

# Indice

## **CAPITOLO PRIMO. LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE**

- 1. La responsabilità precontrattuale: profili generali. 1
- 2. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale. 10

## **CAPITOLO SECONDO. L'AMMISSIBILITA' DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

- 1. Ammissibilità di una responsabilità dell'amministrazione. 15
- 2. Impostazione del problema: attività amministrativa di diritto privato e attività privata di diritto privato della pubblica amministrazione. 20
- 3. Gli argomenti prospettati contro la configurabilità della responsabilità precontrattuale: la natura pubblica del soggetto e la discrezionalità amministrativa. Critica. 24
- 4. (Segue): la disciplina dei controlli sull'attività dell'amministrazione. Critica. 30
- 5. L'applicabilità dell'art. 1338 c.c.: concorso di colpa del danneggiato e concezione dialogico – relazionale della colpa. 36

## **CAPITOLO TERZO. LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA FASE PUBBLICISTICA DELL'EVIDENZA PUBBLICA. PROFILI RICOSTRUTTIVI**

- 1. Impostazione del problema. 40
- 2.1. Le opinioni contrarie alla rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo. Critica. 46
- 2.2.1. La buona fede oggettiva in diritto amministrativo come corollario del principio di imparzialità 54
- 2.2.2. La buona fede come obbligo di ponderazione tra l'interesse primario e la tutela dell'affidamento del privato. 59
- 2.2.3 La tutela della buona fede come garanzia delle situazioni giuridiche favorevoli del privato dovute ad una precedente determinazione dell'amministrazione. 62
- 3. Le posizioni giuridiche soggettive nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. 64

4.1 Illegittimità dell'atto e illiceità della condotta. La responsabilità precontrattuale "da comportamento mero" (o "pura").	72
4.2 La responsabilità "da provvedimento illegittimo precontrattuale" (o "spuria").	84
5. La responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito del procedimento di scelta del contraente: responsabilità "per inadempimento degli obblighi di correttezza" o responsabilità "da contatto amministrativo qualificato"?	93
6.1 La teoria della natura amministrativa negoziale degli atti della cd. fase pubblicistica dell'evidenza pubblica.	102
6.2 Critica alla teoria dell'atto amministrativo negoziale.	109
<b>CONCLUSIONI</b>	113

# CAPITOLO PRIMO

## LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

### 1. La responsabilità precontrattuale: profili generali

Preliminarmente alla trattazione del tema centrale oggetto del presente studio, occorre – anche a fini di completezza - recare brevi cenni, senza presunzioni di esaustività, in ordine all'articolata disciplina civilistica della responsabilità precontrattuale.

I profili di diritto comune che connotano l'istituto in esame saranno successivamente ripresi e riconsiderati in relazione alle particolarità che caratterizzano il tema in esame, partendo dal presupposto – che si cercherà, peraltro, di dimostrare – che appare aprioristico affermare un'incondizionata applicazione della disciplina civilistica della *culpa in contrahendo* in un settore, quale quello pubblicistico, connotato dalla peculiare natura dei soggetti, dell'attività da essi posta in essere e delle situazioni giuridiche rilevanti.

La responsabilità precontrattuale (o *culpa in contrahendo*), secondo la nozione accolta da autorevole dottrina civilistica<sup>1</sup>, indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale, realizzata mediante un comportamento non conforme ai canoni di lealtà, correttezza e serietà in sede di trattative e formazione del contratto.

Le basi teoriche dell'istituto in esame sono state poste, nella seconda metà dell'Ottocento, dalla dottrina civilistica tedesca<sup>2</sup> che, al fine di colmare una lacuna dell'ordinamento, ha elaborato una prima formulazione della *culpa in contrahendo* quale istituto preordinato a garantire una tutela risarcitoria per i pregiudizi che uno dei contraenti potesse subire in conseguenza del comportamento scorretto dell'altra parte in sede di trattative e formazione del contratto.

---

<sup>1</sup> GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 873 – 874; BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 157; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere. Contratti in genere*, Cedam, Padova, 1999, p. 552; TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 484; DI BENEDETTO U., *Diritto civile: giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 508.

<sup>2</sup> JHERING V. R., *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen privatrechts*, IV, 1861, pp. 1 – 112.

La responsabilità precontrattuale ha fondamento normativo nell'art. 1337 c.c. che, dettando un generale criterio di comportamento delle parti contraenti, impone loro di comportarsi, l'una nei confronti dell'altra, in modo conforme al canone fondamentale della buona fede cd. oggettiva nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Più in particolare, come precisato da autorevole dottrina<sup>3</sup>, il concetto di buona fede in senso oggettivo, che rileva agli effetti dell'art. 1337 c.c.<sup>4</sup>, esprime una regola di condotta secondo lealtà e correttezza, nella duplice accezione negativa, come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, e positiva, come dovere di collaborazione al fine di promuovere o soddisfare le reciproche aspettative<sup>5</sup>. Per quanto attiene alla specifica definizione di tali obblighi, l'orientamento dottrinale prevalente<sup>6</sup> tende a considerare aperto il contenuto della predetta clausola, nel senso che essa costituisce un generico richiamo a fonti esterne all'ordinamento: le norme la cui violazione è fonte di responsabilità precontrattuale sono, cioè, tutte quelle norme non scritte del vivere sociale, poste da doveri morali di solidarietà (contrattuale)<sup>7</sup>. In altri termini e più semplici termini, l'affermazione

---

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 47 – 49.

<sup>4</sup> Da precisare, a fini di completezza, che alla buona fede oggettiva rinviano anche gli artt. 1175 (secondo cui “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”), 1366 e 1375 (buona fede rispettivamente nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto), 1358 (buona fede in pendenza della condizione), 1460, co. 2, (buona fede nell'opporre l'eccezione di inadempimento) del codice civile.

Da tale accezione oggettiva, si distingue la buona fede cd. soggettiva, ossia la buona fede che rileva come stato soggettivo: secondo autorevole dottrina, in tale accezione soggettiva, la buona fede rileva o come ignoranza di ledere l'altrui diritto, o come erronea convinzione di agire *iure* oppure ancora come affidamento in una situazione giuridica apparentemente diversa da quella reale (BESSONE M. – D'ANGELO A., voce *Buona fede*, in *Enc. giur.*, V, p. 1; cfr. anche GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 142 e ss.).

Secondo una tesi meno recente, condivisa da autorevole dottrina (MONTEL A., voce *Buona fede*, in *Noviss. dig.*, II, p. 602; NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18), il concetto di buona fede ha carattere unitario, nel senso che sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sia l'opportunità di tutelare il soggetto che versi in una situazione di errore sono espressione di un medesimo principio etico e giuridico unitario; secondo tale orientamento deve, pertanto, disconoscersi la pretesa distinzione giuridico – concettuale tra buona fede in senso oggettivo ed in senso soggettivo.

In particolare, secondo tale orientamento, nelle ipotesi in cui la buona fede viene in rilievo come atteggiamento psicologico, essa implica anche una valutazione del comportamento posto in essere dal soggetto in termini di conformità al canone della correttezza, in quanto l'erronea rappresentazione di una circostanza imprime al comportamento un carattere di correttezza: in altri e più semplice termini, chi è in buona fede agisce correttamente, ossia secondo buona fede, con la conseguenza che non vi è alcuna distinzione tra essere in buona fede e comportarsi secondo buona fede in quanto espressioni del medesimo principio metagiuridico (cfr. BONFANTE P., *Scritti giuridici vari*, II, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, p. 717).

<sup>5</sup> Secondo minoritaria dottrina, la buona fede *ex art.* 1337 c.c. impone solamente obblighi negativi di astensione da comportamenti sleali (BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 81 – 82).

<sup>6</sup> DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., 509 – 510; NANNI L., *Le trattative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 137.

<sup>7</sup> Di particolare interesse è BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 - 65: secondo l'A., le clausole generali, tra cui in particolare la clausola della buona fede (oggettiva), costituiscono una forma di penetrazione dei valori costituzionali nell'ambito contrattuale. Similmente DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, p.

del principio di buona fede oggettiva ha introdotto nell'ordinamento un criterio di valutazione della condotta delle parti, nell'ottica di una visione solidaristica del rapporto giuridico<sup>8</sup>.

Peraltro, secondo la giurisprudenza, il ricorso da parte del legislatore al criterio della buona fede oggettiva implica l'irrelevanza dell'eventuale stato soggettivo di buona fede della parte cui si imputa la violazione degli obblighi *ex art. 1337 c.c.*. Ne consegue che – sotto il profilo della condotta - il presupposto necessario e sufficiente per l'applicazione della disciplina in tema di *culpa in contrahendo* è costituito dall'oggettiva contrarietà del comportamento alle regole di correttezza, comportamento in cui è insito l'elemento soggettivo della colpa (cd. *culpa in re ipsa*)<sup>9</sup>.

Sotto il profilo oggettivo, il disposto precettivo della buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.* è operante in due situazioni peculiari, espressamente individuate dalla disposizione in esame nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

---

560, secondo cui le clausole generali o i principi in esse incorporati sono da considerarsi come “*espansione dei principi costituzionali*”.

Cfr. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’ “alternanza”*, Giuffrè, Milano, 2001, secondo cui la clausola generale della buona fede oggettiva implica “*un fenomeno di eteronormazione (...) generato dalla duplice esigenza di valutare il sempre più complesso traffico giuridico sulla base di criteri oggettivi e di regolarlo sulla base delle istanze emergenti nell’ambito della costituzione economico – materiale dello Stato*” (p. 126). Nel medesimo senso cfr. GAROFOLI R. – RACCA G. M. – DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 177 – 178, secondo cui “*Le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale» che consente all’interprete di adeguare le soluzioni all’evoluzione della coscienza sociale*”, precisando, tuttavia, che “*può risultare utile preconstituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di «pezzi» di diritto giurisprudenziale*”.

<sup>8</sup> Cfr. RODOTA’ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 115, secondo cui la buona fede oggettiva – quale principio generale dell’ordinamento giuridico – si desume dal principio di solidarietà, introdotto dall’art. 1175 c.c. ed assunto al rango di principio costituzionale in forza dell’art. 2, secondo cui la tutela delle sfere giuridiche dei soggetti impone che l’esercizio dei diritti non possa avvenire in maniera tale da comportare un eccessivo sacrificio degli interessi altrui.

Il valore costituzionale assunto dal principio di buona fede implica la possibilità che tale clausola generale sia utilizzata come criterio integrativo del diritto codificato, nelle ipotesi in cui l’applicazione formalistica dello *ius strictum* non offra un criterio adatto ad una conciliazione degli interessi sostanzialmente corretta (cfr. BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, p. 173, secondo cui l’esigenza di un comportamento conforme al principio di buona fede oggettiva implica la possibilità per l’interprete di correggere il rigore “*dello ius strictum tramite una valutazione degli interessi, coinvolti nella singola vicenda, diversa da quella che conseguirebbe al puro e semplice accertamento della formale corrispondenza di un fatto e/o comportamento ad un’astratta previsione di legge (...) [ciò in quanto] l’esigenza di un comportamento corretto sin sostanza non solo in termini di rigore formale, quanto piuttosto come esigenza sostanziale dei rapporti giuridici*”. Parimenti, NATOLI U., *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 682, secondo cui la valutazione in ordine alla lealtà, correttezza e buona fede della condotta implica “*una modificazione – più o meno intensa – di quelle che sarebbero le normali conseguenze dello strictum ius. Ma in che modo ciò avvenga non è possibile stabilire in anticipo, dipendendo dalla considerazione della situazione di fatto, che si verifica in quel momento in cui ha luogo il comportamento che deve essere valutato*”).

<sup>9</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., afferma, infatti che “*il principio di buona fede oggettiva esprime la tendenza alla “obiettivizzazione” dei rapporti interprivati attraverso la integrazione e il superamento, ad un tempo, della teoria della volontà e della teoria della dichiarazione*” (p. 126).

Tale duplice riferimento ha indotto parte della dottrina<sup>10</sup> a distinguere i due concetti. Precisamente, le trattative indicano il complesso di comportamenti e dichiarazioni volti a verificare la possibilità di stipulare un contratto e definirne le condizioni; esse, pertanto, attengono necessariamente ad una fase antecedente a quella della formazione del contratto, relativa, invece, al momento del reciproco scambio di proposta e accettazione.

Diversamente, secondo autorevole dottrina<sup>11</sup>, ai fini e agli effetti della responsabilità precontrattuale, la distinzione – tra trattative e formazione del contratto - è irrilevante, dato che la *culpa in contrahendo* è astrattamente configurabile in relazione a qualsiasi atto obiettivamente finalizzato alla stipulazione di un contratto.

Più in generale - secondo il maggioritario orientamento dottrinale<sup>12</sup>, che propende per un'interpretazione estensiva della disciplina in esame – l'ambito oggettivo di applicazione della normativa *de qua* comprende tutte le ipotesi in cui, in conseguenza del comportamento sleale di una delle parti nella fase precontrattuale, non si addivenga alla stipulazione di alcun contratto, ovvero si concluda un contratto invalido o inefficace, nonché i casi in cui sia stato concluso un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole<sup>13</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, secondo la dottrina<sup>14</sup> il riferimento letterale alle “parti” di cui all'art. 1337 c.c. è suscettivo di essere interpretato estensivamente, avendo il legislatore utilizzato il detto termine in senso generico, senza distinzione né specificazione alcuna: pertanto, è tenuto ad agire secondo buona fede oggettiva qualunque soggetto di diritti, si tratti di persona fisica o giuridica - privata o pubblica - nonché i terzi che hanno comunque

---

<sup>10</sup> DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., pp. 510 – 512; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu e Messineo (diretto da), XXI, Giuffrè, Milano, 1968, p. 296.

<sup>11</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, op.cit., p. 156.

<sup>12</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, op.cit., p. 162; GAZZONI, *Manuale*, op. cit., p. 874; RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 14; PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Jovene, Napoli, 1973, p. 219.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Cd Juris data*, 2009, secondo cui la disciplina della responsabilità precontrattuale trova applicazione anche “ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace ma pregiudizievole per una delle parti”. Da precisare che si tratta di un indirizzo giurisprudenziale particolarmente significativo ed innovativo, venendosi a collocare all'interno di un costante orientamento della giurisprudenza – sia di merito che di legittimità - praticamente unanime nell'escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale qualora il contratto possa dirsi validamente concluso (cfr. *ex multis* Cass. civ., I, 18 maggio 1971, n. 1494, in *Mass. Foro it.*, 1971; Cass. civ., I, 21 maggio 1976, n. 184, in *Mass. Foro it.*, 1976). In senso conforme all'indirizzo accolto dalla cit. sent. 19024/05, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 14; FRANZONI F., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, pp. 295 e ss.; MIRIELLO C., *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, *ivi*, pp. 648 – 652

<sup>14</sup> DE MAURO A. - FORTINGUERRA F. - TOMMASI S., *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova, 2007, p. 309; DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., p. 511; STOLFI G., *Sulla colpa “in contrahendo” dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, p. 25 – 26.

partecipato alle trattative senza poi assumere le vesti di parti sostanziali dello stipulato contratto<sup>15</sup>.

In considerazione dell'aperta formulazione dell'art. 1337 c.c., che consente una lettura estensiva della disposizione in esame sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, nonché in ragione della naturale ampiezza applicativa della clausola generale della buona fede oggettiva, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia si è orientata nel senso di specificare, da un lato i comportamenti che le parti sono tenute ad osservare, dall'altro e correlativamente le violazioni del precetto dispositivo.

Mentre la maggioritaria dottrina riconosce che la disciplina *ex art.* 1337 c.c. è, per le suddette ragioni, suscettiva di illimitate facoltà di applicazione<sup>16</sup>, l'unica ipotesi di responsabilità precontrattuale generalmente tipizzata dalla giurisprudenza è costituita dall'ingiustificata rottura delle trattative: è affermazione costante in giurisprudenza quella secondo cui dall'art. 1337 c.c. discende il dovere di non recedere senza giusta causa dalle trattative, quando queste siano giunte ad uno stadio tale da creare nella parte il ragionevole affidamento nella conclusione del futuro contratto<sup>17</sup>. Con riferimento a tale peculiare fattispecie di *culpa in contrahendo*, sorge il duplice problema di stabilire, da un lato in quale momento possa dirsi che le trattative abbiano raggiunto una conclusione qualificata tale da far insorgere un legittimo affidamento nella stipulazione del contratto, dall'altro quando il recesso possa dirsi giustificato in ragione della sussistenza di una giusta causa di recesso. Si tratta di *quaestiones facti*, la cui risoluzione presuppone, pertanto, un accertamento caso per caso<sup>18</sup> da parte del giudice in relazione alle diverse circostanze del caso concreto, considerando la qualità delle parti, la natura dell'affare, le modalità delle trattative ed ogni altro elemento rilevante<sup>19</sup>.

Tale limitata applicazione della disciplina di cui all'art. 1337 c.c. alle sole ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, non appare condivisibile, in quanto considera il "legittimo affidamento" solamente nella sua accezione più ristretta di situazione giuridica soggettiva

---

<sup>15</sup> GAZZONI, *Manuale*, op. cit., p. 874.

<sup>16</sup> Cfr., per un'ampia casistica, BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., pp. 162 – 174; Id., *La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 – 216.

<sup>17</sup> Cfr. *ex multis* Cass. civ., II, 25 febbraio 1992, n. 2335; Cass. civ., II, 6 marzo 1992, n. 2704; Cass. civ., III, 12 marzo 1993, n. 2973; Cass. civ., III, 13 marzo 1996, n. 2057; tutte in *Cd Juris data*, 2009.

<sup>18</sup> Fornisce una casistica esemplificativa DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., pp. 513 – 515.

<sup>19</sup> Significativo, in tal senso, quanto affermato da autorevole dottrina secondo cui "L'applicazione della clausola generale di buona fede non è, se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge; è, propriamente, diritto giurisprudenziale: applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge" (così GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, op cit., p. 549).

caratterizzata da un'aspettativa sulla conclusione del contratto, ingenerata dall'altrui comportamento (o inerzia) e tutelata dal principio di buona fede (oggettiva) che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con il comportamento precedentemente posto in essere e che ha ingenerato l'altrui affidamento (il principio di buona fede oggettiva costituirebbe, in tal senso, un corollario del principio di non contraddizione). Secondo autorevole dottrina<sup>20</sup>, infatti, l'affidamento assume un ulteriore e più ampio significato: l'affidamento rilevante ai sensi della disciplina in materia di responsabilità precontrattuale è costituito dall'aspettativa che l'altra parte si comporti conformemente ai principi generali di correttezza e buona fede (oggettiva).

Esistono, pertanto, due accezioni di affidamento: nell'accezione ristretta, esso indica l'aspettativa ingenerata dall'altrui comportamento; nell'accezione generica, si fa riferimento all'aspettativa che tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico con i quali si viene in contatto rispettino, non solo le regole espressamente codificate, ma anche quelle di correttezza imposte dal principio di buona fede oggettiva.

Lo stesso legislatore - peraltro - ha previsto espressamente una particolare ipotesi di responsabilità precontrattuale fondata sul doloso o colposo comportamento del soggetto che “*conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte*” (art. 1338 c.c.)<sup>21</sup>.

Dalla lettera della disposizione in esame - ed in particolare dall'espressione “dovendo conoscere” - emerge che, al fine di sottrarsi alla sanzione risarcitoria per *culpa in contrahendo*, alla parte non basta comunicare all'altra ciò che sapeva in ordine alle cause di invalidità del contratto, ma occorre che abbia anche accertato alla stregua dell'ordinaria diligenza le cause di invalidità che rientrano nella sua sfera di controllo. Ciò, precisando che il fatto lesivo non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause d'invalidità, bensì, direttamente, dalla stipulazione di un contratto invalido da parte di chi conosce o dovrebbe conoscere dette cause.

---

<sup>20</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 127 - 128.

<sup>21</sup> Altre ipotesi di responsabilità precontrattuale tipizzate dal legislatore, come dirette applicazioni dell'art. 1337 c.c., sono rappresentate, ad esempio, dagli artt. 1398 (che impone al rappresentante senza poteri di risarcire il danno sofferto dal terzo per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto), 1440 (che riconosce al danneggiato da dolo incidente il diritto al risarcimento del danno), 1812 (che sancisce a carico del comodante l'obbligo di risarcire al comodatario il danno sofferto per la mancata comunicazione dei vizi della cosa comodata) del c.c..



Specificamente, la disposizione in esame reca generico riferimento alle sole cause di invalidità del contratto (annullabilità e nullità). Tuttavia, secondo la maggioritaria dottrina<sup>22</sup>, nel disposto normativo devono ricomprendersi anche i casi di inefficacia del contratto.

Ai fini della responsabilità precontrattuale, l'art. 1338 richiede, ulteriormente, che la parte danneggiata abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Tale previsione costituisce diretta applicazione del principio secondo cui il danno deve essere sopportato dal danneggiato quando il suo comportamento si ponga come causa assorbente dell'evento dannoso: in altri e più semplici termini, il danno che una parte avrebbe evitato con il proprio comportamento diligente non può essere causalmente imputato al comportamento dell'altra. In relazione a tali considerazioni, peculiare interesse assume la questione se la citata disposizione imponga – tra l'altro – l'obbligo di comunicare l'esistenza di una causa di invalidità dipendente dalla violazione di una norma di legge.

La giurisprudenza si è costantemente pronunciata in senso contrario, rilevando che le norme di validità del negozio giuridico sono previste da disposizioni imperative di legge che entrambe le parti sono tenute a conoscere in virtù del noto principio "*ignorantia legis non excusat*". Conseguentemente, la *ignorantia iuris* è sempre inescusabile, cosicché la parte non potrà pretendere di essere risarcita "*per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto*", colpa che in tali ipotesi deve invece considerarsi *in re ipsa*<sup>23</sup>.

Tuttavia, secondo la più autorevole dottrina<sup>24</sup>, tale generalizzazione non appare condivisibile, rendendosi anche in tal sede necessaria una valutazione in concreto in considerazione della possibilità che la conoscenza della legge richieda una specifica conoscenza tecnico – professionale propria di una sola delle parti: ciò, specie in ragione dei crescenti fenomeni dell'ipertrofia e dell'eterogeneità dell'attività interpretativa, che escludono la certezza del diritto e – correlativamente – la colpa di ignorarlo. Peraltro, il codice civile non distingue – sotto il profilo della scusabilità – l'ignoranza di fatto dall'ignoranza di diritto, pertanto non sussiste alcun motivo per negare che anche con

---

<sup>22</sup> DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., p. 517; BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., p. 171.

<sup>23</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., II, 26 giugno 1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2773: "*Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover esser note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e – comunque – tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa precontrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omissso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse*".

<sup>24</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., p. 173; DI BENEDETTO, *Diritto civile*, op. cit., p. 517; MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, op. cit., p. 405; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 1271.

riferimento alla *ignorantia iuris* non rilevi la buona fede e quindi la scusabilità dell'errore (sulla norma)<sup>25</sup>.

Inoltre, secondo la citata dottrina, il detto orientamento giurisprudenziale si fonda su un'errata interpretazione del principio "*ignorantia legis non excusat*", il quale non impone in capo ad ogni soggetto la conoscenza generalizzata di tutte le disposizioni normative in cui l'ordinamento giuridico si articola, bensì esso significa che la legge trova applicazione indipendentemente dalla conoscenza che di essa hanno i soggetti interessati.

