era stata dichiarata deserta a fronte delle due domande di partecipazione, entrambe considerate inammissibili da parte dell'amministrazione perché contenenti offerte superiori rispetto a quella posta a base di gara. La ragione di ciò risiedeva nella contraddittorietà tra le disposizioni contenute nel bando, nel disciplinare di gara e nel capitolato speciale, relative alla durata dell'appalto e all'importo complessivo ad essa riferito. Il TAR, avallato dal Consiglio di Stato, annullava i provvedimenti di esclusione. Si vedano T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 novembre 2015, n. 1730 e Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497. Successivamente, l'amministrazione annullava d'ufficio i decreti di indizione della gara e di approvazione degli atti di gara. L'atto di autotutela era impugnato da una delle imprese escluse. Il giudice di primo grado respingeva la domanda demolitoria, accogliendo invece quella risarcitoria. Si veda T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2017, n. 515. A seguito del deferimento all'Adunanza Plenaria, la sezione remittente ha definito la questione con la sentenza Cons. Stato, sez. III, 02 aprile 2019, n. 2181.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492.

di aggiudicazione ed indipendentemente dalla collocazione temporale del comportamento scorretto, sia esso anteriore o successivo alla pubblicazione del bando di gara.

La Plenaria ha affermato quattro rilevanti principi di diritto, nel tentativo di chiarire la portata dei doveri di correttezza con riferimento all'azione amministrativa nel suo complesso ed ai risvolti della relativa violazione in termini di responsabilità dell'amministrazione. In primo luogo, la pronuncia ha sancito definitivamente l'applicabilità delle «norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza»<sup>9</sup> anche allo svolgimento dell'attività autoritativa. In secondo luogo, ha affermato la sussistenza dei doveri di correttezza e buona fede nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, nonché la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei provvedimenti di gara. Infine, la Plenaria ha individuato i presupposti affinché l'affidamento del privato sia risarcibile, imponendo uno stringente onere probatorio in capo a quest'ultimo.

Nonostante le importanti aperture mostrate in tale decisione, il Consiglio di Stato sembra essere rimasto ancorato, per alcuni aspetti, ad una visione restrittiva rispetto al pieno riconoscimento della responsabilità civile della P.A. In particolare, le maggiori criticità che appaiono emergere dalla sentenza sono, da una parte la mancata presa di posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale della P.A., dall'altra, la trasposizione nel diritto amministrativo della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, tipica del diritto civile.

La Plenaria, pur richiamando la teoria della responsabilità da contatto sociale ed evidenziandone «il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro»<sup>10</sup>, non ha ritenuto di assumere un espresso orientamento sul tema. Tuttavia, nell'individuazione degli elementi probatori necessari per configurare la risarcibilità dei danni

<sup>9</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, in *Foro Amministrativo*, 2018, 5, 766; in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2018, 5, 1594, con nota di S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; in *Guida al diritto* 2018, 23, 88, con nota di M. CLARICH e G. FONDERICO; in *Urbanistica e appalti*, 2018, 10, 639 nota di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Giur. It.*, 2018, 8-9, 1983 nota di G.D. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corriere Giur.*, 2018, 12, 1547 con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza Plenaria n. 5 del 2018*.

<sup>10</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 24.

ingenerati dall'azione amministrativa, la Plenaria ha richiamato i requisiti imposti dall'articolo 2043 del codice civile, inducendo ad inquadrare in tale fattispecie la responsabilità civile della P.A. In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha escluso che la violazione dei doveri di correttezza possa costituire un motivo di invalidità del provvedimento amministrativo, alla stregua del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta fatto proprio dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica.

La pronuncia ha aperto, quindi, diversi interrogativi sull'attuale portata della responsabilità civile dell'amministrazione. L'ampia ricostruzione del dato normativo e giurisprudenziale operata dal Collegio indica una chiara tendenza verso una tutela sempre più pregnante dell'affidamento del privato a fronte di comportamenti scorretti della P.A. Ci si chiede, tuttavia, se le conseguenze tratte dal Consiglio di Stato non finiscano per restringere sostanzialmente gli strumenti di tutela dell'amministrato che, a fronte di violazioni dei principi di correttezza, è legittimato a chiedere esclusivamente il risarcimento del danno, subordinato ad un rigoroso accertamento di tutti gli elementi fattuali e giuridici richiesti dall'articolo 2043 c.c.

### *3. Le posizioni di iniziale chiusura rispetto all'applicabilità dei doveri di correttezza alla P.A.*

Tale pronuncia ha avuto il pregio di superare definitivamente l'impostazione tradizionale che escludeva la piena applicabilità dei principi civilistici nell'ambito dell'attività negoziale della P.A. persino in settori «a vocazione generale»<sup>11</sup> come quello della responsabilità civile. L'esercizio di poteri discrezionali da parte della P.A. nell'avvalersi di strumenti privatistici è stato, infatti, tradizionalmente considerato un limite all'applicazione dei principi di buona fede e correttezza all'attività contrattuale pubblica, la quale, pur costituendo manifestazione della capacità di diritto comune del soggetto pubblico, presenta nella fase della formazione, dell'esecuzione e delle successive eventuali fasi contenziose una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella civilistica<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 484.

<sup>12</sup> La finalizzazione dell'azione amministrativa al pubblico interesse implica, da un lato, che la formazione della volontà sia procedimentalizzata e debba contenere almeno un atto amministrativo che evidenzii i motivi dell'operazione negoziale e ne consenta il sindacato e, dall'altro, che nella fase dell'esecuzione permangano poteri dell'amministrazione di intervenire autoritativamente sul rapporto, giustificati dalla funzione di cura dell'interesse pubblico cui la

La dottrina più risalente, sulla base del presupposto che il riparto di giurisdizione non consentiva un accertamento da parte del giudice ordinario sulla condotta degli organi pubblici nella sfera della discrezionalità amministrativa, escludeva la configurabilità di una *culpa in contrahendo* della P.A. per lesione dell'affidamento del contraente privato<sup>13</sup>. D'altronde, l'intrinseca diversità tra i criteri di scelta propri della libertà negoziale rispetto a quelli della discrezionalità amministrativa, derivante dal vincolo del fine di interesse pubblico, sussistente nel diritto pubblico e non nel diritto privato<sup>14</sup>, era originariamente considerata un ostacolo insormontabile all'applicabilità dei canoni di correttezza alla condotta dei poteri pubblici<sup>15</sup>. L'assenza nel diritto amministrativo dell'«urto tra volontà paritariamente contrapposte»<sup>16</sup>, tipico dei rapporti privatistici, si riteneva rendesse inutile il ricorso alle clausole generali nei rapporti pubblicistici. Inoltre, la vigenza del principio di nominatività e tipicità degli atti amministrativi si considerava come assorbente rispetto all'esigenza di tipicizzare le indeterminate possibilità rientranti nella sfera di disposizione del privato che giustificano l'applicazione delle clausole generali al diritto contrattuale. Pertanto, l'unico mezzo integrativo considerato utilizzabile nel diritto amministrativo si riteneva fosse quello del

---

prestazione oggetto del contratto è finalizzata. Si vedano, sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 50. Si veda, sui limiti generali all'attività contrattuale della P.A., S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 73 – 123; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2° ed, Padova, 1994, 37 – 62; B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corr. giur.*, 2012, 12, 1498; M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2015, 420 – 433. Sull'evoluzione di alcune problematiche emergenti dalla giurisprudenza e dottrina in materia di contratti, si veda M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 51 – 93.

<sup>13</sup> In tal senso si veda R. ALESSI, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1951, 248.

<sup>14</sup> Si riteneva che «nell'emanare il provvedimento l'autorità deve esclusivamente ispirarsi al soddisfacimento dell'interesse pubblico; non solo quindi è vietata l'emanazione di provvedimenti miranti a soddisfare interessi particolaristici o privati, ma, qualora, fra gli interessi privati e quello pubblico, è quest'ultimo che deve prevalere sui primi» (P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 32).

<sup>15</sup> Si sosteneva che nel diritto amministrativo «il criterio secondo cui la scelta avviene non è quello della buona fede, né del buon costume, né alcun altro simile, sebbene quello dell'interesse pubblico e del modo migliore per assicurarne la soddisfazione» (E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 562).

<sup>16</sup> M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, 2000, 372 – 374.

pubblico interesse e si escludeva il ricorso ai principi di diritto comune e alle clausole generali come canoni integrativi dell'attività amministrativa.

Coerentemente a tale impostazione dottrinale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur includendo espressamente i principi generali dell'ordinamento nell'ambito del principio di legalità cui deve rispondere l'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione, negava fermamente la possibilità di ricomprendervi i principi di diritto comune riconducibili alla correttezza. A fronte della pretesa del ricorrente al rispetto da parte dell'amministrazione «dei più elementari principi di lealtà cui gli amministratori di enti pubblici sono più che mai tenuti»<sup>17</sup>, il rigetto del Consiglio di Stato era netto<sup>18</sup>. Non essendo originariamente probonibile l'azione di responsabilità civile in sede di giurisdizione amministrativa, il giudice ne dichiarava l'inammissibilità, tanto ove fosse enunciata espressamente, quanto ove fosse «dissimulata» in una censura di eccesso di potere<sup>19</sup>. Nello stesso senso, la giurisprudenza civile escludeva l'applicazione di regole elastiche di comportamento al soggetto pubblico, indipendentemente dalla diversa valutazione della legittimità o meno dell'esercizio del potere discrezionale<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561. Il caso riguardava due successivi provvedimenti amministrativi di deliberazione a contrarre di un Comune relativamente alla gestione delle acque e terme. La prima deliberazione individuava un contraente, mentre la seconda revocava la prima, individuandone uno diverso, per ragioni di convenienza economica. Il soggetto che era stato inizialmente scelto dall'amministrazione invocava, tra i motivi di ricorso, un vizio di eccesso di potere per l'illogicità, la contraddittorietà e la mala fede del comportamento dell'amministrazione nelle trattative, sanzionate dal codice civile come fonti di responsabilità precontrattuale.

<sup>18</sup> Il Consiglio di Stato rifiutava le tesi sull'applicabilità delle clausole generali civilistiche persino con riferimento ai procedimenti di gara a trattativa privata, caratterizzati da maggiore libertà di forme. Questi erano considerati semplicemente come procedimenti nei quali sussisteva una più ampia discrezionalità in capo alla P.A., a fronte della quale il privato vantava esclusivamente un interesse legittimo all'annullamento dell'atto lesivo. Per un'approfondita analisi delle caratteristiche della trattativa privata della P.A. in relazione ai doveri di correttezza e buona fede, si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 98 – 178.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, cit.

<sup>20</sup> M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 85.

### 3.1 *Le prime aperture sulla responsabilità precontrattuale della P.A.*

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, una parte della giurisprudenza ordinaria ha iniziato ad ammettere che l'obbligo di buona fede previsto dall'art. 1337 c.c. «sancisce un principio generale il quale informa tutto l'ordinamento giuridico ed al cui impero anche la P.A. deve sottostare, quando intraprende iniziative di contratti privatistici»<sup>21</sup>. Tuttavia, si riteneva doversi attuare un'estrema cautela nell'accertamento della violazione del dovere di correttezza precontrattuale da parte dell'amministrazione, anche in ragione del «discrezionale apprezzamento di opportunità e convenienza riservato, nel pubblico interesse»<sup>22</sup>. La Cassazione ha iniziato ad applicare all'attività negoziale della P.A. l'art. 1338 c.c. sull'obbligo di comunicare alla controparte una causa di invalidità del contratto, a pena di risarcire la parte che avesse confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto<sup>23</sup> e l'art. 1337 c.c. sull'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto<sup>24</sup>.

Anche la dottrina amministrativistica ha cominciato a riconoscere l'incidenza dei doveri di buona fede nell'attività contrattuale dell'amministrazione<sup>25</sup>. È stata distinta la fase di deliberazione del contratto e di adozione di criterio di scelta del contraente, nella quale l'amministrazione esercita il proprio potere discrezionale, dalla fase successiva del procedimento contrattuale, nella quale «il comportamento dell'amministrazione è regolato interamente dal principio della buona fede, in quanto comportamento di diritto privato comune»<sup>26</sup>. L'incidenza delle clausole generali è stata

<sup>21</sup> Trib. Roma, 15 maggio 1964, in *Arch. Resp. Civ.* 1966, 439.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Cass. Civ., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro It.*, 1962, I, 96, e 1165 con nota di L. BIGLIAZZI GERI, *Sulla responsabilità per alienazione di un bene demaniale*; in *Foro Pad.*, 1962, I, 1359, con nota di F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*.

<sup>24</sup> Cass. Civ., 28 settembre 1968, n. 3008, in *Foro It.*, 1969, I, 966.

<sup>25</sup> A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso il dibattito sulla responsabilità civile della P.A. ha assunto un ruolo centrale nella dottrina amministrativistica. Segno della crescente attenzione nei confronti del tema è il convegno organizzato a Napoli nel 1963. Si vedano in proposito AA.VV. *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27 - 28 - 29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, 1965. Per la ricostruzione del dibattito dottrinale di quegli anni sul tema si veda E. FOLLIERI *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 10 - 14.

<sup>26</sup> Si veda M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, estratto da *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, 1963, ora in *Scritti*, V, 1963 -

riconosciuta anche nell'attività discrezionale dell'amministrazione qualora si configuri, oltre ad un'illegitimità dell'atto, un illecito civile<sup>27</sup>.