La disciplina della responsabilità precontrattuale discende, dunque, dal precetto generale di cui all'art. 1337 c.c., nonché da diverse disposizioni che di esso costituiscono diretta applicazione. Tale disciplina, come accennato, è preordinata alla tutela del cd. interesse negativo, ossia l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili, a non stipulare contratti invalidi ovvero inefficaci e, più in generale, a non subire coartazioni o inganni in ordine ad atti precontrattuali, pena il risarcimento del danno a carico del soggetto che si è comportato slealmente *in contrahendo*<sup>26</sup>. Tale danno si identifica - più in particolare - con le spese sostenute (danno emergente) e con la perdita di occasioni di concludere lo stesso o altro tipo di contratto<sup>27</sup> con terzi (lucro cessante), in quanto siano conseguenza immediata e diretta del comportamento contrario al dovere di buona fede dell'altra parte<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pp. 61 – 62; SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 284.

<sup>26</sup> Come noto, l'art. 1337 c.c. non stabilisce espressamente quale sia la sanzione che deve essere ricollegata alla violazione del dovere precontrattuale di buona fede; tuttavia, è assolutamente prevalente l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo cui la detta sanzione consiste esclusivamente nel risarcimento del danno, trovando tale opinione conferma in quelle norme che costituiscono diretta applicazione della citata disposizione (artt. 1338, 1398, 1812, 1821 c.c.), che riconoscono a favore del soggetto danneggiato il diritto al risarcimento del danno.

<sup>27</sup> La tutela risarcitoria anche nel caso di perdita di occasione a stipulare un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello non concluso e per il quale si erano svolte le trattative è stata riconosciuta per la prima volta da Cass. civ., III, 12 marzo 1993, n. 2973 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 120 – 124, con nota di PINORI A., *Estensione del risarcimento del danno per culpa in contrahendo*), secondo cui "*La responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 cod. civ., coprendo nei limiti del cd. interesse negativo, tutte le conseguenze immediate e dirette della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 1223 e 2056 cod. civ., si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalle rinunce a stipulare un contratto, ancorché a contenuto diverso, rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative, se la sua mancata conclusione si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte, che ha lasciato cadere le trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse*". A tale orientamento, che costituisce un mutamento rispetto alla tradizionale limitazione della tutela precontrattuale alla sola ipotesi di mancata conclusione di un contratto dello stesso oggetto o simile a quello per il quale si erano svolte le trattative, presta adesione autorevole dottrina: GAZZONI, *Manuale*, op. cit., p. 875.

<sup>28</sup> Dall'interesse negativo si distingue l'interesse cd. positivo, ossia l'interesse all'esecuzione del rapporto contrattuale: in caso di lesione di tale forma di interesse, il risarcimento del danno è parametrato all'utilità che si sarebbe ricavata qualora non si fosse verificato l'inadempimento dell'obbligazione (*ex contractu*).

Particolare questione è stabilire se il risarcimento riconosciuto in caso di lesione dell'interesse negativo possa superare quantitativamente il risarcimento che sarebbe riconosciuto in caso di lesione dell'interesse positivo, ovvero se il primo debba necessariamente essere inferiore al secondo. Sul punto, si distinguono due orientamenti: secondo parte della dottrina, l'interesse negativo può superare l'interesse positivo, in particolare quando il vantaggio che un soggetto

In particolare, la liquidazione del danno da perdita di *chance*, danno che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, presuppone un giudizio prognostico secondo il noto criterio dell'*id quod plerumque accidit*, con la conseguenza che incombe sul danneggiato l'onere di allegare elementi presuntivi (di carattere equitativo) in ordine al raggiungimento del risultato sperato e impedito dall'altrui condotta illecita.

Secondo autorevole dottrina<sup>29</sup>, tuttavia, non può essere aprioristicamente escluso che anche in materia di responsabilità precontrattuale sia risarcibile l'interesse positivo, ciò in particolare nell'ipotesi in cui il soggetto danneggiato dall'altrui condotta scorretta riesca a fornire la prova certa che il contratto non concluso o invalidamente concluso sarebbe stato perfezionato o validamente concluso se la controparte non avesse violato il principio di buona fede oggettiva.

---

avrebbe potuto ricavare dalla chance perduta sarebbe stato superiore al vantaggio che sarebbe derivato dalla positiva conclusione delle trattative, poi disattese; secondo altra dottrina, invece, l'interesse negativo non può mai essere superiore a quanto si sarebbe conseguito con l'esecuzione del contratto (all'interesse positivo), per ragioni di carattere equitativo e di ordine pubblico.

<sup>29</sup> TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 573.

## 2. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

A questo punto, appare fondamentale - per delimitare l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale in genere (ed in specie della p.a.), nonché attese le differenze circa la disciplina applicabile (segnatamente in tema di onere della prova, prescrizione dell'azione, messa in mora, rilevanza della colpa e dell'incapacità naturale, danno risarcibile) - definire la natura giuridica della *culpa in contrahendo*, se quest'ultima sia ascrivibile alla categoria giuridica della responsabilità extracontrattuale o contrattuale, ovvero in un *tertium genus*.

Sotto il vigore del codice civile abrogato, autorevole dottrina<sup>30</sup> sosteneva che la responsabilità per *culpa in contrahendo* avesse natura extracontrattuale. Tale orientamento trovava fondamento nel fatto che, in mancanza di una disposizione diretta a disciplinare il comportamento delle parti in sede di trattative precontrattuali, la sola norma invocabile per sanzionare la *culpa in contrahendo* era rappresentata dall'art. 1151 c.c. 1865, in tutto simile all'attuale art. 2043. Tale concezione - peraltro - risentiva certamente dell'esperienza giuridica francese, in cui, da un lato la mancanza nel *code civil* di uno specifico articolo dedicato alla responsabilità precontrattuale, dall'altro l'atipicità del sistema degli illeciti extracontrattuali, avevano portato all'affermazione della natura aquiliana della responsabilità per *culpa in contrahendo*<sup>31</sup>.

La tesi della natura extracontrattuale è attualmente accolta da autorevole dottrina<sup>32</sup> e costituisce la posizione costante della giurisprudenza<sup>33</sup>, secondo le quali la fonte della responsabilità precontrattuale è identificata in un fatto illecito che ha preceduto, o comunque accompagnato, la formazione del negozio. Conseguentemente, il dovere di comportarsi secondo buona fede e con diligenza nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto non discende da un rapporto obbligatorio tra soggetti determinati, ma costituisce un obbligo generico che si impone *erga omnes* in virtù del precetto generale del *neminem laedere*, al fine di tutelare l'interesse alla libertà negoziale. Tale interesse alla vita di

---

<sup>30</sup> Cfr., per tutti, VERGA F., *Errore e responsabilità nei contratti*, Cedam, Padova, 1941, p. 100.

<sup>31</sup> Per uno studio approfondito sul modello francese della responsabilità precontrattuale si rinvia a MUSY A. M., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, *Dig. disc. priv.*, XXVII, pp. 393 - 394; DE MAURO - FORTINGUERRA - TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pp. 9 - 18.

<sup>32</sup> Cfr. per tutti BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., pp. 157 - 162.

<sup>33</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. civ., II, 20 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189; Cass. civ., II, 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181; Cass. civ., I, 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, p. 2088..

relazione è, in altri termini, giuridicamente tutelato contro comportamenti dolosi o colposi secondo il precetto generale del rispetto del diritto altrui (art. 2043 c.c.).

Invero, secondo i sostenitori di tale tesi, tale soluzione sarebbe imposta dalla mancanza di un rapporto obbligatorio preesistente, la cui violazione costituisce il presupposto per l'operatività della responsabilità contrattuale: diversamente, in sede di trattative e formazione del contratto, non si è ancora instaurato un vincolo contrattuale o, più in generale, un vincolo obbligatorio, con la conseguenza che fonte dell'obbligazione risarcitoria non può che essere l'altrui comportamento doloso o colposo che abbia cagionato un danno ingiusto.

Secondo parte della dottrina<sup>34</sup>, la tesi della natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo* non è accoglibile, già in considerazione dell'infondatezza del presupposto sulla base del quale essa è elaborata, ossia che il cd. "contatto sociale" instauratosi tra le parti in sede di trattative e formazione del contratto non può considerarsi come fonte di un rapporto obbligatorio. Invero, in considerazione del dato normativo rappresentato dall'art. 1337 c.c., si ritiene che l'avvio delle trattative segna la nascita di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti ad un contegno conforme alle regole della correttezza e della buona fede oggettiva. In altri termini, in considerazione del disposto di cui alla citata norma, dal fatto giuridico<sup>35</sup> dell'instaurazione fra le parti delle trattative contrattuali discende *ex lege* l'obbligazione di buona fede (oggettiva), obbligazione il cui inadempimento dà luogo all'obbligo sostitutivo di risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*. In tal senso, con l'art. 1337 citato, il legislatore ha inteso estendere la responsabilità contrattuale alla fase delle trattative: conseguentemente, la *culpa in contrahendo* è configurabile come responsabilità di natura contrattuale. In altri e più specifici termini, l'art. 1337 c.c., nel prevedere che "*le parti (...) devono comportarsi secondo buona fede*", pone a carico di persone determinate

---

<sup>34</sup> Cfr., per tutti, MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. com.*, II, 1956, p. 362; BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 121 - 137; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, SCIALOJA - BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna - Roma, 1970, p. 215; STOLFI G., *Sulla colpa "in contrahendo" dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. com.*, 1975, II, p. 35; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, op cit., p. 553; MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, op. cit., p. 650.

<sup>35</sup> Si ricordi che, ai sensi dell'art. 1173 c.c., le obbligazioni derivano, oltre che da contratto e da fatto illecito, anche da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". In considerazione di tale disposto normativo, infatti, autorevole dottrina rileva come l'espressione "responsabilità contrattuale" pecchi per difetto "dovendosi ricondurre alla medesima, in termini anche verbalmente più confacenti di responsabilità per inadempimento, qualsiasi violazione di uno specifico obbligo di prestazione o di comportamento inerente ad una relazione giuridica intersoggettiva preesistente al fatto lesivo e scaturente da una fonte all'uopo idonea e diversa dall'illecito extracontrattuale" (TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 729).

(le parti) un obbligo determinato (agire in buona fede). La norma, quindi, implica il sorgere di un vincolo obbligatorio - specificato sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo – discendente dal “contatto sociale” instauratosi tra le parti; pertanto, incorre in responsabilità contrattuale chi non adempie a quell’obbligo specifico e conseguentemente deve risarcire i danni, sia pure nei limiti dell’interesse negativo<sup>36</sup>.

*A fortiori*, autorevole dottrina precisa che la disciplina di cui agli artt. 2043 e ss. c.c. e la disciplina in materia di responsabilità precontrattuale differiscono sotto il profilo dei presupposti applicativi. Infatti, mentre la responsabilità extracontrattuale presuppone la violazione di un obbligo generico, quale quello del *neminem laedere*, sicché il risarcimento dei danni costituisce l’unica obbligazione a cui dà origine il fatto doloso o colposo, diversamente, la responsabilità precontrattuale, proprio in quanto ascrivibile al *genus* della responsabilità contrattuale, presuppone la violazione di un obbligo specifico (agire secondo buona fede), sicché il risarcimento del danno “*costituisce il contenuto dell’obbligazione succedanea che prende il posto di quella rimasta inadempita*”<sup>37</sup>.

Tale concezione della responsabilità per *culpa in contrahendo* come responsabilità di natura contrattuale ha avuto origine nel pensiero della pandettistica tedesca<sup>38</sup>, costretta - dalla mancanza di una codificazione dell’istituto in esame e dal dogma della tipicità degli atti illeciti - a ricorrere alla responsabilità contrattuale per sanzionare le fattispecie di comportamenti illeciti nelle trattative. In particolare, tale dottrina descrive la trattativa come il concretarsi di un rapporto giuridico tale da rappresentare esso stesso la fonte degli obblighi di lealtà e correttezza, obblighi alla cui violazione consegue l’eventuale responsabilità<sup>39</sup>; parimenti, secondo la giurisprudenza “*la trattativa – a prescindere dal suo esito – determina una situazione nella quale ciascuna delle parti è al tempo stesso vincolata a doveri di correttezza e tutela contro le conseguenze del contegno scorretto altrui*”<sup>40</sup>. Sulla base di tali considerazioni, la dottrina e la giurisprudenza tedesche, mediante la *fictio iuris* del contatto sociale (o negoziale) che viene ad instaurarsi tra le parti in sede di trattative e

---

<sup>36</sup> Come noto, secondo l’unanime dottrina, per responsabilità contrattuale si deve intendere la responsabilità connessa all’inadempimento di un’obbligazione, qualunque sia il fatto da cui l’obbligazione deriva, e non solo di un’obbligazione che trova la sua fonte in un contratto.

<sup>37</sup> STOLFI, *Sulla colpa “in contrahendo” dell’Amministrazione pubblica*, op. cit., p. 37.

<sup>38</sup> In particolare, JHERING, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, op. cit., pp. 15 e ss..

Per una esaustiva disamina dell’elaborazione della dottrina tedesca in merito alla natura contrattuale della *culpa in contrahendo*, cfr. BENATTI, *La responsabilità contrattuale*, op. cit., pp. 122 – 124.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>40</sup> RGZ, 104, 265 (traduz. in MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, op. cit., p. 395).

formazione del contratto, hanno inserito la *culpa in contrahendo* all'interno della categoria della responsabilità contrattuale: le parti di una trattativa stanno in uno speciale rapporto che dà origine ad una serie di doveri di protezione reciproci, ispirati ai concetti di buona fede e correttezza, la cui violazione dà luogo ad una responsabilità di natura contrattuale<sup>41</sup>.

Per vero, come rilevato da autorevole dottrina<sup>42</sup>, la ricostruzione della *culpa in contrahendo* in termini di responsabilità da "contatto sociale", seppur ampiamente condivisa sia in dottrina che in giurisprudenza, non può essere accolta, non potendo essere considerato decisivo il rilievo secondo cui basterebbe un mero "contatto" (peraltro, concetto manifestamente indeterminato) tra due sfere giuridiche perché nasca un rapporto obbligatorio. Inoltre, secondo il medesimo orientamento, pur ammettendo la rilevanza giuridica del "contatto sociale", esso è inidoneo, in ogni caso, ad assurgere a criterio discrezionale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dato che anche quest'ultima presuppone un "contatto" tra sfere giuridiche del danneggiato e del danneggiante.

Secondo un ulteriore orientamento interpretativo, la responsabilità precontrattuale non può configurarsi né come responsabilità contrattuale, né come responsabilità aquiliana, integrando essa un *tertium genus*<sup>43</sup>.

Presupposto della tesi dell'autonomia concettuale della responsabilità precontrattuale è la considerazione secondo cui ciò che specificamente rileva al fine della configurabilità dell'istituto in esame è il rapporto che viene ad instaurarsi tra i contraenti in una precisa dimensione sociale, quella dello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto. La peculiarità di tale rapporto, informato ai canoni della buona fede oggettiva, esclude - da un lato - che in caso di violazione del precetto di cui all'art. 1337 c.c. sia configurabile un inadempimento in senso tecnico: infatti, a seguito dell'instaurarsi delle trattative, l'art. 1337 c.c. non prescrive una prestazione specifica, rinviando invece alla violazione di modalità di comportamento. Dall'altro, la detta specificità del rapporto precontrattuale esclude che il dovere di condotta imposto dalla citata disposizione sia

---

<sup>41</sup> La considerazione della responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità "da contatto sociale" verrà successivamente ripresa nel cap. III, par. 5, al fine di sostenere - in chiave ricostruttiva - l'applicabilità dell'istituto della *culpa in contrahendo* anche nella cd. fase pubblicistica dell'evidenza pubblica.

<sup>42</sup> BENATTI, *La responsabilità contrattuale*, op. cit., p. 125.

<sup>43</sup> CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 1270; RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, pp. 142 e ss.; SACCO R., *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 86.

La tesi della responsabilità precontrattuale come *tertium genus* di responsabilità è accolta da GIANNINI M. S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, Milano, 1963.

riconducibile al generico rispetto dell'altrui sfera giuridica, al principio del *neminem laedere*, e ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, per l'indeterminatezza della situazione giuridica soggettiva pregiudicata dal comportamento scorretto, atteso che l'art. 1337 c.c. tutela *in primis* un interesse all'altrui comportamento leale; in secondo luogo, in considerazione che il principio di buona fede oggettiva sotteso alla citata disposizione non si identifica con il principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., costituendone un *quid pluris*.

La responsabilità precontrattuale, segnatamente, trova fondamento nel principio *unicuique suum tribuere*, talché il fatto che la ingenera, pur appartenendo alla famiglia dei fatti illeciti lesivi, non appartiene però al *genus* dei fatti illeciti lesivi di diritti, ma a quello degli illeciti lesivi di interessi protetti.

Quest'ultima tesi, tuttavia, è opposta dalla maggioritaria dottrina, secondo cui nel diritto privato non è configurabile un terzo genere di responsabilità al di fuori dell'alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>44</sup>.

Infatti, la qualificazione della responsabilità precontrattuale come *tertium genus* impone di ammettere che la *culpa in contrahendo* sia disciplinata da proprie e autonome regole, affermazione quest'ultima che, secondo la dottrina dominante, è “*manifestamente inaccettabile*”<sup>45</sup>. Segnatamente, tranne l'art. 1337 c.c., nessun'altra disposizione del codice civile disciplina in modo autonomo qualche aspetto della *culpa in contrahendo*, tant'è che gli stessi sostenitori della teoria del *tertium genus* concludono che la disciplina della *culpa in contrahendo* debba essere desunta – in via analogica – da quella relativa alla responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale<sup>46</sup>. Invero, proprio la mancanza di un'autonoma disciplina codicistica della responsabilità precontrattuale costituisce un dato significativo nel senso di confermare come il legislatore non abbia inteso configurarla come *tertium genus* di responsabilità<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. per tutti BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., p. 158; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pp. 116 - 118

<sup>45</sup> Così BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pp. 116.

<sup>46</sup> Così, ad esempio, al fine di determinare (e quantificare) l'interesse contrattuale negativo, in difetto di una specifica norma in materia di responsabilità precontrattuale, è necessario riferirsi alle disposizioni previste per la responsabilità contrattuale (artt. 1223 e 1225 e ss. c.c.) ovvero agli articoli posti in tema di responsabilità extracontrattuale (art. 2056 c.c.). Parimenti, è impossibile formulare una regola generale in tema di riparto dell'onere della prova facendo esclusivo riferimento all'art. 1337 c.c., con la conseguenza della necessità di riferirsi alle regole elaborate con riferimento alla responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) ovvero extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

<sup>47</sup> BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., pp. 118.



## CAPITOLO SECONDO

### L'AMMISSIBILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ

### PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

#### 1. Ammissibilità di una responsabilità dell'amministrazione.

Fino ai primi anni del secolo scorso, si è effettivamente posto il quesito – sia in dottrina che in giurisprudenza – circa l'astratta configurabilità di una responsabilità civile della pubblica amministrazione.

Più in particolare, quando si faceva questione dell'ammissibilità di una responsabilità della p.a., si alludeva alla responsabilità extracontrattuale, non essendo mai stata sollevata alcuna contestazione in ordine alla configurabilità di una responsabilità contrattuale dell'amministrazione, e ciò per due ordini di ragioni: l'una di carattere teorico, relativa alla considerazione che la p.a., nell'ambito della attività contrattuale, opera non come soggetto di diritto pubblico ma come soggetto di diritto privato, ponendosi su un piano paritario con i singoli; l'altra di carattere pratico, in quanto nessun privato avrebbe contrattato con l'amministrazione qualora, in ipotesi di inadempimento del contratto, gli fosse preclusa la possibilità di convenire in giudizio il soggetto pubblico al fine di esperire i rimedi all'uopo previsti dalla disciplina civilistica in materia di obbligazioni e contratti<sup>48</sup>.

Mentre si ammetteva comunemente una responsabilità contrattuale, in dottrina e giurisprudenza l'astratta ammissibilità di una responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione trovava forti resistenze e opinioni dissonanti<sup>49</sup>: in altri termini, non era affatto pacifica – e da più parti era espressamente esclusa - la configurabilità di un dovere giuridico in capo alla p.a. di risarcire il danno eventualmente cagionato ai privati nello svolgimento delle sue attività.

L'argomento principale su cui era basata tale concezione era costituito dalla natura sovrana dello Stato, natura che non consentirebbe un'affermazione di responsabilità a carico della

---

<sup>48</sup> Cfr. ALESSI R., *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 27.

<sup>49</sup> Cfr. MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, I, Barberà, Firenze, 1880, pp. 56 – 89.

p.a., “*ritenendosi la sovranità e la responsabilità concetti antitetici inconciliabili, in quanto che la sovranità presupporrebbe la superiorità e l'imperio, e la responsabilità la sottomissione o quanto meno l'eguaglianza*”<sup>50</sup>.

Tale impostazione, per vero, si basava su una distorta concezione della sovranità dello Stato, una sovranità erroneamente ritenuta incompatibile con ogni forma di limitazione, restrizione o obbligo. Invero, autorevole dottrina rileva che “*se repugnano effettivamente con la sovranità restrizioni o limitazioni promananti dal di fuori, da soggetti estranei, non repugnano invece autolimitazioni della sovranità, limitazioni cioè promananti dallo Stato stesso, limitazioni cui il principio fondamentale della divisione dei poteri conferisce carattere giuridico: conferisce, cioè, rilevanza per il diritto e quindi rilevanza per i cittadini che da tali limitazioni sono avvantaggiati*”<sup>51</sup>. In altri termini, proprio il principio liberale della separazione dei poteri, in ragione del quale lo Stato si presenta nei tre distinti momenti della produzione normativa, dell'applicazione coattiva delle norme giuridiche e della cura degli interessi collettivi, consente di rendere concepibile che lo Stato, nell'esplicazione delle sue funzioni e – più in generale – nell'ambito della propria azione, sia limitato dalle disposizioni normative che dallo stesso promanano. Poiché tali limitazioni (o meglio, autolimitazioni) circoscrivono una sfera giuridica dei singoli nei confronti dello Stato stesso, qualora quest'ultimo, nell'esercizio della propria azione, violi la detta sfera giuridica, è concepibile che in capo ad esso sia configurabile una responsabilità (extracontrattuale). Ciò che, peraltro, costituisce il fondamento della moderna concezione dello Stato di diritto, ossia dello Stato che si sottopone al diritto e di questo assicura l'osservanza anche riguardo a sé medesimo.

L'argomento della natura sovrana dello Stato, oltre ad altri di pari consistenza<sup>52</sup>, erano quindi sostenuti per negare l'astratta configurabilità di una responsabilità extracontrattuale

---

<sup>50</sup> ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 28.

<sup>51</sup> Id., p. 28.