In seguito, la Cassazione ha stabilito che «la responsabilità precontrattuale della P.A., è configurabile in tutti i casi in cui l'Ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. (...) ingenerando nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento, poi andato deluso in ordine alla conclusione del contratto»<sup>28</sup>. Si riteneva che il relativo accertamento rientrasse nella giurisdizione ordinaria, essendo volto a stabilire non se la P.A. si fosse comportata da corretto amministratore, bensì da corretto contraente. In quest'ottica, il sindacato del giudice ordinario risultava confinato ai danni derivanti da meri comportamenti dell'amministrazione che non costituiscono esercizio di potere<sup>29</sup>. Nondimeno, la dottrina ha osservato

---

1969, Milano, 2004, 183. Per l'applicabilità del principio di buona fede nelle trattative precontrattuali della P.A. si è espresso, altresì, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 190.

<sup>27</sup> In tal caso, l'amministrazione si presenta non più come autorità bensì come soggetto di diritto comune, sottoposto alle regole di correttezza e buona fede. Si veda, in tal senso, M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, cit., 154 – 185.

<sup>28</sup> Cass. Civ. sez. I, 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Giur. It.*, 1987; in *Finanza Loc.*, 1989, 195.

<sup>29</sup> Per la distinzione tra meri comportamenti e comportamenti amministrativi, poi accolta nell'art. 7 del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), si vedano le storiche sentenze della Consulta, Corte Cost., 06 luglio 2004, n. 204, in *Giornale Dir. Amm.*, 2004, 9, 969, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla Corte costituzionale*, con note di M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*; in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, 753, con nota di R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*; in *Federalismi*, 2004, 15, con nota di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004)*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 7, 805, con nota di R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 2007, 1167 con nota di A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*. Per un recente contributo sulla nozione di comportamento nel diritto amministrativo si veda E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012.

come, nell'esame della condotta della P.A. (in una fattispecie riferita alla fase esecutiva del contratto) il giudice civile avesse valutato ai sensi della buona fede il corretto uso di poteri amministrativi innestati in rapporti privati, suggerendo che «l'onda lunga della buona fede, sia pure in via riflessa, arriva dunque a toccare anche il comportamento discrezionale della P.A.»<sup>30</sup>.

Una volta ammessa in via di principio l'applicabilità dei doveri di correttezza e buona fede all'attività contrattuale e precontrattuale dell'amministrazione rimanevano da stabilirne i limiti e le condizioni. Per lungo tempo la giurisprudenza ne ha confinato l'applicazione ai soli casi in cui l'amministrazione agisse *iure privatorum*<sup>31</sup>. Nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'operatività dei principi di correttezza era limitata alla fase esecutiva del contratto, ovvero ai casi in cui l'amministrazione sceglieva il contraente secondo la procedura della trattativa privata. In questi casi, la P.A. era considerata una vera e propria «parte» del contratto, che «agisce in posizione del tutto paritetica con il privato, senza far uso di poteri in qualche modo autoritativi, ponendo in essere una attività negoziale assolutamente libera e svincolata da un qualsiasi schema procedimentale»<sup>32</sup>, la cui condotta precontrattuale era sindacabile dal giudice ordinario e a fronte della quale sorgeva in capo al privato candidato un diritto soggettivo.

Per le altre procedure di gara ad evidenza pubblica (asta pubblica, licitazione privata ed appalto concorso), la giurisprudenza ammetteva la responsabilità civile solo nella fase successiva alla stipulazione del contratto, sino al completamento del controllo pubblico sullo stesso (considerato condizione sospensiva dell'obbligazione dell'amministrazione)<sup>33</sup>. Si affermava

<sup>30</sup> A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, nota a Cass. Civ. sez. I, 14 luglio 2000 n. 9321, in *Corr. giur.*, 11, 2000, 1488.

<sup>31</sup> Per una disamina delle pronunce sulla buona fede in materia di contratti della P.A. si veda E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, 2003, I, 371 – 387.

<sup>32</sup> Tra le molte si vedano Cass. Civ. Sez. Un., 06 ottobre 1993, n. 9892 e Cass. Civ. Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10296, in *Giur. It.*, 1995, 1, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*; Cass. Civ. Sez. Un., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Corr. giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P. A. tra schemi privatistici e moduli procedimentali*; Cass. Civ. Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. It.*, 1998, I, 570, con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

<sup>33</sup> Si veda, tra le molte, Cass. Civ. sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rassegna Avvocatura*

che, nella fase pubblicistica precedente, il privato partecipante alla gara fosse titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta ad opera della pubblica amministrazione, e non di un diritto all'osservanza delle regole di buona fede<sup>34</sup>. Sebbene la dottrina avesse già evidenziato come il dovere di correttezza dell'amministrazione dovesse essere esteso a tutti i partecipanti alla gara pubblica<sup>35</sup>, la giurisprudenza ancorava il sorgere della responsabilità precontrattuale della P.A. ad un momento successivo alla selezione di un'unica controparte contrattuale, negando rilevanza alle scorrettezze in corso di scelta del contraente<sup>36</sup>.

### 3.2. Verso il pieno riconoscimento della responsabilità precontrattuale della P.A.

A partire dall'esplicito riconoscimento giurisprudenziale della piena risarcibilità della lesione di posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo (anche a carattere pretensivo), i principi di diritto comune hanno trovato un definitivo riconoscimento nel campo della responsabilità civile della P.A. per l'esercizio della propria attività autoritativa. Si è quindi posto il problema di attribuire significato ai principi di correttezza, identificati dalla storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999 quali «limiti esterni alla discrezionalità»<sup>37</sup>, come tali valutabili dal giudice.

---

*dello Stato*, Roma, 1990, 235 – 250. Sull'evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità precontrattuale si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 171 – 176.

<sup>34</sup> Per una critica alla limitazione della responsabilità civile dell'amministrazione nei contratti pubblici si veda G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 115 e ss. Si veda anche G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, IV ed., I, Bologna, 2005, 895 – 924.

<sup>35</sup> G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 201.

<sup>36</sup> Si veda, in tal senso, G.M. RACCA; S. PONZI, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass. civ. sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. It.*, 2015, 1963.

<sup>37</sup> Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2487, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nota a Cass. sez.un. n. 500/1999*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3201, con nota di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3212, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3222, con nota di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3226, con nota di E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costitu-*

Con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture «svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»<sup>38</sup>, nonché di «tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali»<sup>39</sup>, la responsabilità precontrattuale è stata riconosciuta in tutte le procedure di appalto pubblico e le norme di correttezza prescritte dal diritto comune sono state imposte all'amministrazione, affianco alle norme sull'interesse pubblico<sup>40</sup>.

*zionalismo*; in *Dir. Pubbl.* 1999, 487, con nota di A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*; in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 9, 832, con nota di L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*; in *Corr. Giur.*, 1999, 9, 1061, con nota di V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1381, con nota di V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile..."*; in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268, con nota di C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*; in *Contratti*, 1999, 10, 869, con nota di L. V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*; in *Giur. It.*, 2000, 1, con nota di L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; in *Giur. It.*, 2000, 7, con nota di F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*; in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, 1108, 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*. Per una ricostruzione degli sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno portato alla sentenza 500 del 1999 si A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26; C. GALLUCCI, *Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 2001, 1 – 19; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, 18 – 77; G.M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 4 – 95.

<sup>38</sup> Art. 6 L. 21 luglio 2000 n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa. Pubblicata nella Gazz. Uff. 26 luglio 2000, n. 173.

<sup>39</sup> Art. 7, co. 3 L. 6 dicembre 1971 n. 1034, prima sostituito dall'art. 35, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dall'art. 7, L. 21 luglio 2000, n. 205, ora abrogato dal n. 23) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento e recepito nel codice del processo amministrativo.

<sup>40</sup> In un primo momento, la giurisprudenza aveva affermato la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nei casi di rottura delle trattative nell'ambito di una

La giurisprudenza ha definitivamente sancito il principio secondo il quale «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»<sup>41</sup>.

Oltretutto, l'accertamento di tale forma di responsabilità precontrattuale non è stata ritenuta preclusa dall'eventuale legittimità del provvedimento di ritiro in autotutela degli atti di gara<sup>42</sup>. La valutazione relativa alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione, ovvero di mancata aggiudicazione definitiva, per ragioni di interesse pubblico è stata sganciata da quella sul dovere di buona fede del comportamento complessivo dell'amministrazione (azioni od omissioni contrastanti con il principio di correttezza) nella

---

trattativa privata non giustificata da ragioni fondate, conosciute o conoscibili all'altra parte o, comunque, economicamente e giuridicamente apprezzabili. Si vedano in questo senso T.A.R. Lombardia, Milano sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 1249, con nota di F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. dopo la sentenza n. 500/99*. La responsabilità precontrattuale è stata riconosciuta altresì in casi in cui la P.A. avesse tenuto aperte trattative che sicuramente non avrebbero potuto avere esito positivo poiché il contratto era già stato stipulato con altro soggetto. Cons. Stato sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 2, 199, con nota di G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*; in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235, con nota di S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000*.

<sup>41</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 05 settembre 2005, n. 6, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 69, con nota di I. FRANCO e con nota di E. RAGANELLA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l'assettamento dei criteri di riparto della giurisdizione*. Si veda inoltre F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 35 – 45.

<sup>42</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 05 settembre 2005, n. 6, cit.; conf. Cons. Stato sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1675, con nota di D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*; in *Urbanistica e appalti*, 2013, 10, 1085, con nota di S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*. In senso analogo, con riferimento all'annullamento d'ufficio, Cons. Stato sez. V, 30 dicembre 2011, n. 7000. Sulle recenti posizioni giurisprudenziali in relazione all'ammissibilità dei provvedimenti di autotutela successivi alla stipula del contratto, si veda M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, 805 – 809.

fase precontrattuale<sup>43</sup>. È apparsa, in questo senso, confermata l'idea che, nell'ambito dell'attività contrattuale della P.A., «al diritto pubblico spetta definire i poteri discrezionali necessari secondo i principi di ragionevolezza, proporzionalità, efficienza ed economicità per il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti e al diritto civile compete invece, sempre nell'ottica del raggiungimento di quegli stessi obiettivi, il compito di definire istituti e principi, clausole generali e regole di chiusura, valevoli per entrambe le parti del rapporto»<sup>44</sup>. In questa prospettiva, il diritto comune applicabile ai contratti pubblici emerge in combinazione con i principi necessari alla funzionalizzazione dell'agire amministrativo, in un'ottica di garanzia per la controparte privata e per riequilibrare la disparità delle posizioni negoziali.

In numerose sentenze, il Consiglio di Stato ha imputato all'amministrazione la responsabilità precontrattuale per gli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica, con violazione dei doveri di lealtà e di buona fede affermati dall'art. 1337 c.c. Pur riconoscendo la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nell'ultimo provvedimento amministrativo, ha sanzionato la violazione della correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, affermando l'invocabilità dell'art. 1337 anche qualora vi fosse stata la stipulazione del contratto<sup>45</sup>.

Non sono, tuttavia, mancate pronunce che, anche a seguito del riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, hanno negato la responsabilità civile della pubblica amministrazione per i danni subiti dal contraente a causa dell'annullamento di un bando di gara illegittimo. Il Consiglio di Stato, in alcuni casi, ha affermato che le specifiche ragioni di pubblico interesse si configurano come «necessariamente preminenti» su quelle fatte valere dal privato ed ha qualificato i principi di buona fede e correttezza come «parametri propri ed esclusivi della autonomia privata» che «risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di

<sup>43</sup> Cons. Stato sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 8, 943 nota di G.M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*; T.A.R. Veneto sez. I, 31 marzo 2003, n. 2173, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 939, con nota di A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*.

<sup>44</sup> S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 134 – 135.

<sup>45</sup> Cons. Stato sez. VI, 02 settembre 2011, n. 4921, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, 9, 2811; Cons. Stato sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 552, con nota di G. GINA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. è "da comportamento"*.

interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo. Buona fede e correttezza, in altri termini, sono parametri di comportamento dei soggetti privati alla cui stregua il giudice ordinario risolve i conflitti inter soggetti nascenti dal loro mancato rispetto»<sup>46</sup>. In tale prospettiva, l'applicazione dei principi di diritto comune è stato ritenuto incompatibile con il modello di sindacato tipico del giudice amministrativo, volto ad un controllo di legalità delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sfociante nell'eventuale annullamento dell'atto<sup>47</sup>.

Inoltre, come ricordato dalla Sezione remittente che ha portato alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, una parte della giurisprudenza tendeva ad escludere la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione con riguardo alla fase anteriore alla scelta del contraente, argomentando nel senso che, nella fase precedente alla sua individuazione, gli aspiranti alla posizione di contraenti sono meri partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, ma non un diritto risarcitorio<sup>48</sup>. Tale orientamento distingueva il profilo della correttezza del comportamento precontrattuale dell'amministrazione da quello della corretta ponderazione dell'interesse pubblico allo svolgimento della gara, negando rilevanza al primo qualora il secondo fosse stato ritenuto legittimo. L'ordinanza di rimessione ha aderito a tale impostazione, qualificando il bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari ai sensi dell'art. 1336 c.c., ovvero come proposta di contratto in *incertam personam*, in ragione della peculiarità di essere subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale è individuato un unico contraente. Pertanto, la fase

<sup>46</sup> Cons. Stato sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1240, con nota di B. LUBRANO, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*; in *Giur. It.*, 2003, 4; in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*.

<sup>47</sup> Il Consiglio di Stato ha così annullato la sentenza del Tar che aveva individuato i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento come limite insuperabile alla discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione del contraente e nella successiva conclusione dell'accordo e ne aveva tratto la conseguenza che, sebbene l'annullamento del bando a seguito dell'aggiudicazione provvisoria fosse legittimo, era configurabile una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. Cons. Stato sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, cit.,

<sup>48</sup> Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272; Cons. Stato sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599.

pubblicistica della procedura di gara non è stata considerata una “trattativa”, bensì una semplice competizione intercorrente fra gli operatori economici volta ad identificare il migliore offerente, regolata interamente e unicamente da regole pubblicistiche<sup>49</sup>.