<sup>52</sup> Un altro argomento prospettato per negare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione si basava sull'asserita inapplicabilità dell'art. 1153 c.c. 1865 (ora art. 2049), che disciplinava – tra l'altro - la responsabilità indiretta di padroni e committenti per i danni cagionati dai loro domestici e commessi, ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto tra lo Stato e i propri funzionari e dipendenti non sarebbe configurabile una relazione qualificabile alla stregua di “rapporto di commissione”, quest'ultimo costituente il presupposto di applicabilità della disciplina *ex* art. 1153 c.c.; in secondo luogo, la responsabilità di cui alla citata disposizione si fonderebbe – sotto il profilo soggettivo – su di una *culpa in eligendo* (ossia su di un difetto di diligenza nello scegliere i propri commessi) e *in vigilando* (consistente in un difetto di diligenza nel vigilare sul corretto adempimento delle incombenze cui i commessi sono adibiti), elementi inconcepibili con riferimento allo Stato, che presceglie e controlla i propri agenti con le cautele previste dalla legge, con la conseguenza che sarebbe in configurabile un difetto di diligenza *in eligendo* o *in vigilando*.

della p.a.; tuttavia, come accennato, tali argomentazioni hanno perso di consistenza già nei primi decenni del secolo scorso, sino all'unanime riconoscimento – sia in dottrina che in giurisprudenza – dell'ammissibilità della responsabilità della p.a. anche per illecito aquiliano, peraltro riconoscendovi un duplice fondamento.

Un fondamento teorico, costituito dalla soggezione dello Stato – amministrazione a quel diritto obiettivo che da esso stesso promana (Stato – legislazione) e che da esso stesso viene coattivamente applicato (Stato – giurisdizione), in ossequio ai principi della separazione dei poteri e dello Stato di diritto, cui si è accennato: in ragione di tale costruzione, lo Stato – amministrazione che violi la sfera giuridica dei singoli, delimitata dalle norme giuridiche dallo stesso prodotte, non può che essere assoggettato alla sanzione del risarcimento del danno.

Un fondamento di diritto positivo, rappresentato dall'applicazione anche alla p.a. della disciplina di cui agli artt. 2043 e ss. c.c., in mancanza di un principio o di una disposizione derogatoria a favore degli enti pubblici; ciò in considerazione del fatto che il principio del *neminem laedere* – cui è informata la disciplina in materia di illecito aquiliano – costituisce uno dei principi fondamentali dello Stato di diritto, come tale dotato di *vis expansiva* e di applicazione generalizzata anche con riferimento alle persone giuridiche di diritto pubblico<sup>53</sup>.

---

Altre teorie, pur non escludendo l'astratta ammissibilità della responsabilità extracontrattuale della p.a., la limitavano ora ai soli atti di gestione (MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, op. cit., p. 59), ora all'attività sociale (ORLANDO V. E., *Principi di diritto amministrativo*, Barberà, Firenze, 1915, pp. 440 - 451), ora all'attività attinente ad interessi patrimoniali (PRESUTTI E., *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni in relazione alle giurisdizioni amministrative*, Società Editrice Laziale, Roma, 1901, pp. 11 - 20).

Per una critica a tali teorie limitative della responsabilità extracontrattuale della p.a. si rinvia a ALESSI, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 34 – 38.

<sup>53</sup> Dal riconoscimento della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione ex art. 2043 c.c., ne deriva che gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano della p.a. sono da individuarsi nella condotta attiva od omissiva (posta in essere dal funzionario o dipendente), nel danno ingiusto, nel nesso di causalità tra condotta e danno, nell'elemento psicologico del dolo o della colpa (generica o specifica), posto che sull'individuazione e sulla consistenza di ciascuno di essi si sono aperte numerose questioni interpretative, di cui si intende dar conto solo sommariamente a meri fini di completezza.

Quanto alla condotta dell'agente, essa deve consistere in un'azione od omissione riferibile all'amministrazione in quanto posta in essere nell'esercizio delle incombenze cui il funzionario o dipendente è adibito, secondo il noto concetto di "occasionalità necessaria" (la cd. "occasionalità necessaria" ricorre laddove la condotta dell'agente sia strumentalmente connessa con l'attività istituzionale dell'ufficio cui l'agente stesso è preposto).

La condotta dell'agente deve poi aver causalmente arrecato al terzo un danno qualificabile come ingiusto (ossia *non iure*), e proprio su tale qualificazione giuridica del danno si appuntano le questioni concernenti l'estensione della responsabilità extracontrattuale anche alle ipotesi in cui non sia stato leso un diritto soggettivo ma posizioni giuridiche soggettive di diversa natura rilevanti per l'ordinamento giuridico (cfr. Cass. 500/1999 cit.), tra cui, in particolare, la posizione di interesse legittimo. Come noto, infatti, secondo la superata interpretazione dell'art. 2043 c.c., la norma sull'illecito aquiliano costituisce uno schema cd. "a tipicità bilaterale" in quanto tutela posizioni giuridiche soggettive tipiche (i diritti soggettivi) rispetto ad altrettante condotte tipiche (di rispetto e astensione); diversamente, secondo la più recente ed autorevole dottrina (cfr. CARRA' M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè,

L'affermazione di una responsabilità extracontrattuale della p.a. è – peraltro - confermata, da un lato dagli artt. 2 e 4 della L. 2248/1865 all. E, ove è previsto che la p.a. possa essere convenuta in giudizio dinanzi al g.o. nelle ipotesi in cui “*la controversia cada sopra un diritto [civile o politico] che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa*”; dall'altro dal disposto costituzionale di cui all'art. 113, nella parte in cui garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi contro gli atti della p.a., nonché dall'art. 28 Cost. che estende la responsabilità civile allo Stato e gli enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti dai propri funzionari e dipendenti<sup>54</sup> (ferme restando le responsabilità penale ed amministrativa che sono proprie ed esclusive di questi ultimi).

---

Milano, 2006, p. 138 e la bibliografia ivi richiamata), nell'ottica di una “*progressiva deformazione degli interessi*” la cui lesione implica l'ammissibilità di una tutela risarcitoria, l'art. 2043 c.c. deve essere inteso come schema “ad atipicità bilaterale”, ossia atipicità degli interessi tutelati e – correlativamente – atipicità delle condotte suscettive di determinare una lesione a tali interessi. Per una più ampia disamina della problematica sommariamente riferita, si rinvia a CARRA', *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 133 – 149.

Con riferimento all'individuazione dell'elemento psicologico del dolo e (soprattutto) della colpa della p.a., la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato diversi criteri, a seconda che si trattasse di danni conseguenti ad attività materiali ovvero di danni derivanti da attività provvedimentoale illegittima.

Nella prima ipotesi, viene normalmente accertato in capo al solo agente che ha in concreto posto in essere la condotta dannosa. Per vero, secondo autorevole dottrina (GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, I, MAZZAROLLI - PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA (a cura di), Monduzzi, Bologna, 2005, p. 921), tale concezione non è accoglibile in relazione all'affermazione di una responsabilità diretta della p.a., in virtù della quale è astrattamente configurabile l'ipotesi in cui, pur in assenza di un comportamento colposo da parte del funzionario o dipendente, sussista comunque una disfunzione amministrativa riferibile alla p.a. in quanto tale., o meglio, in quanto apparato (cfr. Cass. 500/1999 cit.). Infatti, espunte dal concetto di colpa le connotazioni propriamente psicologiche, la colpa in senso oggettivo (come assenza di diligenza) è configurabile anche in capo all'amministrazione in quanto apparato.

Per quanto riguarda invece i danni provocati da attività provvedimentoale illegittima, secondo l'orientamento giurisprudenziale meno recente (cfr. Cass. civ., SS. UU., 23 dicembre 1997, n. 13021, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 2435; Cass. civ., I, 24 maggio 1991, n. 5883, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1553; Cass. civ., I, 29 giugno 1989, in *Mass. giust. civ.*, 1989, p. 1983) l'indagine sull'elemento psicologico è da ritenersi superflua, dato che l'illegittimità dell'atto adottato manifesta *ex sé* una negligenza o un'imperizia nell'uso del potere, tale da giustificare la configurabilità di una *culpa in re ipsa*.

Tale indirizzo è stato superato da Cass. 500/1999 cit., secondo cui dall'illegittimità dell'atto non discende automaticamente l'illiceità del pregiudizio (*recte*: della condotta), dovendo a tal fine essere accertato (quantomeno) l'elemento psicologico della colpevolezza – in senso oggettivo - della p.a. come apparato, che non abbia agito conformemente alle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione (cfr. Cons. St., VI, 18 novembre 2002, n. 6393; Id., 19 luglio 2002, n. 4007; Cons. St., IV, 14 giugno 2001, n. 3169; tutte in *www.giustiziaamministrativa.it*). Tuttavia, è da precisare che, secondo la giurisprudenza (cfr. Cass. civ., III, 10 agosto 2002, n. 12144, in *Mass. giust. civ.*, 2002, p. 1529) e la dottrina (GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, op. cit., p. 922), anche se l'illegittimità non implica *ex sé* la sussistenza di una *culpa in re ipsa* della p.a., essa comporta “*una sorta di presunzione di colpevolezza e comunque una inversione dell'onere della prova, in cui è l'Amministrazione a dover provare la scusabilità dell'errore, che ha dato luogo alla illegittimità*” (Id., p. 923).

Per un'ampia disamina in ordine all'elemento soggettivo della p.a., si rinvia a GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., pp. 138 – 160.

<sup>54</sup> Come noto, ulteriore questione attiene alla riferibilità alla p.a. dell'attività (e, per quanto in tal sede rileva, dell'illecito) posta in essere dall'agente tramite il quale l'amministrazione stessa agisce.

Più in particolare, il problema riguarda la natura della responsabilità della p.a., se cioè debba considerarsi indiretta ovvero diretta.

Sommariamente, secondo autorevole dottrina (CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, pp. 186 - 265) la responsabilità della p.a. ha natura indiretta. In base a tale orientamento, in assenza di una norma che

Superato il cd. “dogma dell’irresponsabilità dello Stato e degli enti pubblici”, e quindi affermata l’astratta ammissibilità di una responsabilità sia contrattuale – per vero, mai messa in discussione – che extracontrattuale della p.a., si impone ora di trattare il tema – centrale in tal sede – se anche nei confronti dell’amministrazione possa configurarsi una responsabilità precontrattuale *ex artt. 1337 e 1338 c.c.*

---

disciplini la responsabilità di diritto pubblico in modo specifico e diverso dalla responsabilità di diritto privato, il fondamento della responsabilità della p.a. è da individuarsi nell’art. 2049 c.c.: in particolare, la p.a., priva di capacità d’agire, risponde dell’illecito posto in essere dal soggetto fisico - con cui intercorre un rapporto di servizio – nell’esercizio delle incombenze cui è adibito, in base al principio del rischio gravante sul soggetto che utilizza a proprio vantaggio un’attività altrui (art. 2049 c.c.). Ne deriva l’impossibilità di sostenere la sussistenza di due responsabilità dirette, dato che solamente uno dei due soggetti (il funzionario o dipendente) ha agito, ponendo in essere la fattispecie da cui deriva l’obbligo risarcitorio: solamente la responsabilità del funzionario (o dipendente) è diretta, mentre quella dell’ente pubblico è indiretta e legata alla prima da un rapporto di solidarietà.

Secondo la tesi maggioritaria (per tutti e per una critica alla teoria della responsabilità indiretta, cfr. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 47 – 72) la responsabilità della p.a. per il fatto illecito dei propri agenti ha natura diretta: tale tesi si basa sulla considerazione secondo cui la diretta riferibilità dell’attività posta in essere dall’agente alla p.a. si basa sul rapporto organico instauratosi tra l’amministrazione e i propri funzionari o dipendenti. La conferma della natura diretta della responsabilità della p.a. deriverebbe, da un lato dal disposto di cui all’art. 113 Cost. laddove si ammette un’azione diretta contro la p.a. al fine del risarcimento del danno; dall’altro, dall’art. 28 Cost. e segnatamente dall’espressione “*si estende*”, la quale presuppone l’identità di piano giuridico dei due soggetti cui la responsabilità è riferibile (agente ed amministrazione) e quindi l’identità di piano giuridico delle relative responsabilità, entrambe dirette e principali.

## 2. Impostazione del problema: attività amministrativa di diritto privato e attività privata di diritto privato della pubblica amministrazione.

Preliminarmente, al fine di delimitare l'ambito di indagine oggetto del presente studio, è opportuno precisare che, secondo autorevole dottrina<sup>55</sup>, particolari problemi in ordine all'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della p.a. possono sorgere solo con riferimento a quelle amministrazioni e a quei contratti soggetti alla normativa di contabilità pubblica<sup>56</sup>, ossia con riferimento ai cd. contratti ad evidenza pubblica<sup>57</sup>, ascrivibili, come noto, al *genus* dell'attività amministrativa di diritto privato<sup>58</sup>. Tale difficoltà dipende, in

---

<sup>55</sup> GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., p. 266.

<sup>56</sup> Con tale espressione si rinvia, da parte delle maggioritarie dottrina e giurisprudenza, alla disciplina pubblicistica di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, e al relativo regolamento approvato con R.D. 23 maggio 1924, n. 827. Per vero, condivisibile appare l'opinione di chi rileva che con la detta espressione deve essere intesa in senso ampio come genericamente riferita a tutte le disposizioni che, comunque disciplinando l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche, costituiscono un "*diritto privato speciale*" rispetto alle distinte norme contenute nel codice civile (cfr. TUFARELLI G. B., *La responsabilità precontrattuale della pubblica Amministrazione*, in *Cons. Stato*, 1975, II, p. 959).

<sup>57</sup> Secondo la nozione accolta dalla maggioritaria dottrina (cfr. per tutti, MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pp. 1 - 27; AA. VV., *Diritto amministrativo*, MAZZAROLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA (a cura di), II, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 295 - 296), con la formula "contratto ad evidenza pubblica" si intende una fattispecie complessa, ma unitaria, in cui convivono atti giuridici disciplinati dal diritto pubblico e atti giuridici disciplinati dal diritto civile. Così - sommariamente - le decisioni relative all'individuazione dell'obiettivo concreto da raggiungere, alla definizione del tipo contrattuale da porre in essere e del suo contenuto essenziale, alla scelta del contraente privato, si concretano in atti amministrativi; mentre il contratto in sé resta un negozio giuridico disciplinato dal diritto civile. Si ha, quindi, una situazione in cui una fase pubblicistica doppia una fase di diritto privato, di qui, la dizione elaborata dalla dottrina tedesca di "fattispecie a doppio stadio". Si tratta, cioè, di contratti che hanno quale presupposto una serie procedimentale articolata in atti amministrativi che, in quanto tali, rimangono assoggettati al regime pubblicistico, senza per questo sottrarre i contratti stessi alla disciplina di diritto privato per quanto attiene al loro contenuto negoziale e alla loro esecuzione.

<sup>58</sup> Con la dizione "attività amministrativa di diritto privato", si indica comunemente l'attività con cui la p.a., mediante atti giuridici disciplinati dal codice civile, persegue uno scopo di pubblico interesse.

Segnatamente, secondo autorevole dottrina (AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1938, pp. 455 - 556), la p.a. può avvalersi dello strumento contrattuale sia per il perseguimento di finalità propriamente pubblicistiche, sia per finalità strettamente privatistiche: su tali basi, è possibile distinguere tra attività amministrativa di diritto privato e attività privata di diritto privato della p.a..

Secondo tale orientamento dottrinale, pur accogliendo la generale distinzione tra attività pubblicistica, retta dal diritto pubblico, e attività privatistica, disciplinata dal diritto comune, ciò non preclude di qualificare diversamente l'attività posta in essere dalla p.a. *iure privatorum* in relazione alla finalità perseguita con l'esplicazione di tale attività: più in particolare, l'attività posta in essere dall'amministrazione secondo il regime giuridico di diritto privato assume una diversa qualificazione in ragione dell'intensità del collegamento dell'attività stessa con il pubblico interesse alla cui cura la p.a. è istituzionalmente preposta. Sulla base di tale criterio discrezionale, si distingue (oltre all'attività amministrativa di diritto pubblico, che realizza immediatamente il pubblico interesse) tra attività amministrativa di diritto privato, strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico, e attività privata di diritto privato della p.a., di carattere meramente accessoria rispetto alla cura del pubblico interesse essendo preordinata esclusivamente a fornire quei mezzi patrimoniali che solo mediatamente rilevano circa il perseguimento del fine istituzionale.

Sotto diverso angolo visuale, la diversa intensità del legame con l'interesse pubblico che caratterizza le due forme di attività *iure privatorum* rileva anche con riferimento ai profili formale e sostanziale dell'attività della p.a.: da un lato, l'attività amministrativa di diritto privato si connota per essere formalmente privatistica e quindi soggetta al regime giuridico di diritto privato, ma sostanzialmente pubblica in quanto finalisticamente preordinata al perseguimento del pubblico interesse; dall'altro, l'attività privata della p.a., formalmente e sostanzialmente privatistica (ferma restando la caratterizzazione derivante dalla sussistenza di un vincolo di accessorietà con l'attività amministrativa).

particolare, dalla peculiarità strutturale e funzionale di tali tipi contrattuali, peculiarità da cui deriva una commistione tra diritto pubblico e diritto privato rilevante – tra l'altro - sotto il profilo del regime giuridico applicabile e delle posizioni giuridiche soggettive di diversa natura e diversamente tutelabili.

Contrariamente a quanto rilevato con riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, secondo la medesima dottrina<sup>59</sup>, con riferimento ai contratti posti in essere da amministrazioni non assoggettate alla normativa di contabilità pubblica, nonché a quelli stipulati da enti pubblici pur tenuti all'applicazione della detta disciplina ma in quei settori o, comunque, in quei casi in cui essa non deve essere applicata, non si pongono particolari problemi in ordine all'astratta ammissibilità di una responsabilità precontrattuale. In tali casi, infatti, si è in presenza di contratti interamente regolati dal diritto comune, e anche le amministrazioni che li concludono assumono la veste di soggetti di diritto comune, con la conseguenza che per esse la responsabilità precontrattuale si pone come per qualsiasi altro soggetto.

Parte della dottrina<sup>60</sup>, tuttavia, ha assunto una posizione critica circa la fondatezza della ricostruzione che limita la problematica della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. ai soli contratti ad evidenza pubblica. Invero, in adesione – espressa o implicita - alla teoria bipartita dell'attività amministrativa, si rileva che la caratteristica fondamentale dell'attività posta in essere dalla p.a. *iure privatorum*, sia secondo i moduli dell'evidenza pubblica che mediante la stipulazione di ogni altro tipo di contratto di diritto comune, è che essa è pur sempre attività sostanzialmente amministrativa: l'attività *iure privatorum*, infatti, pur laddove disciplinata da regole di diritto privato,

---

La tesi della tripartizione dell'attività della p.a. è contestata da autorevole dottrina (CANTUCCI M., *L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 1941, pp. 7 – 44), secondo cui l'attività posta in essere dalla p.a. è, in ogni sua forma, istituzionalmente caratterizzata dal perseguimento del pubblico interesse: in particolare, anche nelle ipotesi in cui la p.a. opera secondo il regime giuridico di diritto comune l'attività esplicata è comunque da qualificarsi come attività amministrativa, in considerazione della peculiare natura, struttura e finalità del soggetto (pubblico) che pone in essere l'attività medesima. Ne deriva che l'attività posta in essere dalla p.a. è sempre un'attività sostanzialmente amministrativa, in quanto comunque preordinata – immediatamente o mediamente – al perseguimento del pubblico interesse; sotto il profilo formale, invece, è assumibile distinguere tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato, in relazione al regime giuridico nell'ambito del quale l'attività è disciplinata (teoria della bipartizione). Non è quindi concepibile un'attività privata di diritto privato della p.a. quale categoria sostanzialmente autonoma dall'attività amministrativa di diritto privato, in considerazione del fatto che anche l'attività a carattere economico posta in essere dalla p.a. è preordinata a conseguire utilità da spendere nel perseguimento del pubblico interesse: trattasi, pertanto, di un'attività che – seppur indirettamente – è comunque volta a perseguire lo scopo istituzionale della p.a. e, quindi, rientra nell'ambito dell'attività sostanzialmente amministrativa.

<sup>59</sup> GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., p. 266.

<sup>60</sup> Cfr. TUFARELLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Cons. Stato*, 1975, II, p. 959; VELA A., *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass. civ., III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, p. 866.

rappresenta un'attività comunque funzionalizzata<sup>61</sup> – direttamente o indirettamente - al perseguimento dell' interesse pubblico, sicché l'amministrazione non perde la propria connotazione pubblicistica nemmeno in tale frazione privatistica del suo agire.

Ciò anche in considerazione del fatto che “*ciò che vale, dunque, per qualificare un ente come pubblico o come privato è la natura degli interessi che cura; per cui, una volta stabilita la natura pubblicistica degli interessi affidati alle amministrazioni pubbliche, la natura giuridica di esse è solo ed esclusivamente pubblica. Il fatto che le stesse operino in concreto anche con negozi di diritto privato non fa certamente perdere alle medesime la propria specifica natura giuridica di tipo pubblicistico, ma è un'evenienza che si colloca al di fuori della stessa qualificazione dell'ente, e che si atteggia come un fatto di utilizzazione degli strumenti negoziali predisposti dall'ordinamento per tutti i soggetti giuridici*”<sup>62</sup>: in altri e più semplici termini, non risulta sostenibile che le p.a. assumano la veste di soggetti di diritto comune in conseguenza dell'agire mediante moduli di diritto privato, essendo la loro attività sostanzialmente preordinata al perseguimento del fine pubblico.

In conclusione, secondo tale orientamento, un problema di assoggettabilità alla disciplina della responsabilità precontrattuale non si pone solamente per i contratti ad evidenza pubblica, ma anche per ogni altro tipo di contratto di diritto comune posto in essere dalla P.A., quale soggetto di diritto pubblico la cui attività – sempre di connotazione pubblicistica - è comunque funzionalizzata, immediatamente o mediatamente, al perseguimento dei pubblici interessi. Ne consegue che il problema della responsabilità precontrattuale della P.A. abbia ragion d'essere, e pertanto debba essere risolto, con riguardo ad entrambe le predette categorie di contratti. Ciò, peraltro, risulta confermato dal fatto che – come si vedrà ampiamente in seguito - le principali obiezioni prospettate da parte delle meno recenti dottrina e giurisprudenza contro l'ammissibilità della responsabilità per *culpa in contrahendo* della p.a. si fondano sulla natura pubblica del soggetto, sul correlativo esercizio in sede di trattative e formazione del contratto di un potere discrezionale, sull'insindacabilità da parte del g.o. dell'uso di tale potere e, infine, sull'esistenza di controlli in ordine all'attività contrattuale della p.a.: ad un'analisi *prima facie*, risulta evidente che tali obiezioni – che verranno in seguito confutate – sono astrattamente riferibili

---

<sup>61</sup> Parlano di “principio di funzionalizzazione” nell'ambito dell'attività *iure privatorum* della p.a. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 65; MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 164

<sup>62</sup> MELE E., *Autonomia negoziale della pubblica Amministrazione e Costituzione*, in *TAR.*, 1986, II, p. 251.



tanto ai contratti ad evidenza pubblica, quanto ad ogni altro contratto concluso dalla p.a. in esclusivo regime di diritto privato.

Per vero, l'adesione all'uno ovvero all'altro dei contrapposti orientamenti non è rilevante – se non in termini di estensione delle conclusioni che verranno di seguito prospettate – al fine di risolvere la questione che si impone ora di considerare, data la sua necessaria preminenza, relativa all'astratta ammissibilità della responsabilità precontrattuale della p.a..