L'Adunanza Plenaria, nel maggio 2018, ha preso posizione in senso opposto su tale aspetto, chiarendo che la portata degli obblighi di buona fede e correttezza della P.A. si estende a tutte le fasi, anteriori o successive all'individuazione del contraente ed all'adozione del bando di gara. Il Collegio ha evidenziato come, argomentando diversamente, si creerebbero «a favore del soggetto pubblico “zone franche” di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime “speciale” e “privilegiato”, che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto»<sup>50</sup>.

Per giungere a tali conclusioni, il Consiglio di Stato ha compiuto un'ampia ricostruzione delle previsioni codicistiche in materia di responsabilità precontrattuale, a partire dall'originaria funzione del dovere di correttezza rivolto ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, introdotto con il codice civile del 1942<sup>51</sup> ed ancorato ai principi della solidarietà corporativa<sup>52</sup>. La pronuncia ha poi richiamato le teorie che, a partire dagli anni Sessanta, hanno riletto i doveri di correttezza alla luce dei

<sup>49</sup> Cons. Stato 24 novembre 2017 n.5491.

<sup>50</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 44.

<sup>51</sup> Nel codice Pisanelli del 1865 la buona fede era contemplata esclusivamente in una norma sull'esecuzione dei contratti ed accostata al concetto di equità. Nella vigenza del precedente codice civile, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, influenzate dalle concezioni soggettivistiche del negozio giuridico della pandettistica tedesca, tendevano a svuotarla di significato, attribuendole la funzione di «supporto storico-culturale del richiamo all'equità, agli usi ed alla legge quali elementi integrativi (questi soltanto) del contenuto dell'obbligazione» (M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 1 – 8).

<sup>52</sup> L'inciso «in relazione ai principi della solidarietà corporativa» è stato abrogato dall'art. 3, D. Lgs. Lgt. 14 settembre 1944, n. 287, recante provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile. Sulla formulazione retorica e demagogica della nozione di correttezza nel codice del 1942 si veda A. DI MAJO, *Correttezza e buona fede nel codice*, , sub *Art. 1175, Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 4, 285. Sulla permanenza in vigore del principio a seguito della fine del regime corporativo si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), ristampa integrata, Milano, 2004, 124 – 131. Sul significato della previsione codicistica si veda la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, punto 558, 116. Si vedano sul punto, altresì, V. CARBONE, *Comportamento secondo correttezza, sub art. 1175*, in V. CUFFARO, *Commentario c.c. - Delle Obbligazioni, Artt. 1173-1217*, Torino, 2012.

principi costituzionali e, in particolare, al principio enunciato nell'articolo 2 della Costituzione, sostenendo il necessario abbandono delle convinzioni individualistiche, sostituite dal dovere di solidarietà sociale che incombe su entrambe le parti nel sistema dei valori costituzionali<sup>53</sup>. La sentenza ha desunto l'ampiezza dell'attuale portata del principio di correttezza rispetto all'azione amministrativa da numerosi indicatori derivanti dalla giurisprudenza ordinaria in materia di responsabilità precontrattuale in capo a soggetti ulteriori alle sole parti di una trattativa in senso stretto, nonché da alcuni recenti interventi normativi in materia di attività amministrativa<sup>54</sup>. La sentenza in esame, infatti, ha definitivamente sancito che i principi di diritto comune si applicano anche all'attività autoritativa dell'amministrazione. Muovendo da queste osservazioni generali, la pronuncia ha costituito un'importante occasione per porre in luce alcuni nodi centrali in materia di responsabilità civile dell'amministrazione pubblica.

<sup>53</sup> La suddetta tesi ha ridimensionato la portata del principio dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale, che escludeva ogni forma di eterointegrazione dello statuto negoziale. L'espansione del ruolo delle clausole generali, in particolare dei canoni di buona fede e correttezza, interpretati come espressione del dovere di solidarietà sociale enunciato in Costituzione e strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali, ha accresciuto l'incidenza dei controlli sull'autonomia negoziale oltre il sindacato di liceità della causa e di meritevolezza dell'interesse, ancorando la libertà di scelta nel comportamento tra privati ai fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento, pur nell'ambito segnato dalle norme positive. Per tutti, si veda, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), ristampa integrata, Milano, 2004, *passim*. È stato affermato che «le norme costituzionali che tutelano i valori dell'individuo, nei suoi attributi essenziali, e in particolare nell'affermazione della sua libertà, in tutte le sue manifestazioni che sono coerenti al suo impegno sociale, che garantiscono le comunità intermedie nelle quali la personalità dell'individuo si svolge e si potenzia, che hanno riguardo alle varie forme dell'attività umana e agli interessi patrimoniali che vi sono connessi (...) costituiscono, pur con i limiti (...) che nello spirito della costituzione vogliono essere l'espressione delle superiori esigenze di solidarietà sociale, un sistema protettivo che dall'esterno permette di individuare i confini attuali del diritto civile e il suo essenziale contenuto» (R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, XII, 1964, 908). Sul rapporto tra autonomia privata, potere negoziale ed il suo statuto costituzionale si veda M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003. Si veda, altresì, F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015, 61 – 97.

<sup>54</sup> Tra gli elementi per avvalorare la tesi dell'applicabilità dei doveri di correttezza all'attività amministrativa procedimentalizzata, la Plenaria ha evidenziato: il richiamo ai principi del diritto europeo, che include il principio del legittimo affidamento, da parte dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; la legge n.124 del 2015 che ha introdotto limiti più stringenti al potere di autotutela proprio per proteggere l'affidamento del privato; l'articolo 10 dello Statuto del Contribuente approvato con la legge 212 del 2000; l'art. 2-bis, comma 1 della legge 241 del 1990 che ha previsto il risarcimento del danno da mero ritardo.

#### 4. La violazione da parte della P.A. delle regole di comportamento e la responsabilità da contatto sociale qualificato

Tra gli spunti di riflessione di maggiore interesse forniti dalla Plenaria, emerge, in primo luogo, il riferimento alla teoria del contatto sociale qualificato, menzionata dal Consiglio di Stato al solo fine di evidenziarne «il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro»<sup>55</sup>.

La teoria del contatto sociale trova le sue radici nella dottrina tedesca sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio secondo cui, in estrema sintesi, all'obbligo primario di prestazione si affiancano una serie di obblighi accessori, positivi e negativi, volti a garantire il conseguimento del risultato cui è orientato il rapporto<sup>56</sup>. Tra questi, un ruolo centrale è stato assunto dai cosiddetti obblighi di protezione, discendenti dal dovere di buona fede e correttezza, la cui teorizzazione ha preso le mosse proprio dalla teoria del rapporto precontrattuale, a sua volta sviluppatasi a partire dall'elaborazione della nozione jheringiana di *culpa in contrahendo*<sup>57</sup>.

Nell'ordinamento italiano, la previsione di cui all'art. 1337 c.c., secondo la quale «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» è stata interpretata nel senso di costituire in capo ai contraenti obbligazioni discendenti direttamente dal dovere di buona fede ed ha introdotto nell'ordinamento italiano un modello di responsabilità che prescinde dall'invalidità del contratto<sup>58</sup>. Muovendo dalla funzione integrativa dell'obbligo di correttezza

<sup>55</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018 n. 5, punto 24.

<sup>56</sup> Per una ricostruzione della dottrina e giurisprudenza tedesca sul tema si veda A. DI MAJO, *Correttezza e buona fede nel codice*, cit., 305 e ss. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1 – 47. Si veda, altresì, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 172 e ss.

<sup>57</sup> R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione (1861)*, traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005. Si vedano, in proposito, M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. It., Disc. Priv.*, IV ed., XVI, Torino, 1997; C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, 679; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1.

<sup>58</sup> C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 4. La dottrina si era opposta da tempo alla

delle trattative precontrattuali, sono state recepite in Italia le teorie sorte nell'ordinamento tedesco sugli obblighi accessori di prestazione ed è stata elaborata la teoria dell'obbligazione senza prestazione<sup>59</sup>. Da tale ricostruzione, è stata tratta la conseguenza che la responsabilità che accompagna qualsiasi rapporto obbligatorio, designata impropriamente come responsabilità contrattuale<sup>60</sup>, non tutela solo l'interesse positivo del creditore all'adempimento della prestazione del debitore, ma anche il parallelo interesse negativo di protezione, che sussiste in capo ad ognuna delle parti del rapporto per effetto della speciale relazione tra esse aperta, a che non siano pregiudicati dal comportamento della controparte la sicurezza e l'integrità dei propri beni<sup>61</sup>. In tal senso, «la buona fede esprime il principio della solidarietà contrattuale e si specifica nei due fondamentali aspetti

---

giurisprudenza della Cassazione che escludeva la responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido, Cass. Civ. 5 maggio 1955, n. 1259, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 273 – 277, con nota di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*.

<sup>59</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1962, 712. Si vedano, sul tema, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; ID. *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 264; ID. *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 e ss.; ID., *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID. *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 3, 679; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1 – 47; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 55. Sull'evoluzione dottrinale in materia di responsabilità precontrattuale si veda V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.* XXXIX, 1988. La nozione di responsabilità da contatto sociale è stata accolta dalla Cassazione in una sentenza di poco precedente alla storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999, con la quale si è fondata la responsabilità professionale di un medico dipendente dal servizio sanitario sull'obbligazione senza prestazione derivante dal rapporto con il paziente quale fonte atipica delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. Si veda Cass. Civ. sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 441 - 451, con commento di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Per le ricostruzioni critiche della giurisprudenza civile e amministrativa sulla responsabilità da contatto sociale si vedano A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2012, 10, 933; A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77.

<sup>60</sup> La responsabilità cosiddetta "contrattuale" è stata definita come «responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte; è tale anche la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da fatto illecito, in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti» (L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072).

<sup>61</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1962, 712.

della lealtà e della salvaguardia»<sup>62</sup>. Sia all'aspetto del comportamento leale, sia a quello di salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti di un apprezzabile sacrificio, sono stati ricondotti gli obblighi tipici nei quali si specifica la buona fede precontrattuale. In particolare, tra gli obblighi legati alla lealtà, sono stati individuati i doveri di informazione, di chiarezza e di segreto sulle notizie riservate, mentre tra quelli derivanti dal dovere di salvaguardia sono stati ricompresi l'obbligo del compimento degli atti necessari per la validità ed efficacia del contratto<sup>63</sup>.

#### 4.1. *La teoria del contatto sociale e le sue ripercussioni in materia di responsabilità civile della P.A.*

Le suddette tesi, come ricordato dall'Adunanza Plenaria, hanno prodotto un importante impatto in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione, ancorando al contatto sociale che si instaura con il cittadino la presenza di obblighi accessori di protezione affianco al dovere della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità<sup>64</sup>. La sentenza n. 5 del 2018, tuttavia, ha ommesso di assumere un'esplicita posizione in merito alla dibattuta natura – da inadempimento ovvero aquiliana – della responsabilità scaturente dalla violazione dai suddetti obblighi.

Tale questione è stata oggetto di un vivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Invero, una delle maggiori difficoltà applicative del modello aquiliano alla responsabilità civile della P.A. deriva dal fatto che la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente configurata presupponendo l'assenza di un previo rapporto tra il danneggiato ed il danneggiante. La dottrina civilistica ha distinto questo tipo di responsabilità, costitutiva *ex novo* di un'obbligazione, dalla tutela apprestata nell'ambito di una relazione tra la vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso, legata ad un rischio specifico di danno creato dalla particolare relazione che si è in precedenza instaurata tra due soggetti<sup>65</sup>. È stato osservato che l'ammini-

---

<sup>62</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile* (1984), ristampa Milano 1995, 166.

<sup>63</sup> *Ibid.* 166 – 170.

<sup>64</sup> Per una delle prime teorizzazioni della responsabilità della P.A. da contatto sociale qualificato si veda C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654.

<sup>65</sup> C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1185 – 1265. Si veda anche L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072, dove si afferma: «la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che

strazione, anche nei casi nei quali non può configurarsi come vera e propria «parte» di uno specifico rapporto, occupa una posizione in seno alla società che di per sé genera un affidamento in capo ai cittadini e che la obbliga a tenere un comportamento che salvaguardi le esigenze di terzi<sup>66</sup>. È stato quindi ritenuto che, *a fortiori*, nell'ambito del procedimento amministrativo, si crea una relazione qualificata tra P.A. e cittadino che implica il dovere per entrambe le parti di comportarsi secondo le regole della correttezza.

Parte della dottrina, avallata da una minoritaria corrente giurisprudenziale, ha ricondotto la responsabilità civile della P.A. ad una responsabilità da rapporto o da contatto sociale qualificato, riconducibile alla responsabilità per inadempimento<sup>67</sup>. La tesi ha preso le mosse dall'elaborazione della dottrina civilistica che ha ipotizzato l'applicabilità, nell'ambito della relazione tra cittadino e P.A., della categoria delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, espressione coniata per qualificare quelle situazioni nelle quali sorge un affidamento fondato su un rapporto tra soggetti che, ancorché privo di prestazione, costituisce fonte di obblighi di conservazione

---

si costituisce ex novo, la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.)».

<sup>66</sup> Per tale osservazione si veda E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 380.