Tuttavia, fin d'ora, si precisi che, anche laddove si intenda aderire al secondo dei prospettati orientamenti dottrinali – che estende la problematica della configurabilità della responsabilità precontrattuale ad ogni tipo di contratto concluso dalla p.a. – pare non contestabile che la particolarità strutturale dei contratti ad evidenza pubblica – in cui il contratto di diritto privato ha come presupposto un vero e proprio procedimento amministrativo (di scelta del contraente) – implichi problematiche giuridico – applicative del tutto peculiari in ordine alla configurabilità e all'applicabilità dell'istituto della responsabilità precontrattuale, problematiche che in tal sede si intendono affrontare anche sotto un profilo ricostruttivo.

### **3. Gli argomenti prospettati contro la configurabilità della responsabilità precontrattuale: la natura pubblica del soggetto e la discrezionalità amministrativa. Critica.**

Nonostante che una responsabilità di natura contrattuale della p.a. non sia mai stata messa in discussione, e nonostante il superamento – sin dai primi decenni del secolo scorso - del cd. “*dogma dell’immunità statale in materia di illecito civile*”<sup>63</sup>, parte della dottrina e della giurisprudenza meno recenti si sono attestate su posizioni negative circa la questione relativa all’applicabilità all’amministrazione della disciplina della responsabilità precontrattuale.

Più in particolare, contro l’ammissibilità di una *culpa in contrahendo* della p.a. vengono addotti diversi argomenti da parte della giurisprudenza e della dottrina meno recenti.

In primo luogo, si è sostenuto che la p.a., anche laddove opera utilizzando gli strumenti del diritto privato, conserva la propria natura pubblicistica dal momento che il suo agire è comunque preordinato – immediatamente o mediamente – al perseguimento del pubblico interesse cui istituzionalmente è preposta<sup>64</sup>. Correlativamente a tale posizione (pubblicistica), la p.a. – nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto – “*usa di un libero potere discrezionale*”<sup>65</sup>.

Come corollario di tali considerazioni, si deduce, inoltre, l’assenza in capo al privato di una posizione giuridica soggettiva qualificabile come diritto soggettivo, configurandosi, specularmente al preteso esercizio di un potere discrezionale, una mera aspettativa di fatto (alla conclusione del contratto) ovvero - secondo una diversa impostazione - una posizione di interesse legittimo, la cui lesione non può comunque condurre al risarcimento dei danni da illecito precontrattuale<sup>66</sup>.

Peraltro, la conservazione della natura pubblicistica e il carattere discrezionale del potere esercitato dalla p.a. in sede precontrattuale si traducono – sotto il profilo della tutela

---

<sup>63</sup> AA. VV., *Diritto amministrativo*, MAZZAROLLI - PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA (a cura di), I, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 895.

<sup>64</sup> Significativo in tal senso, MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, op. cit., p. 47: “*quando lo Stato usa del diritto privato a modo dei privati ciò fa senza pregiudizi della sua ragione politica e deve avvenire che l’ente pubblico si imponga sempre nella relazione civile e la modifichi fino a renderla compatibile con la qualità sempre pubblica dello Stato mai perduta*”.

Si rinvia a quanto rilevato in ordine alla teoria della bipartizione dell’attività amministrativa (Cantucci).

<sup>65</sup> Cass. civ., II, 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, quadr. I, p.1.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. 1912/1951 cit.; Trib. Trento 27 giugno 1947, in *Foro pad.*, 1947, I, p. 106; Cass. 20 aprile 1962, n. 792, in *Riv. giur. edil.*, 1962, I, p. 627.

giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione – in una limitazione dei poteri di cognizione del giudice ordinario, cui non è consentito sindacare la correttezza o meno del comportamento della p.a. nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, proprio in quanto essa esercita poteri discrezionali, come tali esclusivamente sindacabili da parte del giudice amministrativo<sup>67</sup>.

Rispetto a tali argomentazioni, preordinate ad escludere l'astratta configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a., la dottrina e la giurisprudenza hanno sollevato obiezioni di diversa consistenza.

Secondo autorevole dottrina<sup>68</sup>, seppure – in linea generale e di principio – la p.a. si pone su di un piano nettamente distinto da quello dei privati – in ragione della sua peculiarità soggettiva, strutturale e finalistica - ed è titolare di un potere discrezionale suscettivo di incidere unilateralmente sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati, ciò non significa che tale posizione e tale potere permangano immutati anche quando l'amministrazione operi nell'ambito dell'attività posta in essere *iure privatorum*. Più in particolare, nell'ambito delle relazioni precontrattuali instaurate con il privato<sup>69</sup>, l'amministrazione non usa poteri

---

<sup>67</sup> Tale indirizzo era sostenuto dalla maggioritaria giurisprudenza, sia di merito che di legittimità (Trib. Verbania 28 gennaio 1953, in *Foro it.*, 1954, I, p. 884, annotata; Trib. Cagliari 3 maggio 1958, in *Foro it.*, Rep. 1958, voce *Amm. St.*, n. 144; Cass. civ., II, 13 luglio 1960, in *Foro it.*, Rep. 1960, voce *Amm. St.*, n. 167). In dottrina, cfr. per tutti SAITTA N., *Note intorno ai controlli sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giur. sic.*, 1958, p. 293 e ss..

Particolarmente equivoco Trib. Napoli, 27 gennaio 1950, in *Foro it.*, Rep. 1950, voce *Amministrazione dello Stato*, n. 99: “*Ove non si lamenti la violazione di una precisa norma di legge, deve ritenersi inammissibile nei confronti di una pubblica amministrazione una domanda di risarcimento per culpa in contrahendo, non essendo consentito al giudice ordinario sindacare se l'ente pubblico si sia o meno comportato, durante la fase delle trattative, secondo correttezza*”. In particolare, si rilevi l'incipit della massima “*ove non si lamenti la violazione di una precisa norma di legge*”, affermazione cui è quasi spontaneo obiettare che anche gli artt. 1337 e 1338 c.c. costituiscono “*precise norme di legge*”. Particolare la posizione di ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit.: l'A. ribadisce l'inammissibilità del sindacato del g.o. in ordine alla condotta posta in essere dalla p.a. nella fase precontrattuale “*in quanto è evidente che, per accertare l'esistenza di una culpa in contrahendo (...) il giudice dovrebbe sindacare la correttezza o meno del comportamento dell'Amministrazione, vale a dire dovrebbe sindacare se l'organo amministrativo che ha condotto le trattative si sia condotto o meno da corretto amministratore: sindacato ovviamente inammissibile da parte del giudice ordinario, involgendo esso l'esame di questioni amministrative*”(p. 146), giungendo così ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a.. Diversamente, lo stesso A. ammette tale responsabilità nelle ipotesi di mancata approvazione o di successivo annullamento del contratto per vizi di legittimità, perché l'Amministrazione, stipulando il contratto, ha fatto sorgere nel privato il ragionevole affidamento sulla legittimità dello stesso, cosicché dalla lesione di tale affidamento discenderebbe la responsabilità da illecito precontrattuale della p.a.. Inoltre in caso di annullamento o di mancata approvazione del contratto, è inefficace l'argomento secondo cui il g.o. dovrebbe sindacare se l'organo amministrativo si sia condotto da corretto amministratore, dato che in tale ipotesi non è necessario un sindacato da parte del giudice: infatti, secondo l'A., il sindacato è già stato svolto, e con esito negativo, dall'autorità amministrativa che ha annullato o che non ha approvato il contratto.

<sup>68</sup> Cfr. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., p. 270.

<sup>69</sup> Si ritiene opportuno precisare che, secondo maggioritaria dottrina e giurisprudenza, con riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, la fase precontrattuale rilevante ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. è quella compresa tra il provvedimento di aggiudicazione definitiva e l'approvazione del contratto (cd. fase privatistica). Nel presente capitolo, ove si cercherà di confutare gli argomenti contrari all'astratta configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a., si parte da tale concezione, prescindendo dalle problematiche – che verranno affrontate nel cap. successivo, anche

discrezionali ma autonomia privata, presentandosi in tal sede non come amministrazione - autorità ma come amministrazione - parte di rapporti intersoggettivi<sup>70</sup>.

Da tali considerazioni di carattere sostanziale, si desume – sotto il profilo processuale – l’inconsistenza dell’argomento dell’inammissibilità del sindacato del g.o. sull’esercizio del potere discrezionale esercitato dall’amministrazione in sede di trattative e formazione del contratto, ossia sarebbe inibito al g.o. – ex art. 4 della L. 2248/1865, all. E - conoscere se l’organo amministrativo si sia condotto da “corretto amministratore”. Infatti, proprio in considerazione del fatto che la p.a., quando tratta con il privato, opera in qualità di amministrazione – parte ed usa di autonomia privata (e non già di poteri discrezionali), si ritiene che alla cognizione del g.o. non è demandato di valutare se la p.a. si sia condotta da “corretto amministratore”, bensì se si sia comportata da “corretto contraente”; non di accertare se l’amministrazione abbia congruamente apprezzato il pubblico interesse, ma se nel comportamento successivo o comunque afferente a tale apprezzamento si sia condotta conformemente ai principi di buona fede oggettiva e di correttezza di cui all’art. 1337 c.c.<sup>71</sup>, quali principi generali dell’ordinamento giuridico<sup>72</sup> cui è soggetta anche l’amministrazione – parte nell’esercizio dell’attività *iure privatorum*<sup>73</sup>.

---

sotto il profilo ricostruttivo – in ordine all’ammissibilità di una responsabilità precontrattuale nella cd. fase pubblicistica dell’evidenza pubblica.

<sup>70</sup> Cfr. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, op. cit., p. 293.

Significativo GIRORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 414: nell’esercizio dell’attività contrattualistica, la p.a. abbandona la sua posizione di supremazia ed assume quella paritaria, propria dei rapporti privatistici, dato che la speciale regolamentazione pubblicistica non impedisce l’applicazione del diritto privato quale diritto generale.

<sup>71</sup> Cfr. NIGRO M., *L’Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Cass. civ., II, 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, p. 462. In tal senso cfr. Cass. civ., II, 23 maggio 1980, n. 3410, in *Cd Juris data 2009*, secondo cui “nell’indagine da parte del g.o. [circa il rispetto da parte della p.a. dei principi di buona fede oggettiva e di correttezza in sede precontrattuale] non vi è nessuna necessità di ingerenza (...) nella valutazione discrezionale della p.a. circa le garanzie imposte a tutela dei preminenti interessi pubblici inerenti al vero e proprio momento formativo degli atti negoziali dell’amministrazione medesima. In detta indagine, infatti, il giudice non ha il compito di accertare se la p.a., in relazione ai suoi fini istituzionali, si sia comportata da corretto amministratore ed abbia convenientemente apprezzato il pubblico interesse, bensì soltanto di esaminare se essa abbia o meno violato i doveri primari di lealtà”.

<sup>72</sup> Id., p. 462. Che i principi di buona fede oggettiva e correttezza ex art. 1337 c.c. abbiano la natura di principi generali dell’ordinamento giuridico è assunto consolidato in dottrina: cfr. ANELLI F., nota a Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 167; PONTI L., *Il dovere di buona fede e la responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e previdenza*, 1975, p. 214; TUFARELLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 962; NIGRO, *L’Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni*, op. cit., p. 462; GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, op. cit., p. 287; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 93; VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 861 – 862; BIGLIAZZI GERI L., “*Culpa in contrahendo*”, *pubblica Amministrazione e terzi*, op. cit., p. 1167.

<sup>73</sup> Cfr. Cass. civ., I, 19 ottobre 1972, n. 3129, in *Giur. it.*, 1974, I, pp. 1426, secondo cui “In sede di valutazione dei presupposti della responsabilità della Pubblica Amministrazione il giudice non ha il compito di accertare se l’Amministrazione, in relazione ai suoi fini istituzionali, si sia comportata da corretto amministratore ed abbia convenientemente apprezzato il pubblico interesse, bensì soltanto di esaminare se essa abbia o meno violato i doveri

In tal senso, peraltro, si pone l'interpretazione estensiva sostenuta dalla maggioritaria dottrina<sup>74</sup>, secondo cui il termine “*parti*” di cui all'art. 1337 c.c. è stato utilizzato dal legislatore in senso generico, senza distinzione né specificazione alcuna: pertanto, giusta la regola interpretativa di cui all'art. 12, co. 1, delle preleggi<sup>75</sup>, è tenuto ad agire secondo buona fede oggettiva qualunque soggetto di diritti, si tratti di persona fisica o giuridica, privata o pubblica. Da ciò ne deriva che, in mancanza di un'esplicita disposizione normativa derogatoria della suddetta regola generale, a nessuna persona fisica o giuridica – privata o pubblica – è consentito violare o eludere l'obbligo di comportarsi conformemente al precetto di buona fede oggettiva nella fase delle trattative e delle formazione del contratto. Peraltro, una qualsiasi eccezione a favore dell'amministrazione si pone in contrasto, da un lato, con il combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113 Cost., che garantiscono la pienezza della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, oltre che degli interessi legittimi, anche dei diritti, tutela giurisdizionale che “*non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*”; dall'altro con i principi di uguaglianza e parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., dato che all'amministrazione - contraente verrebbe riservato un trattamento più favorevole rispetto a quello concernente le altre parti contraenti (private)<sup>76</sup>. Per vero, secondo la medesima dottrina, trattandosi di pubblica amministrazione, non dovrebbe essere nemmeno necessaria una disposizione normativa che imponga ad essa di agire conformemente al canone della buona fede (oggettiva), ciò dovendo essere connaturale ad una persona giuridica di diritto pubblico. Da tali considerazioni, peraltro, parte della dottrina<sup>77</sup> trae argomento per sostenere che, non solo è ammissibile la responsabilità precontrattuale della p.a. non sussistendo ragione per discriminare la posizione dell'Amministrazione – contraente da quella di un qualsiasi privato, ma anche la più immediata ed agevole insorgenza di un legittimo affidamento quando il privato ha come

---

*primari di lealtà, coerenza e diligente correttezza. Nel corso delle trattative per la stipulazione di un negozio di diritto privato, l'Amministrazione, attraverso i suoi organi, viene a porsi sullo stesso piano della controparte, ed alla pari di questa non può sottrarsi all'osservanza delle regole di buona fede, regole la cui puntuale applicazione da parte della Pubblica Amministrazione può ritenersi non incompatibile con i principi generali di diritto pubblico”.*

<sup>74</sup> Cfr. STOLFI, *Sulla colpa “in contrahendo” dell'Amministrazione pubblica*, op. cit., pp. 25 - 27.

<sup>75</sup> Ai sensi del co. 1 dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”.

<sup>76</sup> Cfr. MELIDORO M., *Alcuni particolari aspetti pubblici e privati nella contrattazione amministrativa*, in TAR, 1984, p. 134.

<sup>77</sup> CASELLA M., *Ancora sulla responsabilità in contrahendo della pubblica Amministrazione*, in *Temi gen.*, 1965, p. 426; PONTI, *Il dovere di buona fede e la responsabilità della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 217.

controparte nelle trattative la pubblica amministrazione che, in quanto tale, è legittimo e ragionevole presumere che operi con l'ordinaria lealtà.

In conclusione, si è pervenuti ad affermare l'assoggettamento della p.a. alla disciplina in materia di illecito precontrattuale sotto un duplice profilo.

In primo luogo, sotto il profilo sostanziale, argomentando dall'attribuzione al precetto di cui all'art. 1337 c.c. del ruolo di principio generale dell'ordinamento giuridico, suscettivo di applicazione generalizzata a tutti i soggetti contraenti, anche se di natura pubblica.

In secondo luogo, sotto il profilo processuale, prospettando una distinzione tra valutazione sul corretto esercizio delle funzioni pubbliche, rimessa al g.a., e cognizione dell'incidenza dello stesso esercizio del potere discrezionale sul rapporto precontrattuale instaurato con il privato, sindacato quest'ultimo devoluto al giudice ordinario. Si è operata, in altri termini, una separazione concettuale tra le operazioni giurisdizionali cognitive volte al sindacato della condotta dell'ente rispettivamente come illegittimo esercizio di poteri discrezionali, da un lato, e come comportamento costituente - sul piano privatistico - illecito precontrattuale, dall'altro.

Tale separazione concettuale è stata pienamente recepita dalla giurisprudenza<sup>78</sup>, secondo il cui orientamento maggioritario all'indagine volta ad accertare la *culpa in contrahendo* della p.a. è estranea una valutazione dell'atto (amministrativo) sotto il profilo del corretto esercizio dei poteri discrezionali, attenendo, piuttosto, alla cognizione dell'incidenza dell'esercizio di tale potere sull'affidamento ingenerato nel privato, risolvendosi il giudizio in un accertamento della violazione delle regole di buona fede oggettiva.

In altri e più semplici termini, si afferma la “*piena sindacabilità da parte del giudice ordinario del comportamento della pubblica Amministrazione (...) sub specie bonae fidei e, quindi, dell'ammissibilità di una pronuncia di responsabilità della pubblica Amministrazione per culpa in contrahendo*”<sup>79</sup>.

Ciò, anche se la peculiare natura giuridica dell'amministrazione può incidere sul regime giuridico dell'attività posta in essere dall'ente *iure privatorum*, nel senso che la disciplina civilistica risulta integrata da norme speciali - da interpretarsi restrittivamente, in

---

<sup>78</sup> Cfr., per tutti, Cass. civ., SS. UU., 1675/61 cit..

<sup>79</sup> BIGLIAZZI GERI, “*Culpa in contrahendo*”, *pubblica Amministrazione e terzi*, op. cit., p. 1168.

conformità a quanto dispone l'art. 14 delle preleggi<sup>80</sup> - dettate allo scopo di porre il soggetto pubblico nelle condizioni di agire adeguatamente per la realizzazione dei propri fini istituzionali anche quando tratta su un piano di parità giuridica con il privato<sup>81</sup>. Secondo autorevole dottrina, infatti, *“La scelta del mezzo privatistico non fa di certo venir meno la particolare qualità di essa Amministrazione, ma restringe il vigore della disciplina pubblicistica a quei profili che con tale particolare qualità sono strettamente e necessariamente connessi. Al di fuori di questi, il contraente privato ha ragione di attendersi che l'Amministrazione si comporti come il diritto dei privati, che essa ha scelto, esige”*<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Come noto, l'art. 14 delle preleggi al codice civile, rubricato *“Applicazione delle leggi penali ed eccezionali”* dispone che *“Le leggi penali e quelle che fanno eccezioni a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”*.

Si veda, significativamente, VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., secondo cui *“occorre considerare che la capacità di diritto privato dell'amministrazione, proprio per la caratteristica indeterminatezza della capacità giuridica, non differisce da quella di ogni altro soggetto, tranne che per quegli aspetti peculiari alla natura pubblica dell'amministrazione stessa. Nella specie, non si vede quale sia la norma o il principio che possa esonerare l'ente pubblico dalla disposizione dell'art. 1337 c.c.. Oggi non può certo ritenersi concepibile che un ente pubblico, istituzionalmente volto alla realizzazione di generali interessi, attui attraverso i propri funzionari un comportamento doloso o comunque lesivo degli altrui diritti.”* (p. 861 – 862).

In tal senso cfr. anche COLETTI G., *Attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato*, nota a Cass. civ., II, 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, p. 6.

<sup>81</sup> Riconosciuta alla p.a., accanto alla capacità di diritto pubblico, una generale capacità di diritto privato (cfr. art. 11 c.c. ai sensi del quale *“Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”*), disposizione da cui deriva la possibilità della p.a. di essere parte in rapporti giuridici di diritto civile), è da precisare che l'amministrazione, anche quando utilizza gli strumenti di diritto privato, conserva la propria personalità giuridica di diritto pubblico, non corrispondendo alla duplicità di capacità una duplicità di personalità pubblico (cfr. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, op. cit., pp. 14 – 16; CAMMEO F., *I contratti della pubblica amministrazione*, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1954, pp. 18 - 20). In considerazione di ciò, ossia della peculiarità soggettiva della p.a., anche quando essa è parte di rapporti disciplinati dal diritto privato vi è un'ingerenza del diritto, di quel *corpus* normativo definito, da parte della dottrina, *“diritto privato speciale”* o *“singolare”*.

Per una disamina del fenomeno giuridico di progressivo riconoscimento di una generale capacità di diritto privato della p.a. quale persona giuridica e quindi soggetto di diritto cfr. FALZEA A., voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, V I, pp. 8 - 47; GALGANO F., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1966, p. 279; GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, CERULLI IRELLI (a cura di), Jovene, Napoli, 2006; CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003.

<sup>82</sup> NIGRO M., *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Cass. civ., 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, p. 463.

Ampiamente DI PAOLA O., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *TAR*, 1982, II, p. 446, secondo cui *“ogni prerogativa in virtù della quale l'amministrazione può esentarsi dall'adempimento di obblighi o dall'osservanza di doveri imposti da norme che disciplinano i rapporti tra privati, oppure può usufruire di poteri non anche a questi attribuiti, deve trovare titolo e fondamento in norme pubbliche. Ora, non si vede nell'ordinamento la minima traccia di norme in virtù delle quali l'Amministrazione potrebbe liberamente sottrarsi all'obbligo della buona fede nell'espletamento delle trattative e nella formazione del contratto. E la discrezionalità di cui gode l'Amministrazione durante tale attività non implica anche il potere di incidere negativamente nella sfera patrimoniale del terzo contraente, tenendo nei suoi confronti, se pur in considerazione del pubblico interesse, un comportamento in mala fede che gli è causa di danno. Qualsiasi norma che tale potere attribuisca all'Amministrazione sarebbe contraria alla buona fede quale affermato principio di costituzione materiale”*.

#### 4. (Segue): la disciplina dei controlli sull'attività dell'amministrazione. Critica.

Un altro argomento, addotto dalle meno recenti dottrina e giurisprudenza contro l'astratta configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, si fonda sulla disciplina normativa dei controlli esercitati sull'attività contrattuale della p.a..

Più in particolare, la problematica dei controlli viene inserita in due modi.

In primo luogo, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, si ritiene che la stessa previsione di controlli sull'attività *iure privatorum* della p.a. esclude la possibilità di comportamenti illeciti dell'amministrazione nella fase antecedente all'esecuzione del contratto.

Anche tale argomentazione è confutata da autorevole dottrina<sup>83</sup>, secondo cui la previsione dei controlli sull'attività contrattualistica della p.a. non esclude l'astratta ammissibilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione stessa *“perché il controllo o si esercita su provvedimenti amministrativi della fase preliminare di deliberazione del contratto e allora non può contemplare alcun illecito precontrattuale perché la negoziazione con la parte privata non è neppur ancor giuridicamente iniziata; o si esercita sul contratto concluso, e allora ugualmente gli sfugge l'illecito precontrattuale perché questo non si materializza nell'atto contrattuale ma in fatti di cui chi controlla l'atto non può essere a conoscenza, a meno che non ne abbia scienza privata”*<sup>84</sup>. In altri e più semplici termini, la disciplina dei controlli amministrativi è giuridicamente indifferente rispetto alla sussistenza della responsabilità per *culpa in contrahendo*, essendo quest'ultima determinata da fatti sui quali il controllo non può essere esercitato o comunque da circostanze alle quali il controllo medesimo non è indirizzato.