<sup>67</sup> La dottrina sulla responsabilità da contatto della P.A. è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268; ID., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, 637; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 20; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 557 – 584; A. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 351 - 386; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 74 – 86; V. CARBONE *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, 165. In senso contrario alla riconduzione della responsabilità della P.A. alla nozione di responsabilità da contatto G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 87 – 178; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la «nuova» responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, 968.

della sfera giuridica altrui. Il criterio della correttezza ha assunto, così, il ruolo di rivalutazione delle posizioni nell'ambito di preesistente un rapporto obbligatorio che, indipendentemente dalla relativa fonte (ex art. 1173 c.c.), implichi una relazione particolare tra le parti<sup>68</sup>, idonea a suscitare un reciproco affidamento che crea una serie di obblighi giuridici di «cornice» o obblighi di protezione, insiti nel rischio della relazione stessa e indipendenti dalle sorti dell'obbligazione principale<sup>69</sup>.

Negli studi di diritto amministrativo, l'approfondimento dottrinale sul tema dell'affidamento nel diritto pubblico ha evidenziato, sin dagli anni Settanta, che la buona fede, quale regola di comportamento qualificante l'abuso del diritto, è prevista in ipotesi nelle quali «non è configurabile, né un negozio bilaterale, né un rapporto giuridico vero e proprio, ma al più un generico “contatto sociale”, che certamente non manca neppure fra la pubblica amministrazione e il destinatario di un provvedimento amministrativo»<sup>70</sup>. Più avanti, è stata individuata «l'esistenza di un contatto amministrazione – privato che non si esaurisce nel noto momento di sintesi autorità – libertà, costituita e espressa dall'atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento (...) una relazione stabile fra amministrazione e cittadino, [un] rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano, da una

<sup>68</sup> L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (diritto vigente), cit., 1072.

<sup>69</sup> F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 710. In questa prospettiva, la buona fede (quale espressione della solidarietà sociale costituzionalmente tutelata) comporta, accanto ai doveri negativi di non suscitare falsi affidamenti nella controparte, obblighi positivi di salvaguardia, consistenti nel preservare gli interessi della controparte al di là degli obblighi contrattualmente assunti e del generico dovere di *neminem laedere*. Si veda sul punto C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209. Una parte della dottrina civilistica ha criticato l'idea di una trasposizione nell'ordinamento italiano delle teorie elaborate dalla dottrina tedesca sugli obblighi accessori di prestazione, interpretando la buona fede non come generico dovere, fonte di obblighi integrativi, bensì come metro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori che consente al giudice di collegare le disposizioni puntuali ai fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento, ai fini del sindacato sulla legittimità di ogni comportamento giuridicamente rilevante dei soggetti. Secondo tale impostazione, i doveri di correttezza costituiscono specificazioni ricavabili dalla natura della prestazione, ovvero limiti formali all'esercizio di un diritto espressamente previsti da disposizioni normative ispirate al principio di correttezza. Si vedano, in tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., 669 – 691; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 159 e ss.

<sup>70</sup> F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 140.

parte e dall'altra, poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.»<sup>71</sup>.

#### 4.2. *La teoria del contatto sociale e le posizioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa*

Nella dottrina più recente, il tema del contatto sociale si è inserito nell'ambito dell'ampio dibattito dottrinale sulla qualificazione delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nel procedimento<sup>72</sup>. L'Adunanza Plenaria ha qualificato la posizione giuridica soggettiva lesa dallo svolgimento dell'attività autoritativa dell'amministrazione in violazione delle regole di correttezza come «diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»<sup>73</sup>, in apparente adesione ad una nota posizione dottrinale che, sin dai primi riconoscimenti normativi della tutela risarcitoria in materia di appalti pubblici, ha qualificato come diritti soggettivi le posizioni giuridiche lese in tale ambito<sup>74</sup>. Nondimeno, da tale affermazione, il Collegio non ha tratto conseguenze in relazione alla qualificazione della responsabilità

<sup>71</sup> M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, V, 469.

<sup>72</sup> Sul tema, la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 87 – 178; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557 – 584; S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 452; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15, ora in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 11 – 22; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 585 – 627.

<sup>73</sup> Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018 n. 5, punto 32.

<sup>74</sup> A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26, dove si è sostenuto che «quello della risarcibilità degli interessi legittimi è un falso problema: perché con la sua soluzione positiva si pretende di raggiungere un risultato, l'ampliamento dell'area delle situazioni individuali la cui lesione sia risarcibile, che può benissimo essere ottenuto per altre vie. Che deve essere ottenuto per altre vie: perché è tratto essenziale della nozione di interesse legittimo, la sua irrisarcibilità» (Ibid., 22).

nell'ambito aquiliano, ovvero da inadempimento, ma solo la sussistenza di una responsabilità da comportamento scorretto, indipendentemente dalla legittimità del provvedimento amministrativo.

Sul punto, le posizioni dottrinali sono molteplici e variegate, ma possono essere ricondotte a due orientamenti generali. Un filone dottrinale ha ricondotto le pretese procedurali del cittadino ad uno schema diritto-obbligo, distinguendole dalle pretese «sostanziali» che attengono alla ragionevolezza della decisione e al conseguimento del bene della vita, tutelabili come interessi legittimi<sup>75</sup>. In questa prospettiva, la pretesa di legittimità formale è stata ricondotta ad «un interesse, di carattere non economico, al rispetto della persona», configurabile nel diritto pubblico e derivante dal fatto che «la pubblica amministrazione deve produrre non soltanto decisioni intrinsecamente corrette, ma anche fiducia e consenso sociale intorno a se stessa ed alla propria azione ed a tal fine l'instaurazione di un rapporto di formale correttezza con il cittadino assume un'importanza

<sup>75</sup> Il procedimento è stato identificato come fenomeno complesso, comprensivo di una fase procedimentale in senso stretto, deputata a fissare un contenuto della decisione, e di una fase provvedimentale che attribuisce ad essa realtà giuridica, le quali presentano punti di collegamento e contatto. Nella fase procedimentale, parte della dottrina ha distinto tra le regole procedurali, la cui violazione implica effetti giuridici sul piano del rapporto tra P.A. e privati secondo lo schema diritto-obbligo, e regole sostanziali, che attengono alla ragionevolezza della decisione, la cui violazione incide sulla legittimità del provvedimento. In tale schema emergono due tipi di pretese del cittadino nell'ambito del procedimento, le quali possono coesistere in capo al medesimo soggetto: una pretesa alla legittimità sostanziale della decisione, tutelabile come interesse legittimo, ed una pretesa alla legittimità procedurale, riconducibile ad un diritto soggettivo, tutelabile nelle forme previste dalla legge, che tende ad un'utilità economica nettamente distinta dall'interesse materiale protetto nell'interesse legittimo. Si veda, sul punto, A. ZIRO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 121 – 160. Tale tesi è stata condivisa da un successivo studio che ha criticato la tendenza ad una riconduzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, indipendentemente dalla figura nell'ambito della quale essa si voglia condurre, ritenendo che essa implichi una necessaria compressione della dimensione giuridica del soggetto. Le «molteplici e multiformi esigenze di protezione» del privato, secondo questa ricostruzione, non possono essere soddisfatte in una concezione unitaria ed oggettiva della tutela. Tuttavia, è stata rifiutata la riconducibilità della pretesa di legittimità formale ad un interesse economico e si è affermato che, a base del «diritto di partecipazione», sussiste un «interesse, di carattere non economico, al rispetto della persona» (A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir. Agg.* II, Milano, 1998, 985). Sono state, altresì, distinte le posizioni dottrinali che hanno ricondotto l'interesse legittimo ad una pretesa «strumentale» all'esercizio legittimo del potere amministrativo da quelle che l'hanno inquadrato come pretesa «finale», all'acquisizione o conservazione del bene della vita. Si veda, per questa distinzione, G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., 586 – 587.

tutt'altro che secondaria»<sup>76</sup>. Nell'ambito delle garanzie del privato rientrano, in quest'ottica, quei «congegni limitativi e conformativi del potere» posti a tutela non solo della possibilità attuativa dell'interesse materiale di base, ma anche della «intrinseca correttezza dell'esercizio del potere, sganciati dalla prospettiva teleologica della realizzazione dell'interesse materiale che costituisce invece il sostrato dell'interesse legittimo»<sup>77</sup> e protetti in termini di necessaria (e non meramente possibile) realizzazione, atteso che la violazione delle norme procedurali che li tutelano lede di per sé gli interessi stessi<sup>78</sup>. In quest'ottica, alcune garanzie procedurali sono state configurate come veri e propri diritti (alla comunicazione di avvio del procedimento, all'accesso agli atti, alla presentazione di memorie scritte e documenti, all'indizione delle conferenze di servizi obbligatorie, all'autocertificazione o ad altre semplificazioni procedurali, alla conclusione del procedimento entro il termine stabilito, a un provvedimento espresso e motivato, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza), volti ad assicurare alle parti del procedimento beni della vita indipendenti dall'esito del procedimento, cui corrispondono relativi obblighi in capo all'amministrazione. Tali diritti sono stati ricondotti da parte della dottrina ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»<sup>79</sup>, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dotati di rilievo autonomo e volti alla soddisfazione di beni della vita diversi, seppure connessi, a quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo. In quest'ottica, una parte della dottrina ha ricondotto il rapporto che si instaura con il

<sup>76</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, cit., 985. L'Autore ha ulteriormente chiarito che l'espressione interesse legittimo «ha finito sovente per indicare, prima e piuttosto che una categoria sostanzialmente omogenea di interessi protetti, una formula che assicura identica tutela giurisdizionale ad interessi per altro verso diversissimi tra di loro, tutela essenzialmente finalizzata, a sua volta, ad un vero e proprio controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi, effettuato tuttavia nelle forme della giurisdizione (e questo spiega perché si preconizzi la «morte» dell'interesse legittimo insieme al giudizio amministrativo di legittimità)».

<sup>77</sup> A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Si veda, in tal senso, L. R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3, 2012, 850 – 875. Per una critica alla riconduzione dei principi della legge 241 del 1990 ai livelli essenziali delle prestazioni si veda G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 587 – 610, in particolare 594 – 598.

procedimento ad un «contatto sociale» disciplinato da norme specifiche che regolano la condotta dell'amministrazione, tra le quali alcune disposizioni della legge n. 241 del 1990 ed, in particolare, quelle a garanzia della partecipazione, che scaturiscono dal principio di buona fede e sono idonee ad ingenerare un legittimo affidamento del privato<sup>80</sup>.

Altri Autori, al contrario, hanno sottolineato le criticità insite in un eventuale pieno riconoscimento della responsabilità da contatto dell'amministrazione. In particolare, è stata sottolineata la mancata protezione delle situazioni soggettive degli individui lesi dal provvedimento che non abbiano partecipato alla fase procedimentale, e che non siano quindi entrati in «contatto» con l'amministrazione<sup>81</sup>. È stato evidenziato il rischio che la scissione tra le posizioni

<sup>80</sup> In questa prospettiva, il principio di buona fede trova applicazione in tutte le situazioni nelle quali si crea un contatto tra sfere giuridiche, comprese le posizioni di potestà-interesse legittimo, ed implica la nascita di obblighi comportamentali di correttezza che si sostanziano in primo luogo nel soddisfacimento dell'aspettativa al provvedimento positivo richiesto, aspettativa qualificabile giuridicamente come interesse pretensivo e tutelabile, oltre che con l'azione di annullamento per i profili di illegittimità, mediante la categoria della responsabilità precontrattuale. Tale impostazione ha qualificato la buona fede nel diritto amministrativo non come figura di eccesso di potere, bensì come parametro di giudizio, clausola generale che consente al giudice di valutare il comportamento complessivo della P.A. G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, 179 – 188. Si veda, in senso parzialmente simile, S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, cit., 437 – 516.

<sup>81</sup> In quest'ottica, si è ritenuto che, sebbene in linea generale sia auspicabile ricondurre la responsabilità della P.A. alla responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., le tesi contrattualiste fondate sugli obblighi di buona fede e di correttezza o sugli obblighi di protezione «non dovrebbero essere invocate al cospetto di obblighi procedurali determinati e specifici sanciti dall'ordinamento, perché in questi casi la loro applicazione rischia paradossalmente di indebolire, anziché aumentare o comunque migliorare, la tutela dei diritti procedurali degli amministrati (...) Laddove insomma esista una prestazione procedurale ben individuata dedotta dalla legge all'interno di un rapporto obbligatorio tra amministrazione e parti del procedimento, è in relazione all'inadempimento di tale prestazione che potrà e dovrà essere affermata la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione per i danni causati dal medesimo inadempimento ai soggetti privati venuti in contatto con essa. Tanto più che rispetto alla responsabilità contrattuale ordinaria la responsabilità «contattuale» ha un regime probatorio un po' meno favorevole per i soggetti danneggiati e, soprattutto, implica una diminuzione quantitativa dei danni risarcibili.» (M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 567). Pertanto, sono state distinte le ipotesi di violazione di disposizioni normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, ma esprimono esigenze di efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa (come, ad esempio, nei casi di mancata richiesta di un parere obbligatorio o di mancata acquisizione di una valutazione tecnica), da quelle di violazione degli obblighi procedurali puntuali, l'assolvimento dei quali non implica

giuridiche soggettive legate alla legittimità del provvedimento (qualificate come interessi legittimi) e quelle tese al rispetto delle regole di correttezza e buona fede (qualificate come aspettative o diritti soggettivi) porti a sottovalutare le specifiche caratteristiche funzionali delle norme procedurali e a non farsi carico della tutela dei terzi portatori di interessi qualificati, in contrasto con le esigenze di tutela cui è preposto il procedimento<sup>82</sup>. È stato, quindi, negato che il procedimento costituisca il luogo del contatto tra amministrazione e privati dal quale originano obbligazioni in capo alle parti del rapporto. In questa ricostruzione, il contatto avverrebbe non tra sfere materiali, bensì tra sfere procedurali, tutelate e riconosciute dalle norme sul procedimento, «la cui violazione non dà luogo necessariamente e direttamente a lesione della sfera materiale del privato»<sup>83</sup>.

alcun margine di discrezionalità e ai quali si contrappongono autentici diritti (ad esempio, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, di concluderlo entro i termini stabiliti, di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza). Si è osservato che, mentre nel primo caso restano in rilievo interessi legittimi, risarcibili, al pari dei diritti soggettivi, secondo il modello di responsabilità aquiliana, salvi i «tratti di innovatività» concernenti l'estraneità dei soggetti e l'elemento soggettivo, diversamente, nel secondo caso si configura un vero e proprio inadempimento, dal quale discende una responsabilità ex art. 1218 c.c., senza necessità di ricorrere alla figura dell'obbligazione senza prestazione. *Ibid.*, 815

<sup>82</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 96 – 97.

<sup>83</sup> L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 159. Muovendo da tale ricostruzione è stata ritenuta difficilmente applicabile la figura della responsabilità precontrattuale alla responsabilità della P.A. ed è stata negata la risarcibilità (o indennizzabilità) del danno conseguente alla lesione di situazioni procedurali, a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva lesione dell'interesse materiale. Secondo questa ricostruzione, la lesione della sfera materiale del privato avviene al di fuori del rapporto con la pubblica amministrazione, in quanto il provvedimento illegittimo lede in via diretta interessi procedurali e solo in via indiretta ed eventuale gli interessi materiali. È stata, pertanto, proposta un'analisi delle norme che disciplinano la responsabilità civile delle parti processuali, per individuare i principi cui adattare la responsabilità civile della P.A. Si veda, sul punto, *Ibid.*, 160. Altri Autori hanno ricondotto i doveri o obblighi comportamentali dell'amministrazione nei confronti dei privati al generale dovere di comportamento dell'amministrazione, indipendentemente dalla relazione specifica istituita dalle stesse parti o dalla legge, distinguendo gli interessi partecipativi – che si configurano come aspettative o facoltà procedurali indifferenziatamente proprie di tutti i partecipanti, in quanto partecipanti, comunque risarcibili – dall'interesse legittimo leso dal provvedimento (dal diniego o dalla mancata adozione del provvedimento). Si veda, in tal senso, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241, dove si legge: «se l'amministrazione procede in modo irregolare o scorretto – senza che tale irregolarità o scorrettezza abbia a che fare con la direzione del potere, con il possibile risultato decisivo – essa non lede in particolare l'interesse legittimo, ma lede allo stesso modo le situazioni di tutti coloro che partecipano, in quanto connesse alla loro partecipazione».

#### 4.3. *La teoria del contatto sociale nella giurisprudenza*

Nella giurisprudenza amministrativa italiana, la teoria della responsabilità da contatto ha avuto, in un primo momento, un certo seguito, pur con diversi adattamenti. Alcune sentenze hanno qualificato la responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità *sui generis*, ascrivibile alla nozione di responsabilità da «contatto sociale», nella quale emergono profili della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex 1218 c.c.<sup>84</sup>. La giurisprudenza ha dato conto dell'emersione, superato il limite della tutela meramente demolitoria a fronte dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, di un interesse pretensivo legato all'instaurazione di un rapporto procedimentale con l'amministrazione «al cosiddetto "giusto procedimento", che richiede competenza ed efficacia, quali ragionevoli parametri dell'azione amministrativa»<sup>85</sup>, meritevole di tutela autonomamente dalla valutazione sulla spettanza del bene della vita<sup>86</sup>. La giurisprudenza amministrativa affermatasi come maggioritaria, tuttavia, ha teso ad escludere una sovrapposizione tra l'interesse legittimo al rispetto delle norme e dei parametri procedurali ad un diritto soggettivo all'esatto adempimento di un'obbligazione da parte dell'amministrazione. Il giudice amministrativo si è orientato nel senso di ricondurre la responsabilità civile della P.A. nell'ambito dell'illecito aquiliano, pur con alcune deroghe alla sua ordinaria applicazione interpretando le norme di correttezza, tanto nell'interpretazione dell'ingiustizia del danno collegato alla spettanza del bene della vita, quanto nell'elemento soggettivo della colpa, come elementi aggiuntivi all'illegittimità del provvedimento che richiedono una rigorosa dimostrazione da parte del danneggiato<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> In tal senso Cons. Stato sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; sez. V 2 settembre 2005 n. 4461. Per una ricostruzione della giurisprudenza recente in materia di responsabilità dell'amministrazione si veda M. MACCHIA; A. MOLITERNI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12, 1189 – 1198.

<sup>85</sup> In questi termini si è espressa la sentenza Cons. Stato sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508, cit.

<sup>86</sup> Si veda in tal senso Cass. Civ. sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in Foro it., 2003, I, 78.

<sup>87</sup> Si veda, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, 21 febbraio 2017, n. 818 che ha ribadito che «a fronte di poche pronunce che hanno teorizzato la riconducibilità della responsabilità dell'amministrazione all'interno di un paradigma contrattuale da contatto sociale, le soluzioni giurisprudenziali nettamente prevalenti e preferibili anche per ragioni di continuità di disciplina hanno fatto riferimento al paradigma aquiliano sia per il risarcimento del danno causato dal provvedimento dell'amministrazione che per quello cagionato dall'inerzia dell'amministrazione».

Al contrario, la Corte di Cassazione, nelle controversie soggette alla propria giurisdizione, anche di recente, ha qualificato la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo come «contatto sociale qualificato». Nell'ambito di tale contatto, i comportamenti della P.A. lesivi dell'interesse del privato «al bene della vita realizzabile mediante l'intermediazione del procedimento stesso»<sup>88</sup> sono stati considerati fonte di una responsabilità *sui generis*, non riconducibile al mero modello aquiliano, per la presenza di elementi della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, alla quale sono state ritenute applicabili le norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti il termine di prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile.

Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale della P.A. riferita a contratti di appalto, la giurisprudenza ordinaria, in un primo momento, ha individuato una figura speciale di responsabilità derivante dalla violazione del dovere di buona fede e correttezza, non qualificabile «né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al “contatto” tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto»<sup>89</sup>. Successivamente, la Corte di Cassazione è giunta a ritenere che il contatto sociale che si crea

<sup>88</sup> La Cassazione ha affermato che esiste, accanto alla responsabilità da contratto e da fatto illecito, una terza forma di responsabilità che «si colloca “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificata” dall’obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poichè ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall’art. 1173 c.c.» (Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504 con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 11, 1451, con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *I Contratti*, 2017, 1, 35, con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull’immunità)*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6, 1950, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e “contatto sociale qualificato”*; in *Diritto & Giustizia*, 2016, 32, 4, con nota di C. COTICELLI, *Prescrizione decennale per la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*).

<sup>89</sup> Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2662, con nota di M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedimentali e di correttezza*.

nella fase precontrattuale nei rapporti con la pubblica amministrazione, dove è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede, configura una vera e propria fonte di obbligazioni, creando il presupposto per una responsabilità da inadempimento<sup>90</sup>. In alcune recenti pronunce, la Corte di Cassazione ha inquadrato la responsabilità precontrattuale della P.A. nell'ambito della responsabilità «di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex 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, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c.»<sup>91</sup>. La Suprema Corte ha affermato che la disposizione sulla responsabilità precontrattuale «delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti»<sup>92</sup>. Dalla qualificazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione come responsabilità per inadempimento, è stata tratta la conseguenza che il danneggiato non è tenuto a dimostrare l'elemento soggettivo della colpa, ma esclusivamente l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno. Inoltre, è stato applicato il termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.<sup>93</sup>.

Negli ultimi anni, nel campo della responsabilità precontrattuale in materia di appalti pubblici, si è affermata una maggiore apertura anche da parte del giudice amministrativo nei confronti di un modello di responsabilità civile dell'amministrazione da accertare mediante una

<sup>90</sup> Cass. Civ. sez. I 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. It.*, 2012, 12, con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) “tedesca”*.

<sup>91</sup> Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit.

<sup>92</sup> Cass. Civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2662, con nota di M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*; Cass. Civ. sez. I 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Giur. It.*, 2012, 12, con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) “tedesca”*. Per le osservazioni critiche rispetto a tale ricostruzione si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 236 – 238.

<sup>93</sup> Una parte della dottrina civilistica si è mostrata fortemente critica rispetto alla suddetta posizione giurisprudenziale, affermando che il ruolo dell'art. 1337 c.c. è quello di interpretare l'art. 2043 c.c. «per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà precontrattuale è “ingiusto”» (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1211). Secondo questa tesi, la colpa prevista dalla suddetta norma è di natura extracontrattuale.

valutazione autonoma del rispetto dei principi di diritto comune da parte della P.A. Per quanto concerne i rapporti contrattuali preceduti da procedimenti ad evidenza pubblica, si è consolidato l'orientamento che ha sganciato l'elemento dell'illegittimità del provvedimento da quello della correttezza del comportamento complessivo dell'amministrazione<sup>94</sup>. Nei giudizi relativi a provvedimenti di autotutela di annullamento o revoca degli atti di gara, risulta del tutto maggioritaria la posizione che afferma l'autonomia tra la valutazione dell'illegittimità del provvedimento, da effettuare alla stregua dei principi pubblicistici che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione, e la valutazione del comportamento precontrattuale, da parametrare sui principi di diritto comune e, segnatamente, sulla buona fede in senso oggettivo ex art. 1337 c.c.<sup>95</sup>. La responsabilità da mancata aggiudicazione è stata così nettamente distinta da quella precontrattuale. È stato affermato che la prima è riconducibile al paradigma generale della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., alla stregua dell'inquadramento generale del risarcimento dei danni da illegittimità provvedimentale e richiede, quindi, la prova dell'illegittimità dell'aggiudicazione e del nesso causale tra il vizio di legittimità e la mancata aggiudicazione del concorrente (mentre è stata esclusa la necessaria dimostrazione dell'elemento soggettivo alla luce della giurisprudenza europea sul punto<sup>96</sup>). Diversamente, la responsabilità precontrattuale è stata ricondotta all'art. 1337 c.c. ed è stata associata alla condotta contraria ai principi di buona fede nello svolgimento delle trattative, a prescindere dall'accertamento dell'illegittimità provvedimentale, nonché dall'eventuale diritto all'aggiudicazione. Per una parte della giurisprudenza, tuttavia, permaneva la necessità di dimostrare non solo la presenza di una "trattativa", ma che questa fosse durata sino

<sup>94</sup> Cons. Stato sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, cit.; T.A.R. Veneto sez. I, 31 marzo 2003, n. 2173, cit.; Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

<sup>95</sup> Si veda, tra le molte, Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, cit.

<sup>96</sup> Si veda, sul punto, Corte giust. UE, sent. 30 settembre 2010, in C-314/09, Stadt Graz, dove è stato affermato che «la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, 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 del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa 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 aggiudicatrice 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».

al punto da risultare idonea a far sorgere nell'altra parte il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto<sup>97</sup>.

Successivamente, una parte della giurisprudenza amministrativa si è allineata alla giurisprudenza ordinaria che ha qualificato la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi di correttezza che sorgono *ex lege* in conseguenza del contatto sociale che si instaura tra le parti nella fase delle trattative<sup>98</sup>. Il Consiglio di Stato ha applicato alla responsabilità precontrattuale della P.A. la disciplina di cui all'articolo 1218 c.c., sollevando il danneggiato dall'onere della prova imposto nella responsabilità aquiliana<sup>99</sup>.

L'Adunanza Plenaria del maggio 2018 non ha ritenuto di assumere una posizione definitiva sul tema. Il Collegio si è espresso nei seguenti termini: «si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento»<sup>100</sup>. Pur escludendo l'ammissibilità di aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, il Collegio ha ribadito la necessità di una «rigorosa verifica,

<sup>97</sup> Cons. Stato Sez. V, Sent., 27 marzo 2017, n. 1364. Secondo tale ricostruzione, la responsabilità precontrattuale risulta subordinata alla dimostrazione che le trattative si siano protratte al punto da risultare idonee a far sorgere nell'altra parte il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che siano state interrotte senza un giustificato motivo; e, infine, che «pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto».

<sup>98</sup> Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

<sup>99</sup> Ai sensi dell'art. 1218 c.c., spetta al debitore l'onere di fornire prova liberatoria non solo dell'assenza di colpa, bensì anche dell'impossibilità della prestazione derivante da un fatto a lui non imputabile che abbia determinato l'inadempimento. Sulla base di tale ricostruzione, è stato sancito che la mancata stipula del contratto da parte dell'amministrazione a seguito dell'aggiudicazione definitiva integra un comportamento contrario ai generali doveri di correttezza e di buona fede e genera «una responsabilità da comportamento (amministrativo) scorretto» che si distingue e prescinde dagli eventuali profili di illegittimità del provvedimento. Cons. Stato Sez. V, sent. 02 maggio 2017, n. 1979, in Foro Amm., 5, 2017, 1041.

<sup>100</sup> Ad. Plen. 5 2018

da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno». La sentenza ha poi enucleato tutti gli elementi costitutivi la responsabilità precontrattuale che il privato è tenuto a dimostrare, ossia: «a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) 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 fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione»<sup>101</sup>.