Inoltre, proprio sulla base di tali considerazioni, la dottrina e la giurisprudenza sono unanimi nel rilevare che l'atto di controllo ad esito positivo non ha valore di accertamento preclusivo in ordine all'opportunità, alla legittimità e alla liceità dell'atto controllato, con la conseguenza che al giudice non è inibito il sindacato sull'atto medesimo e sui fatti ad esso afferenti: segnatamente, per quanto rileva in tal sede, l'esito positivo del controllo non

---

<sup>83</sup> Cfr. TUFARELLI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 961 – 962; GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., pp. 267 – 268;

<sup>84</sup> Id., p. 267. Nel medesimo senso, cfr. anche SANTUCCI L., *Considerazioni in tema di “culpa in contrahendo” della Pubblica Amministrazione*, nota a Cass. civ., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1964, I, p. 905.



esclude la cognizione del g.o. in ordine al comportamento illecito posto in essere dall'amministrazione – contraente in sede di trattative e formazione del contratto, in ordine cioè all'illecito precontrattuale in cui sia occorsa la p.a.<sup>85</sup>. Tale consolidato orientamento, peraltro, trova fondamento costituzionale nel combinato disposto degli artt. 24, co.1, e 113, i quali, come noto, garantiscono il diritto di azione nei confronti dell'attività illegittima e illecita posta in essere dalla p.a., tutela giurisdizionale che non può essere preclusa (*recte*: “*esclusa*”, secondo la dizione di cui al co. 2 dell'art. 113) dalla disciplina dei controlli (come, contrariamente, presuppongono i sostenitori dell'argomentazione in tal sede confutata).

In secondo luogo, secondo la giurisprudenza meno recente, una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione non è concepibile fino all'approvazione del contratto, quale esito positivo del controllo esercitato dall'autorità tutoria. Infatti, fino al momento dell'approvazione, che ha natura giuridica di *condicio iuris*<sup>86</sup> dell'efficacia del contratto stipulato dalla p.a., quest'ultimo è vincolante solamente per il privato, non per l'amministrazione (cd. “teoria del contratto claudicante”), la quale – peraltro - finché il contratto non sia approvato usa di un libero potere discrezionale<sup>87</sup>. Da ciò, ne derivano due ordini di conseguenze: in primo luogo, non è configurabile in capo al privato un diritto soggettivo, la cui lesione costituisce l'unica fonte di responsabilità (precontrattuale); in secondo luogo, il privato non è titolare di un diritto di pretendere che la p.a. ponga in essere l'attività diretta ad ottenere l'approvazione del contratto.

---

<sup>85</sup> Si ricordi quanto rilevato sub par. I.1 circa la configurabilità della responsabilità precontrattuale anche nelle ipotesi in cui sia stato concluso un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole.

<sup>86</sup> Per il concetto di *condicio iuris*, si rinvia alla nota definizione dello SCIALOJA, secondo cui in essa vanno compresi “*tutti quei presupposti stabiliti espressamente o tacitamente dalla legge per l'efficacia del negozio e che possono dalla legge essere modificati o soppressi senza che per ciò lo schema del negozio ne rimanga alterato*” (così SCIALOJA A., *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1927, I, p. 13).

Più in particolare, l'approvazione del contratto da parte dell'autorità tutoria costituisce l'atto che segna la fine della sospensione dell'efficacia del contratto stesso, avendo essa valore di accertamento della compatibilità del negozio con il pubblico interesse.

<sup>87</sup> Cfr. *ex multis* Cass., SS. UU., 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1951, III, p. 1:

“[l'amministrazione] nel determinarsi a contrattare con i privati usa di un libero potere discrezionale e finché il contratto non sia approvato nei modi di legge dagli organi pubblici competenti, può sempre annullare ogni trattativa, pur quando il privato abbia prestato il suo consenso e si sia già obbligato verso di essa”; Cass. civ., II, 18 giugno 1953, n. 1884, in *Foro it.*, 1954, I, p. 880: “*la pubblica Amministrazione non assume obbligazioni se non nei modi e nelle forme volute dalla legge; cosicché il privato, che con essa contratta, deve sapere che non può accampare diritti se non in quanto e dopo che in quei modi ed in quelle forme si sia concretato un rapporto contrattuale . Onde si è affermato che non è concepibile la culpa in contrahendo della P.A., e la mancata conclusione di trattative non può mai far sorgere alcuna responsabilità dell'Amministrazione, in quanto ella resta obbligata solamente in dipendenza di un contratto perfetto*”.

Peraltro, tale principio, secondo cui, prima che intervenga l'approvazione del contratto, la p.a. non può ritenersi vincolata al regolamento contrattuale ed è – conseguentemente – da escludersi l'insorgenza di una posizione di diritto soggettivo a favore del privato contraente, si applica anche quando il contratto stesso abbia avuto un principio di esecuzione; contrariamente argomentando, infatti, l'approvazione troverebbe un surrogato nell'esecuzione del contratto, con ciò snaturando ed eludendo la funzione del controllo tutorio<sup>88</sup>.

Al fine di superare tali consolidati principi – mediante i quali “*attraverso una distorta applicazione del principio della discrezionalità amministrativa, viene privilegiata la natura pubblica dell'ente rispetto alla posizione del contraente privato*”<sup>89</sup> - parte della giurisprudenza<sup>90</sup>, ha sostenuto l'applicabilità in materia dell'art. 1359 c.c.<sup>91</sup>: nel caso in cui l'amministrazione avesse provocato – con la propria condotta dolosa o colposa – la disapprovazione del contratto (cd. “disapprovazione sollecitata”), la condizione legale rappresentata dalla formale approvazione si sarebbe dovuta ritenere avverata e il contratto efficace (anche nei confronti del soggetto pubblico).

Tale soluzione ricostruttiva, in senso garantistico, della posizione del privato contraente, è stata opposta dalla maggioritaria giurisprudenza e dottrina<sup>92</sup>, secondo cui, l'operatività dell'istituto della finzione di avveramento *ex art. 1359 c.c.*, presuppone che la condizione abbia natura volontaria, che si tratti, cioè, di condizione propria apposta al negozio per volontà delle parti; diversamente, poiché la *condicio iuris* è apposta al negozio per volontà della legge e – pertanto – risponde ad esigenze dell'ordinamento giuridico, non è surrogabile da equipollenti né può considerarsi avverata mediante una *fictio*, non potendo una finzione sostituirsi all'avveramento che la legge pone come condizione necessaria ed inderogabile affinché il negozio possa avere efficacia ed attuazione<sup>93</sup>. Ciò, tuttavia, non

---

<sup>88</sup> Cfr. Cass. Civ., III, 31 luglio 1955, n. 2482, in *Foro it.*, Rep. 1955, voce *Amm. St.*, n. 164.

<sup>89</sup> LIUZZO E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 32.

<sup>90</sup> Cfr. Cass. civ., I, 8 marzo 1951, n. 568, in *Foro it.*, 1952, I, p. 408.

<sup>91</sup> Come noto, l'art. 1359 c.c., rubricato “*Avveramento della condizione*”, dispone che “*La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa*”. Per un'esauritiva disamina dell'istituto v. BIANCA, *Diritto civile*, III, op.cit., pp. 554 – 557.

<sup>92</sup> Cfr. *ex multiis* App. Roma, 11 gennaio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, p. 961, con nota adesiva di ROSSANO M., *I controlli preventivi sull'attività contrattuale degli enti pubblici e i diritti subiettivi dei privati*; Cass. civ., II, 30 aprile 1953, n. 1220, in *Giur. Cass. civ.*, 1953, VI, p. 754, con nota di SPAGNULO VIGORITA V., *L'approvazione implicita e le condizioni improprie*; Cass. civ., SS. UU., 14 luglio 1953, n. 1736, in *Giur. it.*, 1955, I, p. 583, annotata adesivamente da ROMANO A., “*Condicio iuris*” e approvazione tutoria nei contratti della pubblica amministrazione.

<sup>93</sup> Secondo autorevole dottrina (BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Giuffrè, Milano, 1937, pp. 67 – 83), infatti, tra condizione volontaria e *condicio iuris* sussiste una netta distinzione, essendo la prima stabilita dalla

preclude di sostenere che l'attività posta in essere (o omessa) – dolosamente o colposamente - dalla p.a. e che abbia determinato il mancato avveramento della condizione legale *de qua* possa comunque rilevare in termini di responsabilità dell'amministrazione: in altri termini, l'inapplicabilità dell'art. 1359 c.c. non esclude che la p.a. possa essere tenuta a risarcire i danni derivanti al privato dalla mancata approvazione del contratto.

In particolare, secondo tale orientamento<sup>94</sup>, nelle ipotesi di specie il risarcimento del danno trova fondamento nell'art. 1358 c.c.<sup>95</sup>, che impone alle parti di comportarsi secondo il principio di buona fede oggettiva durante lo stato di pendenza della condizione.

Tale conclusione, per quanto più specificamente rileva in tal sede, finisce, però, per escludere che nel caso di specie sia configurabile una *culpa in contrahendo* della p.a., dato che l'art. 1358 c.c. - seppur rinvia al principio di buona fede oggettiva - non costituisce un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, presupponendo un contratto valido e perfetto.

Tale orientamento giurisprudenziale non ci pare, tuttavia, cogliere nel segno nella parte in cui si afferma che la sanzione del risarcimento del danno trova fondamento nel disposto di cui all'art. 1358 c.c.. Infatti, autorevole dottrina<sup>96</sup> rileva che o si ammette che la disciplina della condizione volontaria si applica anche alle *condiciones iuris*, e allora quella disciplina deve essere integralmente applicata anche a queste ultime, ivi compreso l'art. 1359 c.c.; ovvero lo si nega, ma tale negazione vale sia per l'art. 1359 c.c., sia per l'art. 1358 c.c..

---

volontà delle parti, l'altra dalla volontà della legge; mentre la condizione volontaria attiene alla "zona del fatto", la *condicio iuris* attiene alla "zona della norma" costituendo "un elemento strutturale e costitutivo di quella che può rappresentarsi come la (...) intera fattispecie normativa per la produzione di dati effetti" (p. 77). Da ciò ne deriva l'impossibilità, da un lato di prospettare una categoria unitaria di condizione di cui quella volontaria e quella legale costituiscano *species* (del medesimo *genus*), dall'altro, e conseguentemente, di ritenere che elementi ed istituti propri della condizione volontaria – più specificamente, per quanto rileva in tal sede, l'istituto della finzione di avveramento di cui all'art. 1358 c.c. - siano mutuabili alla *condicio iuris*.

Contrariamente, secondo un diverso orientamento dottrinale (FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, pp. 94 – 130), è prospettabile una categoria unitaria cui sono ascrivibili sia la condizione volontaria che la *condicio iuris*, assimilabili sotto un profilo.

Sotto il profilo funzionale, sia la condizione volontaria che quella legale sono entrambe preordinate alla tutela di un sistema di interessi estraneo all'atto, anche se, più in particolare, mentre nella condizione volontaria tale interesse fa capo allo stesso soggetto parte del negozio, nella *condicio iuris* esso ha carattere pubblico e quindi preminente.

Sotto il profilo strutturale, sia la condizione volontaria che quella legale hanno ad oggetto un evento – futuro ed incerto - qualificato dall'ordinamento come "concausa dell'efficacia", anche se, segnatamente, nel primo caso si tratta di un elemento accidentale volontario mentre nel secondo caso di un elemento normativo.

<sup>94</sup> Significativa Cass. civ., I, 9 gennaio 1961, n. 21 in *Foro it.*, 1961, I, pp. 451 – 464.

<sup>95</sup> Come noto, disciplinando il comportamento delle parti nello stato di pendenza di una condizione (sospensiva o risolutiva), l'art. 1358 c.c. dispone che "Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte".

<sup>96</sup> NIGRO, *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, op. cit., p. 460.

Invero, secondo parte della giurisprudenza<sup>97</sup> e della dottrina<sup>98</sup>, posto che l'esercizio da parte dell'amministrazione dell'attività preordinata ad ottenere l'atto di controllo attiene – segnatamente - alla fase precontrattuale (in quanto senza l'intervenuta approvazione non può dirsi che nei confronti della p.a. il procedimento contrattuale si sia concluso, in virtù della citata teoria del contratto claudicante), la sottoposizione del contratto al controllo da parte dell'autorità tutoria ha natura giuridica di atto dovuto, in quanto espressamente previsto dalla legge: ne deriva che qualsiasi condotta che violi la disciplina normativa dei controlli, ivi compresa l'attività maliziosamente preordinata a provocare la disapprovazione, integra la lesione di un diritto soggettivo, in quanto tale meritevole di tutela risarcitoria.

Ne consegue che competente a conoscere di tale lesione è il giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi, il quale può conoscere della condotta posta in essere dall'amministrazione nelle more del periodo che intercorre tra la stipulazione del contratto e l'atto di controllo e, quindi, condannare il soggetto pubblico al risarcimento dei danni a titolo di illecito precontrattuale.

Peraltro, autorevole dottrina<sup>99</sup> perviene al medesimo risultato (di riconoscere una responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. nei casi di disapprovazione sollecitata) attraverso un diverso *iter* argomentativo.

Secondo tale orientamento l'art. 1359 c.c. si applica, non solo alle condizioni volontarie, ma anche alle *condiciones iuris*, essendo, da un lato irrilevante la circostanza che mentre le prime hanno una fonte volontaria le seconde hanno fonte legale; dall'altro determinante la *ratio* sottesa all'istituto della finzione di avveramento, consistente nella tutela della buona fede oggettiva quale principio generalmente applicabile (a tutti i meccanismi condizionali). Nel caso della disapprovazione sollecitata, pertanto, l'art. 1359 c.c. non trova applicazione, non perché esso non concerne le condizioni legali, ma per la particolare natura della *condicio iuris* che ricorre nell'ipotesi in esame, trattandosi di un atto formale di approvazione, manifestazione di un potere amministrativo. Ne consegue che, dinanzi a tale potere amministrativo, il privato contraente non è titolare di un “*diritto (...) alla vigenza del contratto*”<sup>100</sup>, bensì di un interesse legittimo che – in quanto tale - non ammette l'operatività

---

<sup>97</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 464 – 469.

<sup>98</sup> COLETTI G., *Appunti in materia di efficacia dei contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica Amministrazione*, nota a Cass. civ., 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, p. 456.

<sup>99</sup> GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., pp. 288 – 291.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 290.

della *fictio* di cui all'art. 1359 c.c.; ciò non esclude, tuttavia, che il privato possa agire contro l'amministrazione contraente (che ha provocato la disapprovazione con la propria condotta dolosa o colposa) al fine di ottenere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale (ove ne sussistano gli elementi costitutivi soggettivi ed oggettivi), per la lesione del proprio diritto (soggettivo) a che la controparte contrattuale si conduca conformemente ai canoni di correttezza e buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.*

A tali orientamenti ricostruttivi è stato obiettato, da parte di autorevole dottrina<sup>101</sup>, che le norme disciplinanti il procedimento di controllo e l'attività che deve essere esercitata dall'amministrazione contraente hanno la natura giuridica di norme di azione, correlativamente alle quali sono configurabili in capo ai soggetti privati, non diritti soggettivi, bensì interessi legittimi. Conseguentemente, nel caso in cui ci si riferisca all'attività espletata nell'ambito del procedimento di controllo in quanto tale, il privato contraente che lamenti la lesione della propria posizione giuridica soggettiva deve invocare il sindacato del giudice amministrativo sull'attività posta in essere (o omessa) da parte dell'amministrazione, in violazione delle norme di azione che disciplinano il procedimento di controllo; ciò al fine di ottenere l'annullamento dell'atto e l'eventuale risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

Secondo tale orientamento dottrinale, al medesimo risultato si può pervenire direttamente, e senza involgere anche problematiche attinenti alla cd. pregiudiziale amministrativa, mediante l'applicazione dell'art. 1337 c.c. al procedimento di controllo, considerato non in sé stesso ed isolatamente ma come un momento (negoziale) dell'intera attività di formazione del contratto.

---

<sup>101</sup> NIGRO, *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni*, op. cit., p. 461 – 463.

## **5. L'applicabilità dell'art. 1338 c.c.: concorso di colpa del danneggiato e concezione dialogico – relazionale della colpa.**

Confutati i principali argomenti prospettati dalla meno recente dottrina e da parte della giurisprudenza al fine di escludere l'astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., si impone ora di considerare – più specificamente – l'applicabilità dell'art. 1338 c.c. anche ai contratti in cui sia parte un'amministrazione.

Più in particolare, occorre considerare se sia tutelabile *ex art. 1338 c.c.* la posizione giuridica del soggetto che abbia stipulato un contratto successivamente “caducato” a causa dell'annullamento del presupposto provvedimento di aggiudicazione, ovvero a causa di una patologia di cui sia affetto il contratto stesso.

Con riferimento ad entrambe le ipotesi soccorrono la dottrina e la giurisprudenza civile che, come già rilevato<sup>102</sup>, escludono – in relazione alle circostanze del caso concreto - la tutelabilità della colpevole convinzione del soggetto in ordine alla validità di un contratto invece affetto da vizi riconoscibili da un contraente il cui grado diligenza è parametrato alla fattispecie concreta (qualora si tratti di soggetto professionalmente qualificato, come accade nella maggior parte delle ipotesi di stipulazione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di escludere la colpevolezza dell'affidamento è richiesta la cd. “diligenza rafforzata” ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.<sup>103</sup>).

Ne consegue che la conoscenza o la conoscibilità – da valutarsi, lo si ripete, in relazione alla singola fattispecie - del vizio della procedura pubblicistica ovvero del contratto stesso da parte del privato esclude che in capo a quest'ultimo sia configurabile una posizione di affidamento tutelabile *ex art. 1338 c.c.*, la cui applicazione, infatti, è espressamente subordinata alla circostanza che il soggetto danneggiato abbia “*confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*”.

Per converso, qualora il vizio di cui la procedura pubblicistica o il contratto siano affetti non sia conosciuto né conoscibile con la richiesta diligenza da parte del soggetto privato, quest'ultimo può agire in giudizio al fine di ottenere il risarcimento del danno subito, nei limiti dell'interesse negativo, a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti del

---

<sup>102</sup> Cfr. cap. I, par. 1.

<sup>103</sup> Ai sensi dell'art. 1176, co. 2 cit. “*Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*”.

soggetto pubblico che “*conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa d’invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte*”.

Ad avviso di chi scrive, tale disposizione – più in generale - assume peculiare rilevanza in seno al giudizio di responsabilità della p.a. (a titolo di illecito precontrattuale), nel cui ambito sono attratte (anche) le questioni relative all’eventuale concorso di colpa del privato danneggiato in ossequio a quanto prescrive l’art. 1227 c.c., la cui applicazione è estesa alla disciplina dell’illecito in virtù del rinvio operato dall’art. 2056 c.c.: in altri termini, si ritiene che, al fine di comprendere la portata applicativa – sotto il profilo sostanziale e processuale - del disposto di cui all’art. 1338 c.c., occorre considerare quest’ultimo alla luce del precetto di cui all’art. 1227 c.c..

Come noto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1227 e 2056 c.c., il concorso di colpa del danneggiato rileva come concausa nella produzione del danno, nel senso che, in relazione al diverso apporto causale, è possibile o escludere la stessa nascita dell’obbligazione risarcitoria, nel caso in cui il danneggiato avrebbe potuto evitare il danno usando l’ordinaria diligenza, ovvero ridurre il *quantum* risarcitorio in ragione della gravità della colpa e dell’entità delle conseguenze che ne sono derivate<sup>104</sup>.

Più in particolare, secondo autorevole dottrina<sup>105</sup>, tale disciplina costituisce il fondamento normativo di una “*concezione dialogica e relazionale della colpa*”, quale superamento di una “*valutazione atomistica delle posizioni dei soggetti della relazione di danneggiamento*”<sup>106</sup>. Tale relazionalità investe – specificamente – lo stesso momento della definizione delle regole di condotta che – in relazione alla fattispecie concreta e alla qualità

---

<sup>104</sup> A fini di completezza, si rileva come la disciplina normativa di cui all’art. 1227 cit. attiene – peraltro - all’elemento oggettivo del nesso eziologico e, più in particolare, alla causalità giuridica che esprime il rapporto di consequenzialità tra pregiudizio e condotta illecita posta in essere dal danneggiante; in altri e più semplici termini, la causalità giuridica attiene al *quantum* del risarcimento.

Dalla causalità giuridica si distingue la causalità in fatto, concetto con cui si esprime l’imputazione – sotto il profilo eziologico – dell’evento dannoso alla condotta del soggetto; la causalità in fatto attiene, quindi, all’*an* del risarcimento e, più in generale, all’*an* della responsabilità.

Tra i due momenti, che comunemente si ritiene costituiscano l’indagine causale, sussiste un “rapporto di necessaria successione” dato che l’accertamento del *quantum* è logicamente successivo all’esito positivo del giudizio sull’*an* dell’imputazione causale.

Per una indagine completa, si rinvia a CARRA’, *L’esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 171 – 188.

<sup>105</sup> CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Cedam, Padova, 1996; CARRA’, *L’esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 118 – 125.

<sup>106</sup> Da precisare che gli stessi Autori che sostengono la tesi della natura relazionale – dialogica del concetto di colpa, non escludono che la condotta del danneggiante e del danneggiato possano costituire oggetto di separato accertamento da parte del giudice; più in particolare, si ammette che la dimensione dialogico – relazionale può assumere maggior o minor pregnanza in relazione alla fattispecie concreta, e può essere anche esclusa nelle ipotesi in cui tra danneggiato e danneggiante non vi sia stato alcun precedente contatto.

delle parti in contatto – costituiscono la disciplina del singolo caso<sup>107</sup>: in altri e più semplici termini, il modello comportamentale esigibile da entrambe le parti in ragione delle reciproche interazioni è definito e relativizzato in considerazione delle peculiarità del caso concreto<sup>108</sup>.

Da ultimo, con specifico riferimento ai contratti ad evidenza pubblica, è da rilevare - a meri fini di completezza, meritando la questione un così ampio respiro da non poter essere trattata in tal sede - che il tema della responsabilità della p.a. ex art. 1338 c.c. per la sopravvenuta “caducazione” dello stipulato contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, involge la più ampia problematica relativa alla sorte del contratto conseguente all’annullamento del provvedimento di aggiudicazione ad esso presupposto<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Segnatamente, secondo CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, op. cit., “il modello di condotta deve essere ricavato combinando le componenti di doverosità estrinsecamente (norme codificate) o intrinsecamente (regole di diligenze e prudenza) cautelative, che incombono su entrambi i protagonisti della dinamica dannosa”.

<sup>108</sup> Significativamente CARRA’, *L’esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., secondo cui la valutazione relazionale – dialogica della colpa implica che “l’attualizzazione del modello di condotta applicabile al singolo rapporto di danneggiamento deve essere non solo adattata alle concrete e diversificate circostanze dannose, ma commisurata ai soggetti che ne costituiscono i protagonisti; ciò implica (...) una relativizzazione delle regole di condotta, improntata a criteri soggettivi di definizione apprezzamento, che tengano conto del grado di prevedibilità ed evitabilità del danno che ci si poteva aspettare, nella reciproca interazione, dal danneggiante e dal danneggiato in rapporto alle qualità e conoscenze rispettivamente possedute” (p. 123).