La Plenaria sembra, dunque, aver indirettamente aderito all'impostazione tradizionale, imponendo al privato una puntuale dimostrazione dell'ingiustizia del danno, dell'elemento soggettivo, del danno e del nesso di causalità, come previsto dall'art. 2043 c.c. La ragione alla base di un tale atteggiamento restrittivo sembra emergere da uno dei passaggi conclusivi della pronuncia, dove si fa riferimento alle «meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva». Il timore dei possibili risvolti concreti sull'attività amministrativa e sulla finanza pubblica derivanti dall'affermazione di una vera e propria responsabilità per inadempimento dell'amministrazione è stato evidenziato anche in dottrina: «la conseguenza dell'inversione dell'onere della prova e l'addossamento al funzionario responsabile del procedimento del carico probatorio delle cause del mancato "esatto adempimento" è, di per sé, in grado di costituire un effetto frenante dell'azione amministrativa (oltre che di alleggerire gli oneri correlati alla difesa degli interessi privati in sede contenziosa)»<sup>102</sup>, moltiplicando i rischi professionali per i dipendenti e comportando un'attività volta a precostituire la prova della non imputabilità dell'inadempimento, in grado di assorbire importanti risorse<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 51.

<sup>102</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 111.

<sup>103</sup> È stato, inoltre, sottolineata l'esigenza che il sistema di responsabilità rivesta anche una funzione preventiva, oltre a quella repressiva successiva, funzione che potrebbe essere compromessa dalla pluralità dei sistemi di responsabilità. In tal senso è stata ritenuta più opportuna la riconduzione della responsabilità civile della P.A. all'illecito extracontrattuale, ancorato all'elemento soggettivo, che tenga conto dei costi del sistema di responsabilità e

Parte della dottrina ha realisticamente individuato «la percezione da parte del giudice amministrativo del rischio di depauperamento delle risorse pubbliche»<sup>104</sup> quale ragione di fondo dell'esiguità del numero delle pronunce di condanna delle amministrazioni al risarcimento dei danni e l'entità del relativo risarcimento, affianco alla difficoltà di adattamento delle categorie e delle funzioni della responsabilità civile alle attività amministrative.

D'altra parte, anche la Corte Costituzionale si è recentemente pronunciata in favore dei limiti all'azione risarcitoria nei confronti della P.A. previsti dal codice del processo amministrativo, osservando che essi rispondono «anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.)»<sup>105</sup>.

### *5. I principi di correttezza e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*

Dalla valenza costituzionale del dovere di correttezza, la Plenaria ha tratto la conseguenza che esso operi in un contesto più ampio che prescinde dall'esistenza di una formale "trattativa", essendo volto a tutelare non la conclusione di un contratto valido, bensì che non sia distorta la libertà di autodeterminazione negoziale. Su tale aspetto, il Consiglio di Stato si è allineato alla giurisprudenza ordinaria che ha respinto la posizione che circoscriveva l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede avesse impedito

---

della loro traslazione sui contribuenti. *Ibid.*, 217 – 222.

<sup>104</sup> F. TIRIO, *Responsabilità civile della p.a. ed esigenze di finanza pubblica. limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. Amm.*, 2018, 2, 493. È stato altresì affermato che «siffatta ritrosia ad applicare pienamente gli schemi civilistici della tutela risarcitoria, peraltro, non è dovuta esclusivamente alla difficoltà di superare resistenze culturali, bensì anche all'attuale stato della finanza pubblica, cioè alla circostanza che la sanzione risarcitoria finisce per fare ricadere sulla collettività (attraverso le tasse) e sui beneficiari incolpevoli (chiamati a condividere l'obbligo risarcitorio) le incertezze del sistema normativo e gli errori dell'amministrazione. È evidente, tuttavia, che, per evitare una siffatta evenienza, piuttosto che penalizzare il cittadino danneggiato, occorre far in modo che funzioni la responsabilità amministrativa, all'uopo migliorando l'obbligo di denuncia ed esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti». F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, 4, 1191.

<sup>105</sup> Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *Giorn. Dir. amm.*, 2017, 662, con nota di F. CORTESE, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*.

la conclusione del contratto o avesse determinato la conclusione di un contratto invalido<sup>106</sup>.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha richiamato una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che ha rivestito un ruolo centrale nella definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione dei doveri di correttezza precontrattuale basata sulla distinzione tra le regole di validità e le regole di comportamento. La Plenaria ha, infatti, affermato che l'amministrazione, anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, è soggetta al rispetto non solo delle norme di diritto pubblico (la cui violazione comporta l'invalidità del provvedimento ed eventualmente la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo), ma altresì alle «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 illecite frutto dell'altrui scorrettezza»<sup>107</sup>. La pronuncia ha esteso al diritto amministrativo la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità vigente nel diritto civile, affermando che «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)»<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> La Corte di Cassazione ha chiarito che l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di correttezza previsti dall'art.1337 c.c. non è limitato all'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative e di conseguente mancata conclusione del contratto, ovvero di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace, bensì include anche la formazione di un contratto valido «e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)» (Cass. Civ. sez. I., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.)

<sup>107</sup> Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 32.

<sup>108</sup> «Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il 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 provvedimentoale, ma a responsabilità» Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 34.

### 5.1. *Il senso della distinzione nel diritto civile*

Nel diritto civile, fondato sul principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso, si distingue tradizionalmente tra le norme tese a verificare la conformità del negozio allo schema legale (regole di fattispecie) e le norme dirette a verificare la liceità della condotta negoziale (regole di comportamento)<sup>109</sup>. Le prime hanno lo scopo di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici e, in linea di principio, non tollerano l'ingerenza di clausole generali aventi lo scopo di correggere lo *ius strictum* per superiori fini di giustizia sostanziale, fungendo da criterio valutativo di un comportamento, non di regola negoziale<sup>110</sup>. Di conseguenza, si tende ad escludere che la violazione di regole di comportamento possa inficiare l'atto negoziale, anche nella forma della nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, c.c.<sup>111</sup>. La nullità è ritenuta applicabile solo in caso di conflitto tra una regola del contratto e la regola imperativa, non rilevando in tal senso il comportamento tenuto in occasione del contratto<sup>112</sup>. La violazione della regola di condotta può incontrare la sanzione dell'annullabilità nei casi previsti<sup>113</sup>, ovvero incidere sui profili risarcitori, ovvero risolutori, ove ne sussistano i requisiti. Lo schema classico si fonda, quindi, sul principio di non interferenza tra regole di validità – norme che prescrivono requisiti formali o sostanziali, legalmente predeterminati, la cui osservanza incide esclusivamente sul piano dell'efficacia giuridica – e regole di comportamento o di responsabilità – le quali attengono, invece, al mancato rispetto di norme imperative di condotta, cui l'ordinamento reagisce, di regola, attraverso

<sup>109</sup> Sulla tradizionale ripartizione tra regole di validità e regole di condotta si vedano, tra i molti, V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 – 509; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 164 - 173; R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 575. Sulle regole di responsabilità si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 628. Per un recente contributo sulla questione, si veda, A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 4, 435.

<sup>110</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169.

<sup>111</sup> Si veda, sul punto, E. DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 3, 271 – 289; ID., *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali SISDIC*, 2017, 1.

<sup>112</sup> G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 808 – 811.

<sup>113</sup> Si veda in tal senso G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto. (Dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, 367 – 393.

l'obbligo di risarcire il danno.

Le numerose discipline speciali che hanno previsto ipotesi di nullità fondate su presupposti estranei alla costruzione della fattispecie<sup>114</sup> hanno messo in discussione la perdurante validità della distinzione e non interferenza tra regole di comportamento o di responsabilità e regole di fattispecie o di validità. Le previsioni normative che comminano la sanzione dell'invalidità di clausole di contratti asimmetrici violative di regole di condotta hanno portato a interrogarsi sull'ammissibilità di un sindacato sulla regola negoziale alla stregua della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c.<sup>115</sup>. In quest'ottica, «la clausola generale di buona fede non sarebbe, quindi, solo una fonte di integrazione del contratto, idonea ad arricchire il regolamento negoziale incompleto, ma rappresenterebbe anche un vero e proprio limite dell'autonomia privata, in grado non solo di adeguare il regolamento negoziale all'interesse dei contraenti o persino a più generali esigenze di carattere sociale, ma finanche di condizionarne la validità»<sup>116</sup>.

<sup>114</sup> Ad esempio, nel diritto dei consumatori sono state introdotte ipotesi di nullità di protezione, caratterizzate dal fatto che operano a vantaggio del solo contraente protetto, pur essendo rilevabili anche d'ufficio dal giudice e che l'effetto caducatorio incide su singole clausole abusive e non sull'intero contratto. Si veda l'Art. 36 D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*. Parte della dottrina ha sostenuto che la previsione della nullità a vantaggio di un solo contraente si traduca in una riserva di legittimazione in capo ad esso: in questo senso si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732. In senso contrario, si è affermato che «limitare la legittimazione al consumatore, di per sé è inutile. Il beneficio è nel fatto che, chiunque la rilevi, la nullità "operi solo a vantaggio del consumatore": una formula per equivoco intesa come allusione alla legittimazione e invece relativa al modo di operare unidirezionale della nullità. Altro è poi che in un amplissimo numero di casi l'accertamento non possa essere proposto da altri che dal consumatore, perché nessun altro riuscirebbe a dimostrare un proprio concreto interesse» (A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, 2003, 2, 204). Si veda altresì Id. *La «nullità di protezione»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 77. Un'altra norma che ha attribuito rilevanza alle regole di comportamento per sindacare modalità di esercizio di potere privato è stato il divieto di abuso di dipendenza economica, sancito dalla legge sulla subfornitura Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n.192, come modificato dalla L. 5 marzo 2001 n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*. Si veda, con riferimento alla norma in esame, P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2007, 12. Per una rassegna critica della giurisprudenza della Cassazione su tale norma si vedano M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 1; L. RENNA, *Abuso di dipendenza economica come fattispecie transipica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, 370.

<sup>115</sup> A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 435.

<sup>116</sup> A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2010, 6.

Inoltre, la presenza di regole imperative tese a disciplinare l'attività delle imprese sul mercato nella fase promozionale e precontrattuale<sup>117</sup>, non accompagnate da espresse sanzioni per la loro violazione ha portato parte della dottrina a ipotizzare la configurabilità di una nullità innominata di protezione, ovvero «una nullità desumibile *ope interpretationis* dalla violazione di una regola di correttezza o di trasparenza»<sup>118</sup> che inciderebbe, in definitiva, sulla struttura dell'atto. La formulazione delle suddette tesi ha posto in discussione alcuni principi fondamentali del diritto civile, come il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso ed il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede<sup>119</sup>.

L'orientamento dottrinale maggioritario, tuttavia, ha affermato l'inderogabilità del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di buona fede precontrattuale, evidenziando le differenze tra le finalità del diritto europeo dei consumatori rispetto al diritto comune dei contratti presente nel codice civile. In tal senso, è stato affermato che il dato testuale della rubrica dell'articolo 1337 c.c., che espressamente prevede una responsabilità precontrattuale, farebbe riferimento alla sanzione del risarcimento del danno<sup>120</sup> ed è stata criticata la sovrapposizione tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di

<sup>117</sup> Sul concetto di norma imperativa ai fini della nullità si veda A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 305. L'Autore considera anacronistica la ricostruzione della nullità come strumento volto esclusivamente a impedire che l'esercizio dell'autonomia contrattuale si svolga in contrasto con l'interesse generale, ossia con le ragioni dei terzi e afferma che «l'imperatività non può, infatti, ritenersi fondata su elementi che preesistono alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione. Attraverso la nullità, del resto, l'ordinamento non soltanto nega valore vincolante al regolamento pattuito dai contraenti, ma prevede altresì una disciplina del contratto nullo, che è a sua volta sottratta al potere di disposizione delle parti, anche di quella a protezione della quale sia stata eventualmente stabilita».

<sup>118</sup> G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?* in *Contratti*, 2009, 11, 1040. Sul significato dell'imperatività nel contesto della nullità virtuale si veda G. MASTROPASQUA, *art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1, 49.

<sup>119</sup> G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; ID., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977.

<sup>120</sup> G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 37 – 61. Si veda anche, diffusamente, ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

validità e regole di comportamento<sup>121</sup>. È stato evidenziato che il legislatore ha previsto rimedi diversi dalla nullità del contratto nelle ipotesi nelle quali il comportamento contrario a regole di condotta attinenti alla fase di formazione del contratto non ricadano sul regolamento contrattuale, escludendo quindi l'applicabilità dell'art. 1418, primo comma, c.c. alla violazione di norme imperative che prescrivano mere regole di condotta (le regole di correttezza) a protezione di uno dei contraenti<sup>122</sup>.

La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha avallato le suddette tesi, riaffermando la netta distinzione tra il piano della validità delle clausole contrattuali e quello del comportamento esecutivo delle parti<sup>123</sup>. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito che l'obbligo di

<sup>121</sup> È stato osservato come la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento concerna in realtà esclusivamente le regole «di mero comportamento», ovvero le regole di correttezza o le altre regole generali di condotta (ragionevolezza, trasparenza, onestà, ecc.), essendo previste diverse ipotesi di invalidità per violazione di regole di condotta, in particolare nell'ambito dell'annullabilità. In questa prospettiva, il contenuto del principio di non interferenza tra regole di comportamento e di validità andrebbe esplicitato in virtù della funzione che esso esprime, ossia quella di confinare il potere del giudice e garantire la certezza del diritto, chiarendo «che le “regole di validità” non possono essere ricavate dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento qual è la buona fede), violazione dalla quale potranno discendere altre conseguenze, ma non quella dell'invalidità dell'atto» (G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 735 – 736).

<sup>122</sup> G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977. Le tesi dottrinali che hanno negato la possibilità di ricavare la nullità dalla violazione del precetto di buona fede sono state ritenute accomunate dall'esigenza «che la qualificazione di nullità sia ancorata a presupposti sufficientemente predefiniti, per quanto di carattere non necessariamente generale ma anche relativo, il cui rispetto sia suscettibile di un agevole accertamento» (F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 538).

<sup>123</sup> In particolare, la Cassazione si è espressa in relazione alla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare, che impone all'intermediario il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, sia nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria, sia nella fase esecutiva di esso. Dopo aver stabilito che tali norme hanno natura imperativa, la Corte ha escluso che la relativa violazione possa comportare la nullità delle clausole negoziali, in difetto di espressa previsione in tal senso. Secondo tale orientamento, la contrarietà a norme imperative come causa di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., postula che tale contrarietà «attenga ad elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.)». I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto» (Cass. Civ. sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro It.*, 2006, 1,

comportarsi secondo correttezza e buona fede, immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale, può riflettersi, a determinate condizioni, anche sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e in ogni caso comporta responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale). Tuttavia, le violazioni delle regole di correttezza «non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»<sup>124</sup>.

---

1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e Resp.*, 2006, 25, con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, 446, con nota di F. POLLANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Corr. Giur.*, 2006, 669, con nota di G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 1, 897, con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Resp. Civ.*, 2006, 1080, con nota di F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità dell'intermediazione finanziaria*; in *Giur. It.*, 2006, 1599, con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del supremo collegio sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Impresa*, 2006, 1140, con nota di N. FACCHIN, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 626, con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *I Contratti*, 2006, 12, 1133 – 1143, con nota di V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*.

<sup>124</sup> Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro It.*, 2008, 3, 1, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. Civ.*, 2008, 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. Civ.*, 2008, 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. Comm.*, 2008, 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; in *Corr. giur.*, 2008,

È stata, così, esclusa la plausibilità di un trascinarsi della correttezza nell'ambito del giudizio di validità dell'atto. Il giudizio sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede è stato confinato ad un giudizio di responsabilità, chiarito che la violazione delle regole di condotta, comprese quelle di correttezza, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, salvo non sia altrimenti stabilito dalla legge, è idonea a generare responsabilità civile e può essere causa di risoluzione del contratto, qualora si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale e non è pertanto idonea a provocarne la nullità<sup>125</sup>.

2, 223 con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contratti*, 2008, 3, 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *L'inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*; in *Società*, 2008, 4, 449 con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525 – 551, con nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) - la nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Contratti*, 2008, 1, 80, con nota di A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*; in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, 1 con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*; in *Danno e Resp.*, 2008, 11, 1073, con nota di S. LANDINI, *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*. Le Sezioni Unite hanno osservato, così escludendo la percorribilità della strada di una generalizzazione, sul piano del diritto privato generale, degli esiti ermeneutici propri dei diritti secondi, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». Per i precedenti contrasti giurisprudenziali si vedano G. BERSANI, *Brevi note in tema di violazioni da parte delle banche delle prescrizioni del Tuf nella vendita di obbligazioni. La previsione di nullità ex art. 1418 c.c. alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Impresa*, 2007, 5, 698. Per un commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si veda U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 9, 1005.

<sup>125</sup> Va tuttavia evidenziato che la Corte Costituzionale è intervenuta di recente, in materia di poteri giurisdizionali in caso di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, riconoscendo espressamente al giudice ordinario possibili margini di intervento «a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, "funzionalizzando

## 5.2. *Le difficoltà applicative della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nel diritto amministrativo*

Dalla suddetta ricostruzione, sembra emergere con chiarezza come la distinzione in esame sia strettamente legata alle peculiarità della disciplina dei rapporti privatistici contenuta nel codice civile, dove vige un principio normativo di tipicità dei vizi del consenso e dei motivi di invalidità.

Nel diritto amministrativo, le suddette problematiche si presentano in termini indubbiamente diversi. In tale branca del diritto, i vizi che portano all'annullabilità sono significativamente più ampi rispetto al diritto civile, anche in ragione del fatto che il giudice amministrativo opera prevalentemente nello schema del sindacato di legittimità, orientato a conseguire un effetto costitutivo (annullamento dell'atto illegittimo), mentre nella giurisdizione ordinaria le sentenze ad effetto costitutivo rappresentano l'eccezione, a fronte della normalità delle sentenze di condanna. Sia nell'ambito del vizio di violazione di legge, sia in quello dell'eccesso di potere rientrano pacificamente le illegittimità discendenti dalla violazione di principi giuridici che impongono regole di comportamento all'amministrazione. Gli stessi principi di imparzialità e buon andamento, che costituiscono il nucleo centrale attorno cui si snodano la maggior parte dei vizi di legittimità<sup>126</sup>,

---

così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte Cost., ordinanza, 02 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*)

<sup>126</sup> Sui principi di imparzialità e buon andamento la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esautività, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, 1956; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.* XV, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione* in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 69 – 75; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, 2006, 2934 – 2943; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 335 – 380; I. SIGISMONDI, *Il principio di buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011. Sulle recenti ricostruzioni della giurisprudenza amministrativa sul canone di imparzialità si veda S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1, 223 – 255. Sulle recenti applicazioni del principio di buon andamento, si vedano A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto*

si affermano come regole di condotta la cui violazione può comportare l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi. Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno arricchito il mero profilo della legalità con quello della legittimità dell'azione amministrativa<sup>127</sup>, fondata su quei principi e

*amministrativo*), in *Enc. Dir.* Annali I, Milano, 2007, 57 e ss.; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 653 – 719. Per una definizione dei principi di imparzialità e buon andamento come “endiadi” si veda M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 263.

<sup>127</sup> Il principio di legalità è stato definito come principio generale di cui lo Stato di diritto (sia lo Stato legislativo sia lo Stato costituzionale) è una delle attuazioni, in questo senso, N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 518. Il principio di legalità è oggetto di innumerevoli contributi. Si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro It.* 1955, 4, 201 – 206; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; N. BOBBIO, *Legalità*, cit., 518; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973, 659 – 703; F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, cit., 124 – 140; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, cit.; ID., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1994, 84 – 97; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 91 – 123; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 2, 247 – 311; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; A. ROMANO, *Il principio di legalità nella costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIII convegno annuale, Trieste, 17 - 18 dicembre 1998, Padova, 1999, 45 – 77; C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*. Atti del convegno Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano, 2000; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova, 2004, in particolare, 30 – 42; F. G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda*, 2004, Milano, 2005, 3 – 9; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, II ed., Torino, 2007; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA. VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, 36 – 60; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 1 – 28 e in AA. VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 61 – 86; F. MODUGNO, *I principi di*

presupposti, ulteriori rispetto alle disposizioni di leggi, che hanno fatto emergere «la sostanza propria dell'agire amministrativo sotto l'involucro del potere di autorità»<sup>128</sup>.

In particolare, il vizio dell'eccesso di potere ha costituito, a partire dall'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato, lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa per delineare i principi generali dell'azione amministrativa<sup>129</sup> ed attingere a principi extra testuali nell'interpretazione dell'atto amministrativo<sup>130</sup>. L'eccesso di potere è stato ricondotto a «violazioni di quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo»<sup>131</sup>. Il ruolo dei principi è stato, così, disancorato dalla disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo e ricondotto all'attività amministrativa come «condizione di legittimità della funzione amministrativa»<sup>132</sup>.

---

*diritto costituzionale*, Torino, 2008, 102; S. FOIS, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010; F. MERUSI, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 – 91; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014; ID., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed. 2017, 15 – 40.

<sup>128</sup> G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., Milano, 2005, 13. Come osservato in dottrina, la legittimità dell'azione amministrativa designa un valore della cultura giuridica contrapposto a quello dell'autodeterminazione dell'autorità e costituisce un fattore evolutivo dell'ordinamento, che «vive nella cultura giuridica prima e più ancora che nei testi normativi» e produce una serie di canoni e regole non giuridiche. F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124 – 140.

<sup>129</sup> A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*. S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo II, Milano 2000, 945 – 946, dove si individuano i principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Il vizio dell'eccesso di potere è stato comunemente ricondotto alla violazione non di singole disposizioni normative, bensì di principi generali di derivazione dottrinale e giurisprudenziale. Si veda, in questo senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561. Sugli sviluppi dottrinali sul tema del ruolo dei principi nell'ambito del vizio di eccesso di potere

<sup>130</sup> M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 343.

<sup>131</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Dir. Pubbl.*, Napoli, 1950, 5, 1, 22 – 26.

<sup>132</sup> I principi sono stati interpretati come «vere e proprie norme giuridiche e non principi di buona amministrazione» che «rappresentano le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, e non determinano tale meta,

Alla luce di ciò, la trasposizione nel diritto amministrativo del principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento tipico del diritto civile, accolta dalla Plenaria per escludere ipotesi di annullabilità dei provvedimenti per violazione dei principi di correttezza appare problematica. Una possibile spiegazione dell'interpretazione fornita dalla Plenaria sembra potersi rinvenire nel timore che proprio la maggiore ampiezza dei motivi di annullamento dell'atto amministrativo, unitamente alla difficoltà di tracciare precisi confini al sindacato sull'eccesso di potere, possano consentire, mediante l'utilizzo delle clausole generali civilistiche, un sindacato eccessivamente incisivo sulle scelte discrezionali dell'amministrazione. Nel diritto civile, infatti, il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento ha costituito un importante freno al potere di intervento del giudice sull'efficacia delle previsioni contrattuali mediante il ricorso ai principi di correttezza<sup>133</sup>.

neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principi di opportunità» (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 27). La funzione è stata definita come potere nel suo farsi atto, attività amministrativa come specifica attuazione di un potere, relazione tra il potere e l'atto amministrativo, quindi come elemento sostanziale e non formale, pur rimanendo elemento estrinseco e non intrinseco all'atto. Si veda, in tal senso, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 37. ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 121.

<sup>133</sup> Il problema si è posto in modo particolare a partire dalla nota sentenza "Renault" che ha proposto l'introduzione di un giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità sull'esercizio del potere contrattuale mediante la figura dell'abuso del diritto. In tale giudizio, il giudice di merito aveva affermato l'impossibilità di procedere ad un controllo sulla conformità a correttezza dell'esercizio del potere di recesso contrattualmente previsto, ritenendo tale sindacato sarebbe sfociato in una valutazione politica. La Cassazione ha argomentato sostenendo che «il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici» (Cass. Civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 2, 354 con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Giur. It.*, 2010, 4, 809 con nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347 con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, 653, con nota di F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass.*, 18 settembre 2009, n. 20106; in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 295, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Contratti*, 2010, 1, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109, con nota di M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*.

Tuttavia, come è stato osservato in altra sede, il pericolo che il giudice eserciti un sindacato di merito sull'azione amministrativa è un problema comune a tutti i principi generali, sia che abbiano origine nel diritto comune, sia in quello pubblico<sup>134</sup>. Il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità o sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere costituiscono anch'essi strumenti teoricamente idonei a consentire un controllo sulla congruità della valutazione amministrativa, che rischia di esulare i confini del sindacato di legittimità, inteso come mero raffronto formale tra l'attività amministrativa e le puntuali disposizioni di legge. Il vizio dell'eccesso di potere svolge precisamente la funzione di aumentare le garanzie degli amministrati rispetto a quanto previsto da specifiche previsioni normative. L'inclusione del principio di correttezza tra i principi che integrano la disciplina pubblicistica nell'ambito di un giudizio di legittimità non mira a sostituire una «legalità di diritto pubblico» – asseritamente più garantistica, in quanto fondata su un'intrinseca diseguaglianza tra poteri – ad una «legalità di diritto privato», tipica dei rapporti patrimoniali tra privati, bensì, esclusivamente, ad assoggettare l'amministrazione, oltre che ai limiti imposti dalla legislazione ad essa specifica, anche ai principi a valenza generale che si impongono indistintamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, pur nascendo e trovando la loro maggiore elaborazione del diritto privato.

È pur vero che in dottrina sono emerse tesi che hanno proposto di ricondurre interamente le figure tradizionalmente considerate sintomatiche dell'eccesso di potere a violazioni delle clausole generali codicistiche, proponendone un'accezione autonoma e distinta dai principi del potere pubblico (ragionevolezza, logicità o proporzionalità) ed intendendole come fonti di obblighi di comportamento cui corrispondono diritti soggettivi in capo all'amministrato<sup>135</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa non sembra aver utilizzato i principi di diritto comune né in sostituzione ai principi pubblicistici che guidano l'attività amministrativa, né come strumenti per sindacare nel merito l'esercizio del potere discrezionale, quanto, piuttosto, come fonti integrative dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento e delle garanzie procedurali previste per legge.

La recente giurisprudenza amministrativa, con sempre maggior frequenza, ha fatto ricorso ai principi di diritto comune e, segnatamente, ai principi di buona fede e correttezza come canoni integrativi delle garanzie

---

<sup>134</sup> Sia consentito rinviare a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 406 - 407.