<sup>109</sup> Circa il tema della sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione, si distinguono diversi orientamenti interpretativi, di cui si riporta una sommaria rassegna a meri fini di completezza e senza pretese di esaustività.

Secondo la maggioritaria giurisprudenza amministrativa (cfr., in particolare, Cons. St., Ad. Plen., 16 giugno 2008, n. 9, in *Guida al dir.*, n. 41/2008, pp. 85 – 90, con nota di FORLENZA O., *Con l’annullamento dell’aggiudicazione può scattare il giudizio di ottemperanza*, pp. 91 – 95; Cons. St., V, 12 febbraio 2008, nn. 490 - 491, in *Guida al dir.*, n. 13/2008, pp. 101 – 109, con nota di FORLENZA O., *Ribadito il principio della chance risarcibile se la lesione è certa e non solo probabile*, pp. 110 – 115; cfr., inoltre, T.A.R. Lazio, Roma, III, 10 dicembre 2007, n. 12769; T.A.R. Lombardia, Milano, I, 22 novembre 2007, n. 6409; T.A.R. Liguria, Genova, II, 9 novembre 2007, n. 1925; Cons. St., V, 11 novembre 2004, n. 7346; Cons. St., V, 28 maggio 2004, n. 3465; Cons. St., IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)), l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione determina l’inefficacia sopravvenuta del contratto di appalto stipulato con l’aggiudicatario, al quale, peraltro, tale qualifica non può essere più conservata per effetto della sentenza di annullamento (cd. teoria dell’inefficacia sopravvenuta del contratto). Tale tesi si fonda sull’argomento che l’aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione del contratto e il suo annullamento produce un “effetto caducante automatico”, cioè in quanto “il previo esperimento delle fasi di evidenza pubblica, laddove mira a tutelare interessi obiettivi dell’ordinamento (...) assume la fisionomia di un presupposto o di una condizione legale del contratto (...) [cosicché l’annullamento dell’aggiudicazione] fa venir meno retroattivamente detto presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante la perdita di efficacia” (Cons. St., Ad. Plen., 9/2008 cit.); parimenti, secondo Cons. St. 3465/2004 cit. “la tesi dell’inefficacia caducante, nel caso di annullamento giurisdizionale, come in quello dell’eliminazione a seguito di autotutela o ricorso giustiziale degli atti della procedura amministrativa (...) [trova la sua giustificazione] in forza del rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente stipulato”.

Secondo una tesi minoritaria (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, II, 11 luglio 2007, n. 6668; T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 febbraio 2007, n. 905; T.A.R. Lazio, Roma, I, 10 aprile 2006, n. 2553; T.A.R. Campania, Napoli, I, 19 gennaio 2006, n. 720; CGARS, 8 marzo 2005, n. 104; Cons. St., IV, 21 maggio 2004, n. 3355; Cons. St., V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. St., V, 13 novembre 2002, n. 6281; T.A.R. Campania, Napoli, I, 29 maggio 2002, n. 3177, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)), l’annullamento dell’aggiudicazione determina la nullità del contratto (cd. teoria della nullità del contratto): si ritiene che la violazione delle norme che impongono e disciplinano la procedura di evidenza pubblica determini nullità assoluta del contratto per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c.. Che poi tali norme



---

abbiano natura imperativa è desumibile sia dalla loro finalità di tutela del pubblico interesse e della concorrenza, sia dal costituire esse attuazione del principio di imparzialità che deve informare tutta l'attività amministrativa.

Secondo parte della giurisprudenza poi, pur prescindendo dall'indagine in ordine alla natura imperativa delle norme che disciplinano la serie pubblicistica, il vizio di legittimità del provvedimento di aggiudicazione implica nullità dello stipulato contratto traducendosi esso, secondo alcune pronunce in un difetto di legittimazione ad essere parte del contratto in capo al soggetto privato, secondo altre nel venir meno dell'accordo delle parti, secondo altre ancora in un vizio che determina l'impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto (dato che il rispetto delle norme che regolano la fase pubblicistica contribuisce a rendere giuridicamente possibile per la p.a. l'oggetto del contratto).

La giurisprudenza civile, invece, afferma che i vizi del procedimento amministrativo in cui si articola la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica incidono sulla formazione della volontà del soggetto contraente, con la conseguenza che il contratto risulta annullabile (cd. teoria dell'annullabilità) su istanza della parte nel cui interesse l'annullamento è stato stabilito dalla legge (art. 1441, co. 1, c.c.), ossia l'ente pubblico (cfr. Cass. civ., I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass. civ., II, 8 maggio 1996, n. 4269, tutte in *CED*).

Infine, un'ulteriore interpretazione (T.A.R. Piemonte, Torino, II, 27 luglio 2006, n. 3131; Id., 30 gennaio 2007, n. 464, tutte in *www.giustiziaamministrativa.it*), ricollegandosi alla teoria dell'annullabilità sostenuta dalla giurisprudenza civile, afferma che i vizi del procedemento amministrativo di scelta del contraente determinano l'annullabilità del contratto, ma l'annullamento può essere richiesto *“da parte di chiunque vi abbia interesse, e quindi in primo luogo da parte del ricorrente vittorioso nel giudizio amministrativo instaurato per l'annullamento dell'aggiudicazione illegittima”* (cd. teoria dell'annullabilità assoluta del contratto).

In ogni caso, viene esclusa una “caducazione automatica” del contratto a seguito dell'annullamento del presupposto provvedimento di aggiudicazione, con la conseguente necessità di ottenere una pronuncia dichiarativa (ove si presti adesione alle teorie dell'inefficacia sopravvenuta o della nullità) ovvero costitutiva (ove si accolga la teoria dell'annullabilità) da parte del giudice ordinario. Infatti l'art. 244 del D.Lgs. 163/2006 (che, come noto, devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie in materia di procedure di affidamento) è stato interpretato secondo una “lettura privatistica”, nel senso che sussiste la giurisdizione civile quando si tratti di *“individuare con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza di annullamento dell'aggiudicazione della gara”* (Cass. civ., SS.UU., 23 aprile 2008, n. 10443, in *CED*; cfr. anche Cass. civ., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *www.giustamm.it*), essendo il g.o. il giudice naturale dei rapporti negoziali paritetici nell'ambito dei quali le posizioni giuridiche soggettive dedotte hanno natura di diritti soggettivi.

## CAPITOLO TERZO

# LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DELLA P.A. NELLA FASE PUBBLICISTICA DELL'EVIDENZA PUBBLICA. PROFILI RICOSTRUTTIVI.

### 1. Impostazione del problema.

Come anticipato nelle precedenti pagine del presente studio<sup>110</sup>, la particolarità strutturale dei contratti ad evidenza pubblica – in cui il contratto di diritto privato ha come presupposto un vero e proprio procedimento amministrativo (di scelta del contraente) – implica problematiche giuridico – applicative del tutto peculiari in ordine alla configurabilità e all'applicabilità dell'istituto della responsabilità precontrattuale.

Più in particolare, la dottrina e la giurisprudenza meno recenti, superate le originarie resistenze ad ammettere l'astratta configurabilità di una *culpa in contrahendo* della p.a.<sup>111</sup>, sono unanimi ad ammettere tale responsabilità limitatamente alla fase delle trattative successive alla conclusione del procedimento amministrativo di scelta del contraente: in altri termini, una responsabilità precontrattuale della p.a. è concepibile solo con riferimento alle trattative intercorrenti tra l'aggiudicatario (definitivo) e l'amministrazione, solo con riferimento alla cd. fase privatistica<sup>112</sup>.

Infatti, è costante affermazione – soprattutto in giurisprudenza<sup>113</sup> - quella secondo cui nella formazione di tali contratti è necessario porre una netta separazione tra il procedimento

---

<sup>110</sup> Cfr. cap. II, par. 1.

<sup>111</sup> Cfr. cap. II, par. 2 e 3.

<sup>112</sup> La giurisprudenza meno recente, come già accennato, ha riconosciuto l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. solamente nei casi di inerzia o ritardo nel compimento di atti dovuti nelle more dell'approvazione del contratto (cfr. App. Torino, 7 dicembre 1950 e Trib. Torino, 21 dicembre 1950, in *Foro it.*, 1951, I, pp. 347 – 353, con nota di BIANCO D. L., *Pubblica Amministrazione e responsabilità per "culpa in contrahendo"*, secondo cui il ritardo della p.a. nella trasmissione dello stipulato contratto all'organo di controllo integra una condotta scorretta ed è fonte di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale; nel medesimo senso cfr. Cass. civ., I, 23 maggio 1981, n. 3383, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1921; Cass. civ., I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, p. 184).

<sup>113</sup> Cass. civ., SS. UU., 21 ottobre 1974, n. 2972, in *Riv. giur. edil.*, 1975, I, p. 198; Cass. civ., III, 28 giugno 1976, n. 2463, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1976, II, p. 216; Cass. civ., II, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 349.

amministrativo di scelta del contraente e l'attività privatistica vera e propria relativa al perfezionamento e all'operatività del contratto medesimo. Corollario di tale distinzione è che, con riferimento alla fase pubblicistica, disciplinata da norme di azione, il privato è titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, mentre, solo con riferimento alla fase privatistica, è titolare di un diritto soggettivo al comportamento precontrattuale secondo i principi civilistici della correttezza e della buona fede oggettiva<sup>114</sup>.

Peraltro, secondo la medesima giurisprudenza<sup>115</sup>, nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica difettano le condizioni giuridico - strutturali che costituiscono i necessari presupposti di applicabilità della disciplina in materia di responsabilità precontrattuale: in tale fase, infatti, il privato concorrente non assume, se non con l'aggiudicazione definitiva<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Cfr. Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 96: “L’apertura del procedimento amministrativo per l’aggiudicazione di lavori pubblici non determina in capo ai partecipanti alla gara un diritto soggettivo nei confronti della p.a. all’osservanza delle regole di buona fede ex art. 1337 c.c. ma solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, le cui pretese violazioni ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo”.

In tal senso cfr. anche App. Roma, I, 21 settembre 1970, n. 1534 e Cass. civ., SS. UU., 21 settembre 1970, n. 1643, entrambe in *Rass. Avv. St.*, 1970, I, p. 982 – 983. In particolare, secondo le Sezioni Unite “Le norme del regolamento per l’amministrazione del patrimonio e la contabilità generale dello Stato, approvate con r.d. 23 maggio 1924, n. 827, disciplinanti il procedimento contrattuale con formalità d’incanto, dalla formazione e pubblicazione del bando fino alla definitiva aggiudicazione, sono norme d’azione, volte a tutelare l’interesse della p.a. al regolare e proficuo svolgimento delle relative operazioni, mentre l’interesse dei privati aspiranti o partecipanti alla gara trova in esse una protezione soltanto occasionale e indiretta. Di conseguenza non è configurabile una lesione di diritti primari o della persona e del divieto del *neminem laedere*, ma si resta nel campo degli interessi legittimi, la cui tutela è sottratta al g.o.”.

<sup>115</sup> Cfr. Cass. 9892/1993 cit., secondo cui “Una responsabilità precontrattuale della p.a., per violazione del dovere di correttezza di cui all’art. 1337 c.c. non è configurabile con riguardo al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell’ambito del quale l’aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde difettano le condizioni strutturali per la configurabilità di “trattative” fra due soggetti e, quindi, di un diritto soggettivo dell’uno verso l’altro all’osservanza delle regole della buona fede, come stabilito dalla citata norma”. Nel medesimo senso, cfr. Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, pp. 164 – 167.

<sup>116</sup> Così Cass. civ., SS. UU., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Corr. giur.*, 1997, p. 759.

Diversamente dall’aggiudicazione definitiva, l’aggiudicazione provvisoria, secondo la maggioritaria giurisprudenza, si caratterizza per essere atto ad effetti instabili ed interinali, avente natura endoprocedimentale, in quanto adottato nell’ambito del procedimento volto all’emanazione del provvedimento finale, ossia l’aggiudicazione definitiva: ne consegue che, data la sua naturale instabilità, essa non è idonea a radicare un legittimo affidamento – tutelabile ex art. 1337 c.c. - in ordine alla conclusione del contratto (cfr. *ex multis*, T.A.R. Lombardia, Milano, III, 19 aprile 2007, n. 1874; Cons. St., VI, 26 aprile 2005, n. 1885; Cons. St., V, 3 marzo 2001, n. 1227, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)). Diversamente, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, anche l’aggiudicazione provvisoria si pone come fonte di affidamento nella legittimità e regolarità dell’attività procedimentale svoltasi, nonché nella conferma della volontà negoziale della p.a. attraverso l’aggiudicazione definitiva e la conseguente stipulazione del contratto. Conseguentemente, nelle more del periodo intercorrente tra il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, le parti devono comportarsi conformemente al principio di buona fede oggettiva (FRANCO I., *La responsabilità precontrattuale della p.a. “nei lavori in corso” per l’assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Urb. e app.*, 1/2006, p. 76. In giurisprudenza cfr. *ex multis* T.A.R. Puglia, Lecce, II, 10 febbraio 2005, n. 524; T.A.R. Puglia, Lecce, I, 8 luglio 2004, n. 4921; Cons. St., IV, 19 marzo 2003, n. 1457; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 9 marzo 2000, n. 1869). Per vero, pare non infondato considerare che la posizione giuridica dell’aggiudicatario provvisorio sia diversamente qualificata – in termini di affidamento – dalla posizione di cui sono titolari gli altri concorrenti.

(con cui viene individuato il futuro contraente), la qualifica di “parte” ai sensi e per gli effetti dell’art. 1337 c.c., con la conseguenza che tra il privato medesimo e la p.a. non è configurabile quel “rapporto personalizzato” che costituisce la fonte del reciproco obbligo delle parti di comportarsi conformemente al principio di buona fede oggettiva<sup>117</sup>.

Inoltre, proprio in considerazione del peculiare *iter* procedimentale che caratterizza la fase di scelta del contraente, preordinato a garantire il pubblico interesse e la tutela della *par condicio* concorsuale, in tale fase non è nemmeno concepibile un legittimo affidamento – tutelabile *ex art. 1337 c.c.* – sulla conclusione del contratto, dato che il privato concorrente non conosce il contenuto delle offerte degli altri partecipanti al procedimento di scelta, pertanto non è possibile esprimere una valutazione prognostica in ordine all’esito vittorioso della procedura concorsuale<sup>118</sup>. In altri e più semplici termini, si afferma che la presenza di più concorrenti impedisce che, fino a quando tra essi non sia emerso il vincitore del procedimento concorsuale, si possa formare in capo ad alcuno un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto e la conseguente pretesa al rispetto, da parte della p.a., delle regole di lealtà e correttezza.

Secondo tale impostazione, dunque, la fase pubblicistica risulterebbe esclusa dall’ambito applicativo della disciplina in materia di responsabilità precontrattuale, nel senso che relativamente a tale fase una *culpa in contrahendo* non è nemmeno concepibile, dato che il procedimento pubblicistico non risulta qualificabile in termini di trattativa ovvero di formazione del contratto, quali momenti temporalmente rilevanti ai sensi della citata disciplina.

Tuttavia, tali conclusioni non sono condivise da attenta dottrina<sup>119</sup> sulla base di diverse ragioni.

---

<sup>117</sup> Cfr. Cass. civ. 6545/1987; 9892/1993; 4673/1997, cit.; Trib. Roma, I, 25 gennaio 1980, in *Temi romana*, 1980, p. 90.

<sup>118</sup> Significativa Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, pp. 166: “la responsabilità precontrattuale per violazione del principio di buona fede *ex art. 1337 c.c.* postula anche nei confronti della p.a. l’esistenza dello schema privatistico di formazione del contratto e non è pertanto configurabile sotto il profilo di un comportamento lesivo con riguardo al procedimento amministrativo di scelta del futuro contraente in relazione all’aspettativa di aggiudicazione da parte del privato, come nell’ipotesi in cui la p.a. abbia fatto ricorso, ai fini della scelta di un futuro contraente, al procedimento di licitazione privata, non sussistendo in tale procedimento le parti contraenti cui fa riferimento l’art. 1337 c.c., né essendo ravvisabile tra la p.a. e i partecipanti alla gara un rapporto personalizzato da cui possa farsi discendere un obbligo di buona fede dell’autorità amministrativa atteso che i singoli concorrenti conoscono la propria offerta, ma non quella degli altri, e quindi non possono esprimere una valutazione preventiva circa l’esito favorevole del provvedimento né invocare un legittimo affidamento per la conclusione del contratto”.

<sup>119</sup> ANELLI, nota a Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, op. cit., p. 170.

In primo luogo, si rileva che l'adesione al suddetto orientamento giurisprudenziale implica un'inaccettabile conseguenza, ossia che il provvedimento di aggiudicazione (definitiva) finisce per assurgere a criterio discrezionale (e discriminatorio) delle situazioni giuridiche soggettive di cui il privato concorrente è titolare, nonché della tutela ad esse accordata: in altri e più semplici termini, il singolo è tutelato oppure no a seconda che sia intervenuto o meno un provvedimento di aggiudicazione (definitiva), dato che quest'ultimo - individuando i soggetti del rapporto privatistico precontrattuale - costituisce il momento determinante per l'operatività del precetto di buona fede oggettiva nei confronti della p.a.. Appare *ictu oculi* evidente come tale interpretazione restrittiva, che esclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica antecedente all'aggiudicazione, si presti ad una condotta dell'amministrazione elusiva dei principi generali di buona fede oggettiva e correttezza, essendo implicitamente riconosciuta al soggetto pubblico la possibilità di non emanare, artatamente, il provvedimento di aggiudicazione, sì da impedire che si creino in capo ai privati posizioni suscettibili di tutela risarcitoria.

Inoltre, parte della recente giurisprudenza<sup>120</sup>, obiettando all'argomento secondo cui la configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. presupporrebbe quel "rapporto personalizzato" tra p.a. e privato che trova unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione, afferma un'interpretazione dell'art. 1337 c.c. che supera la riduttiva definizione di trattative e di legittimo affidamento. Si accoglie, infatti, una nozione di trattative che comprende anche le cd. trattative multiple o parallele, in cui è coinvolta una pluralità di soggetti, così abbandonando il suddetto restrittivo orientamento giurisprudenziale che considera instaurata la trattativa solo con l'individuazione di un'unica parte a seguito del provvedimento di aggiudicazione (definitiva), così riconoscendo la responsabilità precontrattuale sole nelle more dell'approvazione del contratto. Correlativamente, la medesima giurisprudenza – in accoglimento di un autorevole indirizzo dottrinale<sup>121</sup> - rileva che la configurabilità della responsabilità precontrattuale non presuppone necessariamente un affidamento nella conclusione del contratto, affidamento che – così inteso – può sorgere solamente nella fase terminale delle trattative ed è, comunque, incompatibile con le ipotesi

---

<sup>120</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, III, 9 marzo 2000, n. 1869; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 31 maggio 2000, n. 3830; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 31 luglio 2000, n. 5130; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; Cons. St., V, 12 settembre 2001, n. 4776, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>121</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 127 – 128. Cfr. cap. I, par. 1.

di trattative multiple o parallele; per converso, la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* tutela il legittimo affidamento nella correttezza della controparte, conseguentemente la circostanza che la trattativa si svolga tra più soggetti (trattative parallele o multiple) non esclude che ciascuno di essi sia titolare di un'aspettativa a che l'altra parte si comporti conformemente ai principi generali di correttezza e buona fede oggettiva.

Infatti, anche se nell'interpretazione attualmente accolta da parte della dottrina e dalla maggioritaria giurisprudenza l'art. 1337 c.c. tutela il legittimo affidamento nella conclusione del contratto, affidamento che – peraltro – potrebbe sorgere solo se le trattative si protraggono fino ad una ragionevole previsione di conclusione, il tenore letterale della norma citata non pare autorizzare tale opzione interpretativa che ne riduce notevolmente la portata applicativa; per vero, sembra possibile ritenere che tale interpretazione restrittiva si sia affermata in ragione di una (distorta) lettura dell'art. 1337 c.c. alla luce del portato dispositivo del successivo art. 1338 c.c. che, infatti, fonda la responsabilità precontrattuale sulla lesione dell'affidamento ingenerato nella controparte sulla validità ed efficacia del contratto (già stipulato). Diversamente, secondo autorevole dottrina<sup>122</sup>, non è lo stadio più o meno avanzato delle trattative a determinare l'illiceità del recesso con conseguente violazione del principio di buona fede oggettiva, atteso che la correttezza grava sui contraenti come obbligo comportamentale durante tutto l'*iter* precontrattuale, dal primo “contatto sociale” sino alla conclusione del contratto; per contro, è la contraddittorietà del comportamento a rilevare ai fini di un'eventuale condanna a titolo di responsabilità precontrattuale.

Da ciò, ne consegue che non si vede come sia possibile negare tutela risarcitoria *ex art.* 1337 c.c. ai concorrenti privati la cui posizione giuridica soggettiva, nelle more della fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, sia stata pregiudicata dalla condotta della p.a. non conforme ai criteri di correttezza e buona fede oggettiva.

In secondo luogo, ammettere che il periodo precontrattuale rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1337 c.c. è quello rappresentato dal lasso di tempo intercorrente tra

---

<sup>122</sup> CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 1267; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 128.

l'aggiudicazione<sup>123</sup> e l'approvazione del contratto significa divergere sensibilmente dalla nozione civilistica di trattativa. Infatti, all'evidenza, nell'ipotesi di specie l'istituto della *culpa in contrahendo* viene ad operare in una fase successiva alla stipulazione del contratto, superando quelli che potrebbero definirsi i limiti temporale e strutturale di operatività della disciplina in materia di responsabilità precontrattuale.

Infine, si è rilevato che relativamente alla fase procedimentale pubblicistica dell'evidenza pubblica – ferma restando la titolarità in capo ai concorrenti di una posizione giuridica di interesse legittimo al rispetto, da parte della p.a., della normativa pubblicistica che regola tale procedimento amministrativo – è individuabile altresì un diritto soggettivo del privato a pretendere che la p.a. si comporti conformemente al principio di buona fede oggettiva.

Sulla base di tali obiezioni e alla luce dei rilievi svolti in ordine all'astratta configurabilità – sia sotto il profilo sostanziale che processuale – della responsabilità precontrattuale della p.a., la dottrina, al fine di dimostrare l'astratta configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. anche nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, propone modelli giuridici ricostruttivi del procedimento amministrativo preordinato all'aggiudicazione e alla stipula del contratto, adottando, come approccio metodologico, il punto di vista della tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

In tal sede, pertanto, si intende analizzare criticamente tali modelli, anche alla luce dei più recenti orientamenti ed indirizzi dottrinali e giurisprudenziali; sulla base delle riflessioni che ne deriveranno, si cercherà – sotto il profilo scientifico - di prospettare ricostruzioni dogmatiche alternative, applicando alla fase pubblicistica dell'evidenza pubblica categorie giuridiche elaborate dalla più autorevole dottrina.

---

<sup>123</sup> A fini di completezza si ritiene opportuno precisare che ai sensi dell'art. 16 del R.D. 2440/1923 “*I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o private licitazioni equivalgono per ogni legale effetto al contratto*”, con la conseguenza che la successiva formale stipulazione del contratto ha natura di mera rinnovazione. Tale principio, tuttavia, appare superato dal combinato disposto del co. 7 dell'art. 11 del D.Lgs. 163/2006, ai sensi del quale “*L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*”, e del successivo co. 10, secondo cui “*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione*”.