<sup>135</sup> C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 251 – 326. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 54 – 62.

procedimentali sancite nella legge n. 241 del 1990. Ad esempio, un corposo orientamento giurisprudenziale ha utilizzato i principi di correttezza per ampliare l'obbligo di provvedere dell'amministrazione a fronte di istanze private, anche non tipizzate, integrando così, le garanzie discendenti dalla doverosità dell'azione amministrativa<sup>136</sup>. I principi di buona fede e correttezza sono stati, altresì, posti a fondamento di numerosi obblighi di informazione e di comunicazione non espressamente previsti da specifiche disposizioni normative<sup>137</sup>. Alla stregua dei principi di diritto comune è stato richiesto un obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi maggiormente esteso rispetto a quello contemplato dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990<sup>138</sup>. Oltretutto, i principi di correttezza sono stati applicati in procedimenti caratterizzati da un'ampia discrezionalità, per imporre all'amministrazione obblighi di coerenza tra quanto comunicato agli interessati nel corso del procedimento e la decisione in concreto adottata<sup>139</sup>. Più in generale, la giurisprudenza ha sovente affermato l'esigenza di correttezza a tutela delle legittime aspettative dei privati nel contesto di giudizi di legittimità sull'attività amministrativa, anche al di fuori dai casi di provvedimenti di secondo grado al fine di attribuire all'amministrazione doveri di collaborazione procedimentale ulteriori rispetto a quelli previsti per legge<sup>140</sup>.

Il dovere di correttezza è stato richiamato, nella maggior parte dei casi, unitamente ai principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento<sup>141</sup>. L'osservazione del concreto impiego dei principi di diritto comune da parte

<sup>136</sup> Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, sent. 14 dicembre 2004, n. 7975, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 6, 693, con nota di R. DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*; Cons. Stato sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 in *Foro It.*, 2009, 3, 3, 165; T.A.R. Sicilia Palermo sez. III, 03 febbraio 2012, n. 298; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 12 febbraio 2015, n. 741; Cons. Stato sez. VI, sent. 08 febbraio 2016, n. 508, in *Diritto e Giustizia*, 2016, 1; T.A.R. Lecce, Puglia, sez. I, 06 novembre 2017, n. 1695.

<sup>137</sup> Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4541, in *Foro Amm.*, 2001, 1951; Cons. Stato sez. VI, sent. 05 settembre 2011, n. 5002, in *Danno e Resp.*, 2011, 11, 1117; Cons. Stato sez. V, sent. 06 maggio 2015, n. 2270; Cons. Stato sez. V, sent. 17 marzo 2014, n. 1323.

<sup>138</sup> T.A.R. Sicilia Catania sez. I, sent. 12 settembre 2012, n. 2140.

<sup>139</sup> Cons. Giust. Amm. Sicilia, 23 dicembre 2016, n. 479.

<sup>140</sup> Si veda, ad esempio, Cons. Stato sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3536, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 2375

<sup>141</sup> In proposito, parte della dottrina ha affermato che gli elementi di diritto positivo esistenti sembrano sufficienti «per consentire un'applicazione diretta dei principi privatistici di buona fede, correttezza e diligenza in materia di procedimento amministrativo, emancipandone l'applicazione dalla sorte congiunta con i principi pubblicistici» (M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 45).

del giudice amministrativo sembra sedare, dunque, le preoccupazioni su un possibile sconfinamento del sindacato giurisdizionale amministrativo nel merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione.

## 6. Conclusioni

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, oltre ad aver consentito il definitivo superamento di alcuni limiti introdotti dalla precedente giurisprudenza amministrativa alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica, ha costituito l'occasione per riflettere su alcune delle maggiori problematiche che emergono dall'applicazione di principi di matrice civilista che impongono regole di condotta all'azione amministrativa. Nel presente scritto, ci si è soffermati, in particolare, su due aspetti: la connotazione giuridica delle regole di correttezza imposte alla P.A. – ed il conseguente inquadramento della responsabilità derivante dalla relativa violazione – e l'applicabilità del principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. I suddetti aspetti, invero, incidono in modo preponderante sull'attuale portata della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica.

Quanto al primo profilo, la Plenaria, pur definendo come diritto soggettivo la posizione giuridica lesa dalla condotta non conforme al dovere di correttezza della P.A., ha omesso di qualificare espressamente la responsabilità precontrattuale della P.A. come responsabilità aquiliana, da inadempimento o da contatto sociale. Tuttavia, il Collegio ha sottolineato la necessaria dimostrazione da parte del danneggiato di tutti gli elementi previsti dall'articolo 2043 del codice civile, incluso l'elemento soggettivo della colpa o del dolo. La cautela del Consiglio di Stato nell'imporre un rigoroso onere della prova in capo al privato appare giustificata all'esigenza di delineare precisi confini alla responsabilità civile della P.A. per evitarne un eccessivo ampliamento a discapito, in definitiva, della finanza pubblica, nonché, come affermato da parte della dottrina, dell'efficienza dell'azione amministrativa<sup>142</sup>. Tuttavia, quantomeno nel campo dell'attività consensuale dell'amministrazione, un pieno ed incondizionato accoglimento del principio civilistico della correttezza precontrattuale appare maggiormente

---

<sup>142</sup> M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 111. Si veda supra, nota 102.

in linea con la giurisprudenza, italiana ed europea, nonché con i principi generali dell'azione amministrativa.

In primoluogo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha espressamente qualificato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione come responsabilità da «contatto sociale qualificato», inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal quale derivano a carico delle parti reciproci obblighi di correttezza, la violazione dei quali comporta una responsabilità per inadempimento<sup>143</sup>. La riconduzione da parte del Consiglio di Stato della responsabilità precontrattuale della P.A. nel campo extracontrattuale, rischia, pertanto, di creare una discrasia tra la tutela risarcitoria accordata da parte del giudice amministrativo e quella concessa dal giudice ordinario. Peraltro, come già ricordato, la posizione giuridica soggettiva risarcibile di chi è stato lesa da un'azione amministrativa autoritativa contraria al principio di correttezza è stata inquadrata da parte della Plenaria nell'ambito del diritto soggettivo. Di conseguenza, seguendo la linea della pronuncia, la medesima situazione giuridica soggettiva risponderebbe ad un regime risarcitorio diverso, a seconda se essa rientri o meno in una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia europea ha espressamente escluso la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accertamento della responsabilità della P.A. per violazione delle norme sugli appalti pubblici all'accertamento del requisito dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo<sup>144</sup>. È pur vero che la giurisprudenza amministrativa italiana ha fornito un'interpretazione restrittiva a suddetto principio, circoscrivendone la portata applicativa alla sola violazione della disciplina europea degli appalti pubblici e ritenendo sostanzialmente analoghi i criteri individuati dal giudice amministrativo italiano per individuare la colpa della P.A. rispetto a quelli usati dalla Corte di Giustizia per valutare la violazione grave e manifesta del diritto europeo<sup>145</sup>. Sebbene il caso specifico portato all'attenzione della Plenaria non riguardasse strettamente la violazione della disciplina europea in materia di contratti pubblici, anche sotto questo profilo, la posizione in esame crea il rischio di una disparità di trattamento tra i soggetti lesi dall'azione amministrativa nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, a seconda

<sup>143</sup> Tra le molte, la già citata Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 cit.

<sup>144</sup> Corte giust. UE, sent. 30 settembre 2010, in C-314/09, Stadt Graz, cit.

<sup>145</sup> In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato nelle sentenze: Cons. Stato sez. IV, 31 gennaio 2012, nn. 482 e 483 in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 10, 969, con nota di R. CARANTA, *Diritto Uee diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*. In senso conforme Cons. Stato sez. V, 19 novembre 2012, n.5846, in *Foro amm.* CDS 2012, 11, 2900.

che abbiano subito azioni amministrative violative di norme di dettaglio sui contratti pubblici, ovvero di principi generali di correttezza precontrattuale.

La seconda problematica sollevata dall'Adunanza Plenaria riguarda la trasposizione nel diritto amministrativo della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, caratteristica del diritto civile. In quest'ultimo settore, dove vige il principio di tipicità dei motivi di annullamento e di nullità del contratto, il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta è volto ad escludere che il giudice possa intervenire sull'opzione decisionale dei contraenti cristallizzata nell'atto negoziale mediante il ricorso a disposizioni elastiche contenute nelle clausole generali.

Diversamente, nel diritto amministrativo, i principi generali di natura pubblicistica incidenti sul comportamento della P.A. (primi tra tutti, imparzialità e buon andamento), rientrano pacificamente tra i parametri sulla base dei quali valutare la validità del provvedimento amministrativo (sia per violazione di legge sia per eccesso di potere). Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, invero, non può limitarsi ad un mero raffronto formale tra il contenuto dell'atto amministrativo e le puntuali disposizioni di legge. In particolare, la previsione del vizio di eccesso di potere svolge precisamente la funzione di estendere la cognizione del giudice ad aspetti dell'azione amministrativa ulteriori rispetto a quanto previsto da specifiche previsioni normative di dettaglio.

A ben vedere, infatti, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in esame non riferisce la distinzione tra regole di validità e di comportamento alle caratteristiche della fattispecie normativa (principio, clausola generale, regola puntuale...) <sup>146</sup>, come avviene nella giurisprudenza civile, bensì alla

<sup>146</sup> Sulla distinzione tra regole, principi e clausole generali la dottrina è sconfinata. Per alcuni fondamentali riferimenti di dottrina italiana sul tema dei principi generali del diritto si vedano V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, 1941, ristampa con presentazione di R. SACCO, Milano, 2003; G. B. FUNAJOLI (a cura di), *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Atti del Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 18-19 maggio 1940, Facoltà di Giurisprudenza e della scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, 1943; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 866 – 896; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 – 533; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987, 1, 181 – 201; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento (dir. cost.)*, I, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, 1 – 24; AA.VV. *Convegno sul tema: I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, in *Atti dei Convegni Lincei. I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1992;

derivazione pubblicistica o privatistica della norma violata. Si afferma che la violazione di regole (non principi) di diritto pubblico (attinenti al provvedimento e, quindi all'esercizio diretto ed immediato del potere) determina, normalmente, l'invalidità del provvedimento adottato, mentre la violazione delle regole di diritto privato (attinenti al comportamento collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) non genera invalidità provvedimentale, bensì esclusivamente responsabilità<sup>147</sup>. Tuttavia, come affermato in dottrina, dal recepimento della suddetta distinzione nel diritto amministrativo discenderebbe che «la violazione di principi fondamentali come la correttezza, la buona fede, il legittimo affidamento, finirebbe per avere sull'attività amministrativa un impatto minore rispetto a quel che si riconosce all'infrazione di una norma specifica dettata da una legge di settore riconducibile alle regole pubblicistiche»<sup>148</sup>.

Le voci critiche ad una piena applicazione dei principi di diritto comune all'azione amministrativa autoritativa sembrano essersi focalizzate sul timore di una piena sostituzione dei principi pubblicistici, elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nel sindacato sull'eccesso di potere amministrativo, con i principi di derivazione civilistica, ritenuti non

---

R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, 341 – 355; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA; P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, 2006; L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 1 – 178; AA. VV. *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14-15 novembre, 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2014; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 35 – 63. Sulle clausole generali si vedano, anche in questo caso senza alcuna pretesa di esaustività, F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539 – 571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 5 – 19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 21 – 30; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, 1, 1 – 20; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 709 – 733; AA.VV., *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, 1987; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 – 653; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.* 1998, 1 – 8. Tra i contributi più recenti sul tema, V. VELLUZZI, *Le clausole generali, semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7; E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, 183 – 253; E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, *Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14-15 novembre, 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2014, 265 – 278.

<sup>147</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 34

<sup>148</sup> M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 391.

sufficientemente garantistici rispetto al perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A. ed alla tutela degli amministrati<sup>149</sup>.

Alla luce della sopra riportata analisi giurisprudenziale, tali preoccupazioni, tuttavia, non appaiono fondate. Il giudice amministrativo, in diverse occasioni ha utilizzato i principi di correttezza per annullare provvedimenti amministrativi, affiancandoli a quelli pubblicistici ed estendendo l'ambito di alcune garanzie procedimentali previste dalla disciplina settoriale. Il ricorso a tali principi ha consentito un ampliamento della visibilità delle decisioni amministrative e una maggiore responsabilizzazione dei soggetti procedenti. Una decisione adottata in conformità al principio di correttezza, infatti, non solo impone una più attenta considerazione degli interessi privati in gioco, ma tutela anche un migliore perseguimento dell'interesse pubblico, mediante la garanzia di una più elevata attenzione e diligenza nel comportamento amministrativo prodromico e successivo all'adozione del provvedimento.

L'accrescimento del novero dei principi che integrano la disciplina pubblicistica non mira, quindi, a sostituire la «legalità di diritto pubblico» – asseritamente più garantistica, in quanto fondata su un'intrinseca disuguaglianza tra poteri – con una «legalità di diritto privato», tipica dei rapporti patrimoniali tra privati, bensì, esclusivamente, ad assoggettare l'amministrazione, oltre che ai limiti imposti dalla legislazione ad essa specifica, anche ai principi a valenza generale che si impongono indistintamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, pur nascendo e trovando la loro maggiore elaborazione del diritto privato. L'utilizzo integrativo del principio di correttezza nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo appare, dunque, particolarmente proficuo ed opportuno, *a fortiori*, considerati gli inevitabili limiti ad un suo pieno utilizzo nel campo dell'azione risarcitoria dovuti a considerazioni pragmatiche di ricadute sulla spesa pubblica.

---

<sup>149</sup> Muovendo dal presupposto che il regime pubblicistico sia «di gran lunga più garantista di quello privatistico» e che la «legalità di diritto pubblico», perché fondata su un'intrinseca disuguaglianza tra poteri pubblici e soggetti privati, si imponga in modo più stringente al potere amministrativo, si è affermato che i principi caratterizzanti il diritto amministrativo (legalità dei fini e dei mezzi, rilevanza esterna dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, controllo della discrezionalità, valore di regola invalidante delle violazioni di legge, carattere generale della tutela costitutiva e ampiezza degli interessi tutelati) offrano una tutela più pregnante rispetto a quelli privatistici. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 3 – 39.