## 2.1 Le opinioni contrarie alla rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo.

### Critica.

Preliminarmente alla prospettazione e all'esame delle teorie ricostruttive tese a dimostrare la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. anche nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, occorre prendere in esame la questione dell'autonoma rilevanza del principio di buona fede nel diritto pubblico<sup>124</sup>, e segnatamente nel diritto amministrativo: solo da una risoluzione positiva di tale problematica è possibile prendere le mosse per trattare dell'ammissibilità della *culpa in contrahendo* dell'amministrazione in quella fase dell'evidenza pubblica disciplinata da norme di diritto pubblico; all'opposto, una soluzione negativa, precluderebbe *ex sé* la configurabilità della responsabilità precontrattuale nella fase *de qua*.

Al fine di comprendere le ragioni che hanno portato all'affermazione dell'autonoma rilevanza del principio di buona fede oggettiva anche in diritto amministrativo, si ritiene opportuno, in primo luogo, considerare e confutare le opinioni che tendono ad escludere l'applicabilità della clausola in esame in *subiecta materia*<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup>Prima di esaminare se il principio di buona fede sia applicabile anche in diritto amministrativo, si ritiene opportuno chiarire a quale nozione di buona fede si intende in tal sede far riferimento.

Come già rilevato, secondo la dottrina meno recente, il concetto di buona fede ha carattere unitario, nel senso che sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sia l'opportunità di tutelare il soggetto che versi in una situazione di errore sono espressione di un medesimo principio etico - giuridico unitario; secondo tale orientamento deve, pertanto, disconoscersi una pretesa distinzione giuridico - concettuale tra buona fede in senso oggettivo ed in senso soggettivo. Tale orientamento dell'unitarietà del concetto di buona fede ha costituito un fattore ostativo, in generale, ad una più vasta applicazione dottrinale e giurisprudenziale del principio di buona fede, ed in particolare, ad una operatività dell'istituto rispetto alle fattispecie pubblicistiche, in considerazione della "*intuitiva avversione ad elevare al rango di principio generale, insieme alla buona fede oggettiva, anche fattispecie chiaramente derogatorie rispetto alla normativa generale, quali appaiono quelle comprensive di situazioni di buona fede in senso soggettivo*" (MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 124). Più in particolare, secondo la maggioritaria dottrina, sulla base della premessa maggiore della distinzione giuridico - concettuale tra una nozione di buona fede in senso oggettivo - che esprime una regola di condotta (comportamento secondo buona fede) - da una nozione di buona fede in senso soggettivo - che si riferisce ad una situazione psicologica di errore tutelata dall'ordinamento (essere in buona fede) - si impone di rilevare che solo la tutela della buona fede in senso oggettivo assurge a principio generale dell'ordinamento, diversamente dalla buona fede soggettiva che, in quanto istituto derogatorio, è tutelata solo nei casi eccezionalmente previsti (GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 337; parimenti, secondo MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 122, la tutela della buona fede soggettiva non è un principio generale nemmeno nel diritto privato e, tanto meno, quindi, nel diritto pubblico).

In adesione a tale maggioritario e più recente orientamento, in tal sede rileva il concetto di buona fede in senso oggettivo, di cui si intende dimostrare l'applicabilità anche alle fattispecie pubblicistiche di diritto amministrativo in quanto principio generale dell'ordinamento giuridico.

<sup>125</sup>A motivare, nella dottrina meno recente, un atteggiamento negazionista dell'autonoma rilevanza del principio di buona fede in diritto amministrativo hanno contribuito vari fattori, alcuni dei quali di carattere strettamente giuridico, altri di natura ideologica.

Con riferimento alle istanze di ordine ideologico che hanno portato la letteratura degli anni Trenta a limitare, ed anzi negare, l'operatività della buona fede in diritto pubblico, in generale, ed in diritto amministrativo, in particolare, si



Secondo la dottrina meno recente<sup>126</sup>, l'obiezione principale è rappresentata dall'inutilità funzionale che caratterizza il principio di buona fede oggettiva in diritto amministrativo, in tale materia essendo la funzione della clausola generale interamente assorbita da quella esplicita dall'interesse pubblico. In particolare, sul presupposto che l'operatività del principio di buona fede oggettiva è subordinata all'esistenza di una giuridica possibilità di scelta da parte del soggetto tra più comportamenti diversi e che, nel diritto amministrativo, il criterio secondo cui la scelta discrezionale della p.a. avviene non è rappresentato dalla buona fede oggettiva, bensì dall'interesse pubblico e dal modo migliore per assicurarne la soddisfazione<sup>127</sup>; la valutazione secondo buona fede, quindi, è insita nell'obbligo dell'amministrazione di perseguire il pubblico interesse cui è istituzionalmente preposta.

Secondo autorevole dottrina<sup>128</sup>, tale argomentazione è priva di consistenza – in primo luogo e in via principale - soltanto se si consideri che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede non coincide con la valutazione discrezionale degli interessi ad opera dell'amministrazione, dato che la ponderazione valutativa degli interessi in gioco non esclude – *ex sé* – che la p.a. agisca violando il principio di buona fede oggettiva, che, quale principio generale dell'ordinamento giuridico, costituisce criterio di verifica della correttezza dell'agire amministrativo.

In secondo luogo, considerare l'interesse pubblico come parametro generale di giudizio dell'attività amministrativa, parametro in cui sarebbe insita una valutazione secondo buona fede dell'agire amministrativo, significa identificare l'interesse pubblico con l'interesse

---

osserva in tale dottrina un atteggiamento di generale prevenzione nei confronti delle clausole generali, di cui la buona fede costituisce il paradigma, sulla base della convinzione che l'incertezza ermeneutica e il conseguente eccessivo potere attribuito all'interprete avesse favorito il superamento del positivismo – il cui dogma fondamentale è rappresentato dalla completezza dell'ordinamento giuridico – e l'ascesa del nazionalsocialismo. Più in particolare, si rileva che, sul presupposto dell'incompletezza dell'ordinamento giuridico e della conseguente necessità di ricorrere a concetti indeterminati, i sostenitori della piena applicabilità della clausola generale della buona fede – in linea con la scuola nazionalsocialista – hanno affermato l'esistenza di un inammissibile stretto rapporto tra diritto e morale, fino a proclamare che “*il principio della buona fede sta al di fuori e al di sopra della legge*” (GUICCIARDI E., *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. dir. pubb.*, 1936, p. 559), ciò al fine di dimostrare “*come fosse possibile creare un nuovo ordine politico – costituzionale di uno Stato etico*” (MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 40, nt. 71).

<sup>126</sup> Si rinvia, per tutti, a GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, op. cit., p. 556 – 562.

<sup>127</sup> Id., p. 562. In particolare, secondo l'A. “*Può darsi che in ogni campo dell'attività giuridica si senta la necessità di un principio che sia insieme etico e giuridico, assoluto, astratto, il quale rappresenti una guida ideale ed un criterio per la valutazione delle attività che in quel campo si svolgono in quanto manchino delle norme giuridiche intese a vincolarle completamente; e può darsi che per l'attività giuridica privata, e specialmente contrattuale, questo altissimo principio sia quello della buona fede. Ma per l'attività amministrativa esso non può essere che quello supremo della cura dell'interesse pubblico*”.

<sup>128</sup> MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., pp. 45 – 46.

soggettivo perseguito dalla p.a., sul presupposto che il soggetto pubblico sia l'unica parte del rapporto amministrativo in grado di determinare il modo (più) corretto di regolamentazione degli interessi<sup>129</sup>. Tale impostazione - determinata da una concezione autoritaria dello Stato, che ha portato la letteratura degli anni Trenta a ritenere sussistente una coincidenza tra interesse generale e interesse soggettivo della p.a. e, conseguentemente, a negare una tutela diretta degli interessi dei destinatari dell'azione amministrativa - non può essere accolta in considerazione dell'evoluzione concettuale della nozione di pubblico interesse, strettamente connessa al fenomeno di procedimentalizzazione dell'agire amministrativo che ha indotto ad una riconsiderazione della dialettica del rapporto amministrativo.

Segnatamente, come rilevato da autorevole dottrina<sup>130</sup>, la determinazione in concreto del pubblico interesse avviene, non unilateralmente ed autoritariamente da parte dell'amministrazione, ma attraverso il rapporto amministrativo procedimentale in cui confluiscono gli interessi primari e secondari: non è, dunque, possibile escludere una valutazione di conformità della determinazione dell'interesse pubblico concreto, inteso come quello che risulta corrispondente all'interesse primario rapportato al complessivo assetto degli interessi in gioco nella situazione concreta, al principio generale di buona fede oggettiva.

Non vi è, dunque, incompatibilità tra interesse pubblico e tutela della buona fede dato che la p.a., pur operando come autorità decidente, è comunque tenuta a conformare l'esercizio del potere al principio di buona fede oggettiva, affinché l'interesse pubblico (concreto) sia realizzato senza eccessivo sacrificio della sfera giuridica dei destinatari dell'azione amministrativa.

In altri e più semplici termini, il principio di buona fede oggettiva rileva anche nell'ambito del rapporto amministrativo (procedimentale) tra p.a. e destinatari dell'azione amministrativa, costituendo - nell'ottica di una rimediazione delle norme di condotta della pubblica amministrazione nei confronti dei privati - un "*canone di giudizio della condotta di [entrambi] i soggetti*" del rapporto stesso; più in particolare, la tutela della buona fede svolge una funzione di garanzia delle posizioni giuridiche degli amministrati dinanzi al

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 41; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 116 - 117.

<sup>130</sup> MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 42.

potere autoritativo dell'amministrazione, del cui corretto esercizio la buona fede costituisce criterio di verificaione<sup>131</sup>.

Ciò, peraltro, risulta con particolare evidenza alla luce dell'autorevole orientamento dottrinale secondo cui l'amministrazione è una "parte imparziale", intendendo come tale quella parte di un rapporto giuridico obbligata a tener conto delle qualificazioni di un interesse fornite da soggetti diversi, al fine di impedire che la parte decidente possa "*ripiegarsi partigianamente sui suoi fini*"<sup>132</sup>.

A tali conclusioni, autorevole dottrina oppone che il principio di buona fede oggettiva costituisce un parametro di regolamentazione dei soli rapporti tra privati, con la conseguenza che la trasposizione di tale principio civilistico nell'ambito del diritto amministrativo costituisce un'inammissibile forzatura esegetica. Infatti, nel diritto amministrativo "*mancherebbe (...) l'urto delle volontà paritariamente contrapposte, fra cui il principio di buona fede ha una delicata funzione di regolare*"<sup>133</sup>, con la conseguenza che tale principio non si applica ai rapporti tra amministrazione e privato, disciplinati dal diritto pubblico e nell'ambito dei quali la p.a. non si trova in una posizione paritaria, bensì di supremazia, rispetto al soggetto privato.

Tale obiezione, tuttavia, risulta priva di consistenza, non solo alla luce di quanto poco sopra rilevato in ordine alla necessità che la buona fede costituisca criterio di verificaione della correttezza dell'esercizio del potere amministrativo, ma anche - più in particolare - in considerazione del fatto che, proprio nelle ipotesi in cui tra i soggetti del rapporto giuridico sussista una relazione di disegualianza e di supremazia di una parte rispetto all'altra, il principio di buona fede oggettiva svolge un ruolo maggiormente determinante, quale criterio di limitazione della posizione giuridica potestativa e, correlativamente, di tutela della posizione subordinata. Tali considerazioni assumono particolare rilevanza con specifico riferimento ai rapporti di diritto amministrativo, in cui la p.a. - in linea generale - si pone in

---

<sup>131</sup> Cfr. CAPACCIOLI E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1956, secondo cui la buona fede è un principio generale desumibile da norme costituzionali, perché "*l'esigenza del perseguimento dell'interesse pubblico è, nel diritto amministrativo, una nota dominante, ma in quanto ratio di innumerevoli disposizioni legislative, non in quanto regola diretta dei rapporti giuridici*" (p. 71).

<sup>132</sup> ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965, p. 58.

Tale osservazione deve essere oggetto di ulteriore approfondimento. Si consenta di rinviare al par. 2.2.1 del presente capitolo.

<sup>133</sup> Così GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, op. cit., pp. 373 - 374; per vero, lo stesso A., nell'evoluzione scientifica del suo pensiero, pur continuando ad escludere che la buona fede presenti, in diritto amministrativo, caratteristiche applicative peculiari che la differenzino dalla buona fede di diritto privato, individua in essa un principio generale informatore dell'attività amministrativa (cfr. Id., *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 473).

una posizione di “supremazia autoritativa” nei confronti degli amministrati, con la conseguente necessità che, proprio in tali rapporti, tanto maggiore deve essere la verifica della correttezza dell’uso del potere<sup>134</sup>.

Ne deriva, pertanto, che l’obiezione secondo cui la buona fede non potrebbe trovare applicazione in diritto amministrativo in quanto incompatibile con l’obbligo della p.a. di perseguire il pubblico interesse non ha – secondo la più recente ed autorevole dottrina – alcun fondamento teorico, potendo trovare spiegazione solamente alla luce del contesto storico – sociale che ha condizionato i sostenitori dell’argomentazione in esame<sup>135</sup>.

Una seconda obiezione, prospettata dalla meno recente dottrina<sup>136</sup> avverso la rilevanza del principio di buona fede oggettiva anche ai rapporti di diritto amministrativo, limita l’applicazione di tale istituto ai negozi giuridici bilaterali. Più in particolare, secondo la medesima dottrina, il principio di buona fede oggettiva trova applicazione nel solo ambito dei rapporti contrattuali tra soggetti privati. Infatti, in senso adesivo a tale obiezione, si rileva<sup>137</sup> che le uniche disposizioni che impongono un obbligo di comportarsi secondo buona fede oggettiva (artt. 1175, 1337, 1375 c.c.) sono dettate in materia di obbligazioni e contratti ed hanno, pertanto, applicazione limitata ai soli rapporti di diritto comune: conseguentemente, da tali disposizioni non è dato desumere una regola generale applicabile anche nel diritto pubblico.

---

<sup>134</sup> Cfr. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 42, secondo cui “quanto più vi è esercizio di un potere autoritativo, tanto maggiore sarà la necessità di individuare criteri di limitazione di esso” (cfr. anche pp. 150 – 151); parimenti, ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, op. cit., secondo cui “L’ineguaglianza, o più propriamente la diversa posizione dell’autorità e della parte rispetto ai fini dell’azione amministrativa, rendono la buona fede anche più necessaria nel diritto amministrativo che nel diritto privato” (p. 286).

A tal proposito, significativa, sotto il profilo storiografico, è la circostanza che il principio di buona fede ha originariamente trovato applicazione nell’ambito di relazioni intersoggettive fondate su situazioni di disuguaglianza tra le parti, nell’ambito dei quali il rinvio al principio di buona fede era preordinato ad evitare che il rapporto di soggezione diventasse eccessivamente oneroso per la “parte debole” del rapporto.

Secondo autorevole dottrina (MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 14, nt. 3), tali origini del principio di buona fede costituiscono un elemento decisivo per sostenere l’operatività di tale istituto nei rapporti di diritto amministrativo, in cui la p.a. si pone in una posizione di “supremazia”, o comunque di “differenziazione”, nei confronti degli amministrati; secondo l’A., infatti, “le origini dell’istituto [sono] da rinvenire proprio nei rapporti di diritto pubblico”, in cui si tratta della “regolamentazione di situazioni giuridiche di soggetti in posizione di disuguaglianza”.

Parimenti, MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 139: in particolare, secondo l’A., il fatto che il principio di buona fede concorra a disciplinare “l’urto delle volontà paritariamente contrapposte” non esclude che la buona fede trovi applicazione anche in altre branche del diritto diversamente caratterizzate.

<sup>135</sup> Cfr. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 120.

<sup>136</sup> Cfr. GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, op. cit., p. 561.

<sup>137</sup> Cfr. BENATTI F., *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Trib. Lecco, 6 luglio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 1359.

Anche tale obiezione, secondo il più autorevole e recente orientamento dottrinale, risulta priva di consistenza: in primo luogo, si rileva<sup>138</sup> che, nell'ambito dello stesso diritto civile, il principio di buona fede non ha applicazione limitata ai soli rapporti di natura contrattuale, operando, per converso, anche in ipotesi in cui nemmeno sussiste un rapporto giuridico bilaterale, bensì un generico "contatto sociale"<sup>139</sup>, che certamente non manca anche nell'ambito del rapporto procedimentale tra p.a. e privato<sup>140</sup>.

In secondo luogo, come già rilevato<sup>141</sup>, secondo autorevole dottrina, il principio di buona fede oggettiva ha natura di principio generale, che trova applicazione in ogni settore dell'ordinamento giuridico, ed in particolare, per quanto rileva in tal sede, anche in diritto pubblico<sup>142</sup>, costituendo tale istituto un "*principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti*"<sup>143</sup>, un principio generale non scritto suscettivo di incidere – in virtù della sua *vis expansiva* - anche nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo.

Peraltro, secondo autorevole dottrina<sup>144</sup>, il principio di buona fede oggettiva, quale regola generale informatrice anche dell'attività amministrativa, trova fondamento costituzionale nell'art. 97, quale corollario del principio di imparzialità: segnatamente, secondo tale orientamento, l'operatività del principio di buona fede oggettiva in diritto amministrativo discende dalla natura stessa dell'amministrazione quale "parte imparziale" del rapporto amministrativo<sup>145</sup>; in tal senso, il principio di buona fede oggettiva assurge a principio istituzionale del comportamento della pubblica amministrazione<sup>146</sup>.

Da tali considerazioni, ne consegue che dall'applicazione del principio di buona fede oggettiva in diritto civile non è ammissibile trarre argomenti per negare la vigenza del medesimo principio in altri settori dell'ordinamento, precisando, con autorevole

---

<sup>138</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., pp. 140 – 141.

<sup>139</sup> Il principio di buona fede oggettiva è sotteso – tra l'altro - al divieto di atti emulativi del proprietario di un fondo (art. 833 c.c.), oppure al divieto di atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.), ipotesi in cui difetta certamente un rapporto giuridico bilaterale negoziale.

<sup>140</sup> Così MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 140.

Tale affermazione merita un più ampio approfondimento. Sia consentito rinviare al par. 5 del presente cap., dove verrà considerata la proposta ricostruttiva della responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica in termini di responsabilità "da contatto amministrativo qualificato".

<sup>141</sup> Cfr. cap. I, par. 1.

<sup>142</sup> Fondamentale è MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 137; ma cfr. anche GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, op. cit., p. 473; MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 43; SANDULLI A. M., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 968 – 970.

<sup>143</sup> Così MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 7.

<sup>144</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 274.

<sup>145</sup> Id., p. 284. Come già precisato, la teoria della buona fede come corollario del principio di imparzialità merita più ampio respiro, rinviandosi, pertanto al par. 2.2.1 del presente capitolo.

<sup>146</sup> BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 61.

insegnamento dottrinale, che non si tratta di trasferire in diritto amministrativo un istituto civilistico attraverso lo strumento dell'analogia, dato che non si fa questione di applicazione analogica quando si ha riguardo a principi generali<sup>147</sup>.

L'ultima obiezione sollevata dalla dottrina meno recente contro l'ammissibilità del principio di buona fede in diritto amministrativo, è rappresentata dall'argomento secondo cui, se il principio di buona fede fosse applicabile all'attività dell'amministrazione, ne deriverebbe la configurabilità, in *subiecta materia*, anche del suo contrario, ossia della mala fede (dolo) della p.a.; tale conseguenza sarebbe esclusa dall'ordinamento giuridico, dato che “*la migliore dottrina è troppo concorde nell'escludere la possibilità di un comportamento doloso della Pubblica Amministrazione*”<sup>148</sup>, essendo quest'ultima istituzionalmente preposta alla realizzazione del pubblico interesse.

Anche tale obiezione, secondo la più recente dottrina<sup>149</sup>, risulta priva di consistenza, costituendo un corollario, da un lato della concezione psicologico – volontaristica del dolo (e della colpa) che, in quanto basata su un'indagine psicologica della volontarietà della condotta dannosa e quindi riferibile a sole persone fisiche, ha impedito di configurare l'elemento soggettivo dell'illecito rispetto alle organizzazioni (pubbliche e private)<sup>150</sup>; dall'altro, e conseguentemente, della concezione storicamente superata dell'amministrazione come soggetto incapace di commettere illeciti (principio di irresponsabilità della p.a. o principio dell'incapacità dello Stato di commettere illeciti)<sup>151</sup>.

In considerazione del superamento di tali concezioni e il conseguente disconoscimento del postulato secondo cui tra funzione pubblica ed illiceità vi sarebbe una relazione di incompatibilità giuridico – concettuale<sup>152</sup>, non può escludersi, ed anzi deve sostenersi<sup>153</sup>, che la condotta posta in essere dalla p.a. nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici sia valutata alla stregua dei canoni di lealtà, correttezza e buona fede oggettiva, la cui violazione implica la configurabilità in capo alla p.a. di una responsabilità di natura extracontrattuale<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 141, nt. 135.

<sup>148</sup> GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, op. cit., p. 561 – 562.

<sup>149</sup> MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., pp. 43 – 44.

<sup>150</sup> CARRA', *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 48 – 49.

<sup>151</sup> Si rinvia, *ex amplius*, al cap. II, par. 1.

<sup>152</sup> Cfr. cap. II, par. 1.

<sup>153</sup> Cfr. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 44.

<sup>154</sup> Involgendo la questione il tema dell'illecito esercizio della funzione pubblica – e, quindi, il rapporto tra illegittimità dell'atto amministrativo ed illiceità della condotta posta in essere dalla p.a. - nonché della fisionomia che l'elemento

Confutate le principali obiezioni argomentate dalla meno recente dottrina al fine di escludere l'applicazione del principio di buona fede oggettiva anche nei rapporti di diritto amministrativo, si intende ora considerare le teorie che ammettono la rilevanza del principio in esame nel diritto amministrativo, sostenendone la natura di principio generale, come tale vincolante anche per l'attività dell'amministrazione.

Segnatamente, sotto il profilo ricostruttivo, si distinguono diversi orientamenti dottrinali, secondo i quali, rispettivamente, l'operatività dell'istituto *de quo* nei rapporti pubblicistici trova fondamento nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. (Allegretti), nella tutela della posizione di affidamento suscitato nel privato da un precedente atto o comportamento della p.a. (Merusi), nella tutela delle situazioni giuridiche favorevoli del privato ingenerate da una precedente determinazione dell'amministrazione (Mantero).

---

soggettivo dell'illecito assume nell'ipotesi in cui l'evento dannoso sia conseguenza dell'attività provvedimento della p.a., si rinvia, per una più approfondita disamina di tali problematiche, ai par. 4.1 e 4.2 del presente capitolo.

### 2.2.1 La buona fede oggettiva in diritto amministrativo come corollario del principio di imparzialità.

Nel contesto giuridico – sociale di affermazione dell’ordinamento costituzionale, gli studi compiuti da autorevole dottrina in ordine alla funzione e all’organizzazione amministrativa<sup>155</sup> hanno rilevato il (nuovo) ruolo attribuito all’amministrazione nel rinnovato assetto ordinamentale. Da un’amministrazione che esercita la sua funzione attraverso l’imposizione autoritativa unilaterale, viene ad affermarsi un modello giuridico di “amministrazione paritaria”<sup>156</sup> che, nel più ampio contesto di una procedimentalizzazione dell’agire amministrativo, trova nella partecipazione degli amministrati alla funzione amministrativa e, quindi, alla determinazione del pubblico interesse il suo carattere peculiare.

E’ in tale rinnovato panorama normativo e dottrinale che si rinviene “*la prima organica trattazione sulla rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo*”<sup>157</sup> rappresentata dall’opera di Allegretti sull’imparzialità amministrativa<sup>158</sup>.

Secondo la tesi sostenuta da tale dottrina, il nuovo assetto costituzionale ha attribuito all’amministrazione il ruolo di “parte imparziale”, intendendo per tale la parte pubblica del rapporto amministrativo preposta al perseguimento di un fine che è il risultato della valutazione e ponderazione delle varie qualificazioni del fatto offerte dai diversi soggetti che partecipano alla funzione amministrativa e alla definizione del pubblico interesse<sup>159</sup>; da ciò ne deriva che connaturale ad un tale modello di “amministrazione imparziale” è il dovere di buona fede<sup>160</sup>, che impone al soggetto pubblico di esercitare la funzione amministrativa nel rispetto delle posizioni soggettive di cui sono titolari le controparti procedimentali, al fine di una determinazione combinata del pubblico interesse.

Al fine di comprendere il fondamento di tale assunto e approfondirne il contenuto, è necessario esaminare le premesse logico – giuridiche che hanno condotto la dottrina in

---

<sup>155</sup> Per tutti, cfr. BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, p. 126 e ss.; BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968.

<sup>156</sup> BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 808.

<sup>157</sup> Così MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 52

<sup>158</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit..

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 57 – 58.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 284: “il dovere di buona fede discende dalla natura stessa dell’amministrazione imparziale”.



esame a sostenere l'autonoma rilevanza del principio di buona fede in diritto amministrativo quale corollario del principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.*.

Con l'affermazione dello Stato di diritto, l'amministrazione viene considerata sul piano giuridico come "parte" del rapporto amministrativo<sup>161</sup>: tale qualificazione deriva dalla considerazione secondo cui la p.a., nell'esercizio della propria funzione, persegue fini (pubblici) specifici e particolari rispetto al fine generale dell'ordinamento statale<sup>162</sup>. Il rapporto tra amministrazione e soggetti amministrati che con essa entrano in relazione si pone, dunque, in termini di contrapposizione<sup>163</sup>, operando l'amministrazione al fine di perseguire l'interesse pubblico particolare, specifico e (legislativamente) predeterminato alla cui cura è preposta e nei confronti del quale ogni altro fine si contrappone.

Dal modello giuridico – dogmatico del "sistema dell'amministrazione parte"<sup>164</sup> deriva, ad un'analisi *prima facie*, l'impossibilità di riferire all'amministrazione l'attributo dell'imparzialità, nella cui nozione è implicito il disinteresse per il perseguimento di un fine proprio<sup>165</sup>. Contrariamente, secondo il modello proposto, ciò che caratterizza l'agire amministrativo in seno al rapporto procedimentale è proprio il perseguimento da parte dell'amministrazione dell'interesse (pubblico) particolare a cui è istituzionalmente preposta: in tal senso, nell'ambito della relazione tra interesse pubblico e interesse privato dedotto nel rapporto amministrativo, l'amministrazione è "parziale"<sup>166</sup>, parteggiando per l'interesse pubblico specifico alla cui realizzazione la p.a. è preposta.

Per vero, pur non disconoscendosi il "sistema dell'amministrazione parte" - anche in considerazione delle conquiste che da esso sono derivate, specie in ordine alla tutela delle posizioni giuridiche degli amministrati<sup>167</sup> -, si è rilevato da parte della medesima

---

<sup>161</sup> Cfr. BENVENUTI F., *L'ordinamento repubblicano*, Libreria Universitaria Editrice, Venezia, 1961, p. 150; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962, p. 214; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 3.

<sup>162</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., pp. 4 – 5, secondo cui "Le situazioni di potere, cioè le forze giuridiche produttive di effetti in ordine ai rapporti amministrativi, sono conferite all'amministrazione strumentalmente ai suoi diritti e ai suoi doveri: in questo consiste la qualità di parte".

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 4: la p.a., nell'ambito del rapporto amministrativo (procedimentale) è "parte di fronte ad altre parti".

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 13: "Entro un'amministrazione intesa come parte, in linea di principio non vi è posto per l'imparzialità. Poiché questa introdurrebbe nella costruzione dell'amministrazione una disarmonia: con l'attribuire all'amministrazione questo carattere dell'imparzialità, si rinunciarebbe a mantenerle tutto il rigore della posizione di parte. Questo comporta infatti, almeno in linea di massima, l'orientazione a perseguire il proprio interesse; certo anche, nello spirito del diritto, a perseguirlo in piena oggettività, ma tuttavia sempre con una intenzione assorbente ed unilaterale che non ammette il disinteresse che è implicito nella nozione di imparzialità".

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>167</sup> Come rilevato dalla dottrina in commento, la qualificazione giuridica dell'amministrazione come "parte" del rapporto amministrativo e la conseguente individualità che caratterizza l'interesse privato in contrapposizione

dottrina<sup>168</sup> che l'amministrazione è una parte *sui generis*, dotata di imparzialità, essendo ad essa coesistente, oltre al perseguimento del pubblico interesse, anche il rispetto delle posizioni private fatte valere nell'ambito del rapporto amministrativo e la cui valutazione concorre alla determinazione (*recte*: alla composizione) del pubblico interesse concreto.

E' in tal senso che la dottrina parla di amministrazione come "parte imparziale", significando con tale espressione che *"l'amministrazione persegue fini unilaterali (il pubblico interesse), ma tuttavia è escluso che possa divenire parziale, ossia perseguire tali fini senza curarsi nel contempo della soddisfazione dei fini altrui"*<sup>169</sup>; dal "sistema dell'amministrazione parte", si passa ad un "sistema dell'amministrazione come parte imparziale", intendendo come tale la parte che, nel perseguire il proprio interesse, al contempo realizza la *"proporzione fra tutti gli interessi e le posizioni soggettive connesse all'attività amministrativa"*<sup>170</sup>.

In altri e più semplici termini, l'imparzialità che caratterizza l'amministrazione "parte" si traduce nel potere - dovere della p.a. di una corretta identificazione e valutazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, con la conseguenza che la determinazione dell'interesse pubblico concreto costituisce il risultato di un'esatta e completa rappresentazione e ponderazione di tali interessi<sup>171</sup>.

Più in particolare, nell'ottica di una lettura combinata dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost., l'amministrazione come "parte imparziale" ha il potere - dovere di informare l'esercizio della propria funzione, da un lato al principio di buon andamento che *"concerne l'ordinazione dell'amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse*

---

all'interesse pubblico hanno consentito *"il riconoscimento di qualificazioni soggettive del privato di fronte ad essa"* (*Ibidem*, p. 11), posizioni giuridiche soggettive di cui viene assicurata - nell'ottica della soggezione della p.a. al *"dominio del diritto"* (*Ibidem*, p. 7) - la tutela giurisdizionale (secondo l'A., infatti, nell'ambito della ricostruzione del rapporto tra p.a. e amministrati in termini di contrapposizione tra "parti", *"ciò che si avverte come primo e fondamentale [è] il rispetto per l'interesse e la situazione del privato, la cui individualità di fronte all'interesse pubblico è ben netta, e che, quindi, il principio e la direttiva più basilare su cui si orienta il diritto amministrativo [è] la imposizione di limiti al pubblico potere, a garanzia dell'amministrato"*, p. 10). Cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op. cit., p. 107, secondo cui l'imparzialità costituisce un canone di condotta dell'amministrazione che limita l'espansione del potere in rapporto ai soggetti privati.

<sup>168</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 15.

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>171</sup> Cfr. MORBIDELLI G., *Introduzione all'attività amministrativa*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, I, MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - COCA (a cura di), Monduzzi, Bologna, 2005, p. 528.

*pubblico specifico*”, dall’altro al principio di imparzialità che “*riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite che come criterio positivo*”<sup>172</sup>.

Il riconoscimento all’autorità amministrativa della posizione di “parte imparziale” - che, per sua natura, postula la presenza di una controparte e l’imposizione di principi e criteri di rispetto della posizione soggettiva di quest’ultima<sup>173</sup> - da un lato, e la configurazione della funzione amministrativa come un rapporto di collaborazione procedimentale dall’altro, costituiscono, pertanto, un fattore determinante in ordine all’autonoma rilevanza del principio di buona fede oggettiva anche in diritto amministrativo, quale principio generale regolatore di tutti i rapporti di collaborazione, compresi quelli di natura procedimentale in cui si articola l’esercizio della funzione amministrativa<sup>174</sup>.

Più in particolare, secondo la medesima dottrina, l’imparzialità comporta che le relazioni tra p.a. e amministrati siano informate al principio di buona fede e ciò da parte di entrambi i soggetti del rapporto amministrativo: tale reciprocità si fonda, infatti, sul concetto stesso di buona fede quale principio generale dell’ordinamento giuridico, in quanto tale applicabile ad entrambe le parti del rapporto e, più in generale, ad ogni soggetto dell’ordinamento<sup>175</sup>.

Segnatamente, con riguardo al soggetto pubblico, “*il dovere di buona fede discende dalla natura stessa dell’amministrazione imparziale*”<sup>176</sup>, nel senso che la p.a., nell’esercizio del potere discrezionale in ordine al perseguimento del pubblico interesse (concreto), non può prescindere dall’applicazione del principio fondamentale di ogni ordinamento, che consiste nella reciproca lealtà tra le parti del rapporto giuridico<sup>177</sup>.

La teoria esaminata, pertanto, è tesa a dimostrare che il principio di buona fede è applicabile anche ai rapporti giuridici in cui una delle parti abbia il potere – dovere di agire in maniera

---

<sup>172</sup> Così ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 33.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>174</sup> BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit., p. 819.

<sup>175</sup> ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 284.

Il dovere di buona fede si pone non solo nei confronti dell’amministrazione, ma anche degli amministrati parti del rapporto amministrativo procedimentale, il cui apporto partecipativo, qualificato dalla vicinanza alla situazione concreta e preordinato alla tutela della propria specifica situazione, è funzionale alla determinazione del pubblico interesse concreto quale “*giusta ponderazione degli interessi in gioco*”; per converso, “*se non si riconoscesse loro un dovere di buona fede il fine pubblico potrebbe essere asservito ai fini propri delle parti [private] o delle più forti tra esse*” (ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit., p. 286).

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 284; secondo l’A., l’imparzialità pone l’amministrazione in una “*situazione comprensiva delle posizioni degli amministrati*” per la necessaria considerazione dei loro interessi e tale situazione implica, da parte della p.a., il rispetto della loro fiducia ossia “*la veracità del comportamento dell’amministrazione*” (p. 286 - 287).

In linea generale, il dovere di buona fede si concreta, come già precisato (cfr., *ex amplius*, cap. I e II), in doveri di rispetto e tutela della posizione giuridica di controparte e in doveri di cooperazione: si pensi, a titolo esemplificativo, al divieto di *venire contra factum proprium*, ai doveri di informazione, alla clausola *rebus sic stantibus* che limita la revocabilità dei provvedimenti amministrativi.

<sup>177</sup> MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, p. 54.

imparziale, intendendo come tale – lo si ripete – la parte che, in ossequio al principio costituzionale solidaristico<sup>178</sup>, realizza un fine che è il risultato ponderale delle varie qualificazioni del fatto offerte dai diversi soggetti che partecipano alla definizione del pubblico interesse in seno al rapporto collaborativo procedimentale; ancor più in particolare, si rileva che i principi di correttezza e lealtà “*compaginati come sono con la natura della giustizia, operano tanto più fortemente nei riguardi dei soggetti imparziali*”<sup>179</sup>, per loro stessa natura obbligati a tutelare le posizioni giuridiche di cui sono titolari le altre parti del rapporto.

Per vero, secondo la medesima dottrina, se la qualificazione giuridica dell’amministrazione come “parte imparziale” agevola ed amplifica l’applicabilità del principio di buona fede all’attività amministrativa, l’operatività di tale principio generale prescinde concettualmente dalla posizione di “parte imparziale”, presupponendo semplicemente l’esistenza di una relazione intersoggettiva, di un rapporto giuridico, indipendentemente dalla qualificazione giuridico – formale di imparzialità delle parti (*recte*: di una delle parti) del rapporto<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Riconducono il principio di buona fede al principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* BIANCA, *La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale*, op. cit., p. 209; BERTI, *Il principio contrattuale nell’attività amministrativa*, op. cit., p. 61; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrina generale del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 147 e ss..

<sup>179</sup> ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, op. cit., pp. 283 – 284.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 282; cfr. anche MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, p. 57.

## 2.2.2 La buona fede come obbligo di ponderazione tra l'interesse primario e la tutela dell'affidamento del privato.

Secondo un autorevole orientamento dottrinale<sup>181</sup>, l'applicazione del principio di buona fede in diritto amministrativo trova fondamento nella tutela dell'affidamento ingenerato nel privato da un precedente comportamento posto in essere dall'amministrazione. Più in particolare, tale affidamento integra una situazione giuridica soggettiva che, quale regola della decisione dell'amministrazione, si traduce nell'obbligo in capo alla p.a. di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse correlato all'affidamento.

Prima di esaminare specificamente tale ricostruzione dogmatica, è opportuno chiarire di quale nozione di affidamento la citata dottrina intende dimostrare l'applicabilità anche nell'ambito del diritto amministrativo, evidenziando, più in particolare, i rapporti tra concetto di buona fede e nozione di affidamento.

Come precedentemente rilevato<sup>182</sup>, la maggioritaria dottrina civilistica – in linea generale – ha riconosciuto alla clausola generale di buona fede due forme di manifestazione: da un lato, l'obbligo del soggetto di agire conformemente al comportamento precedentemente tenuto, in ossequio al principio espresso nel noto broccardo *non venire contra factum proprium*; dall'altro e più in generale, l'obbligo del soggetto di comportarsi *iure*, ossia secondo una correttezza astrattamente determinata, ma determinabile sulla base della fattispecie concreta. Della nozione di buona fede si distinguono, pertanto, una nozione ristretta e qualificata, che si esprime nel principio di non contraddizione con un precedente comportamento, e una nozione generica, che si risolve nel rispetto dei canoni di lealtà e correttezza che devono informare l'agire di tutti i soggetti dell'ordinamento indipendentemente dal precedente comportamento posto in essere dal soggetto agente<sup>183</sup>.

Più in particolare, specularmente al principio di non contraddizione, è configurabile una situazione giuridica soggettiva di affidamento, consistente nell'aspettativa<sup>184</sup> generata da un precedente comportamento della controparte, aspettativa a che la successiva condotta posta

---

<sup>181</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit..

<sup>182</sup> Cfr. cap. I, par. 1.

<sup>183</sup> GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Padova, 1938, pp. 189 e ss..

<sup>184</sup> Per la nozione civilistica del concetto di aspettativa si rinvia a NICOLO' R., voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, I; SCOGNAMIGLIO R., voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, I, pp. 226 – 232.

in essere dal soggetto affidante sia coerente con quella che, in precedenza, ha ingenerata l'altrui fiducia.

All'opposto, di fronte al generico obbligo di correttezza (non riferito ad un precedente comportamento), sussiste la generica aspettativa a che tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico con i quali si viene a contatto rispettino, non solo lo *strictum ius*, ma anche le regole di lealtà e correttezza imposte dal principio generale di buona fede.

La dottrina in esame, in considerazione della rilevata dicotomia che caratterizza il concetto di buona fede oggettiva e – specularmente – la nozione di affidamento quali elementi della medesima fattispecie giuridica<sup>185</sup>, prospetta una ricostruzione della rilevanza della buona fede in diritto amministrativo accogliendo la nozione ristretta di affidamento, inteso come aspettativa a che la controparte mantenga un comportamento coerente con la precedente condotta affidante<sup>186</sup>.

Più in particolare, secondo la medesima dottrina, tale necessaria coerenza si traduce, sotto il profilo dell'esercizio della funzione amministrativa, in un obbligo di valutare e ponderare due interessi: l'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal precedente comportamento, da un lato, e l'interesse all'emanazione di un atto o a porre in essere una condotta funzionale al perseguimento del pubblico interesse ma pregiudizievole della situazione giuridica consolidata, dall'altro<sup>187</sup>.

Così intesa, la tutela dell'affidamento del privato impone all'amministrazione una corretta ponderazione degli interessi in gioco, nell'ambito della quale il sacrificio dell'interesse connesso all'affidamento può ritenersi legittimo solamente se giustificato in ragione del perseguimento di un interesse (pubblico) prevalente e sopraggiunto.

Il principio di buona fede oggettiva – inteso come obbligo di ponderazione, anche in ossequio al principio di proporzionalità, tra l'interesse pubblico e l'interesse di un privato qualificato da precedenti atti o comportamenti della stessa amministrazione – costituisce, pertanto, un principio generale non scritto, una “*regola della decisione dell'amministrazione*”<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, op. cit., p. 197; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 127.

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 128 – 129.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 130; cfr. anche MANGANARO, *principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., p. 60.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 61.

Specificamente, secondo la dottrina in esame, in considerazione della diversa rilevanza applicativa che può diversamente assumere in ordine alla funzione amministrativa il principio di legalità, che “*si articola su di un arco che va dalla semplice attribuzione del potere, senza la disciplina dei presupposti per il suo esercizio, all’analitica disciplina dei presupposti di fatto propria della riserva di legge cd. assoluta*”<sup>189</sup>, devono ritenersi operanti, nell’ambito di quello “*spazio intermedio*”<sup>190</sup> tra attribuzione del potere discrezionale e concreto esercizio dello stesso, i principi generali - quale quello di buona fede - che svolgono, pertanto, una funzione integrativa della fattispecie legislativa<sup>191</sup>.

Più in particolare, il fenomeno giuridico dell’integrazione della fattispecie normativa con un principio generale non scritto è connesso alla (progressiva) affermazione dello Stato di diritto, manifestatasi nella sottoposizione dell’intera azione (*recte*: funzione) amministrativa a principi di diritto, consistenti, o in norme legislative, ovvero - in mancanza delle stesse o in ragione della loro lacunosità - in principi generali non scritti<sup>192</sup>, desunti dalla giurisprudenza amministrativa dalle sollecitazioni promananti dalla Costituzione materiale.

Ne deriva la diretta applicazione all’amministrazione di precetti costituzionali - scritti e non scritti - e la loro giustiziabilità nei confronti del soggetto pubblico, conseguentemente assumendo il giudice amministrativo anche un ruolo di “*giudice della «costituzionalità» amministrativa*” in quanto “*competente a giudicare della conformità dell’azione amministrativa, non solo alla legge ma anche alla Costituzione (scritta e non scritta)*”<sup>193</sup>.

In altri e più semplici termini, la buona fede viene a configurarsi come un principio costituzionale non scritto, integrativo della fattispecie normativa ed oggetto di valutazione comparativa in sede di scelta amministrativa, imponendo alla p.a una ponderazione tra interesse primario istituzionalmente perseguito e affidamento suscitato nel cittadino da un precedente atto o comportamento dell’amministrazione stessa.

---

<sup>189</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., p. 236.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 237.

<sup>191</sup> *Ibidem*, pp. 236 - 237. Con riferimento all’integrabilità della fattispecie legislativa con il principio generale di buona fede, NIGRO M., “*Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *L’azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, parla di “*legalità - giustizia*” (p. 33).

<sup>192</sup> Significativo MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit., che, con riferimento ai principi generali non scritti suscettivi di integrare la disciplina pubblicistica, parla di “*parte non codificata del diritto amministrativo*” (p. 108).

<sup>193</sup> Cfr. ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 171, secondo cui la mediazione della legge non è un *quid* necessario fra la Costituzione e l’attività amministrativa; quando non esistono leggi che applicano specificamente precetti generali costituzionali nei confronti della p.a., questi precetti - scritti o non scritti - disciplinano direttamente l’attività amministrativa.

### 2.2.3 La tutela della buona fede come garanzia delle situazioni giuridiche favorevoli del privato dovute ad una precedente determinazione dell'amministrazione.

Come precisato in precedenza<sup>194</sup>, quando si è esaminata la teoria secondo cui la buona fede oggettiva ha rilevanza e applicazione in diritto amministrativo in quanto corollario del principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.*<sup>195</sup>, l'attività procedimentalizzata dell'amministrazione non si esprime più esclusivamente con atti unilateralmente promananti dal soggetto pubblico, ma è il risultato dell'attività posta in essere nell'ambito de rapporto procedimentale – considerato alla stregua di un rapporto di collaborazione nell'esercizio della funzione – tra la p.a. e gli amministrati<sup>196</sup>. Da ciò – si è visto – che la tutela della buona fede in diritto amministrativo impone alla p.a. (e ai soggetti interessati) di operare correttamente nell'ambito del rapporto procedimentale<sup>197</sup> e – più in generale – nelle fattispecie caratterizzate dall'esercizio del potere pubblicistico<sup>198</sup>.

Proprio prendendo le mosse da tali premesse, secondo un autorevole orientamento dottrinale<sup>199</sup>, la rilevanza della buona fede oggettiva in diritto amministrativo trova fondamento nella situazione giuridica favorevole del privato ingenerata da un precedente atto o comportamento della p.a., posizione qualificata che costituisce un limite sostanziale alle scelte dell'amministrazione; in altri termini, l'amministrazione incontra un limite alle proprie scelte *“per effetto della pregressa composizione di interessi effettuata in virtù di una precedente determinazione discrezionale cui era pervenuta”*<sup>200</sup>.

Più in particolare, secondo tale teoria, l'esercizio del potere discrezionale relativamente ad una determinata fattispecie implica effetti in ordine ad una successiva determinazione della p.a. sul medesimo oggetto: quest'ultima, infatti è limitata e vincolata dall'assetto di interessi determinato dal precedente esercizio del potere, tanto che tali interessi non sono (più) giuridicamente qualificabili alla stregua di interessi privati in conflitto con l'interesse

---

<sup>194</sup> Cfr. par. 2.2.1 del presente capitolo.

<sup>195</sup> Così ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, op. cit..

<sup>196</sup> Significativo MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, op. cit., secondo cui la procedimentalizzazione dell'agire amministrativo – intendendo il procedimento come *“forma della funzione”* - incide sul *“farsi dell'atto, (...) il quale non è altro che il «riassunto» di situazioni giuridiche già definite nel corso del procedimento”*.

<sup>197</sup> Cfr., *ex amplius*, par. 2.2.1 del presente capitolo.

<sup>198</sup> Cfr. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, op cit., p. 816.

<sup>199</sup> MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova, 1979.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 140.



pubblico, ma piuttosto acquisiscono la natura giuridica di “*posizioni soggettive caratterizzate dal loro inserimento nel [successivo esercizio del] potere obiettivo*”<sup>201</sup>.

Il precedente esercizio del potere amministrativo, in altri termini, implica non solo la garanzia di una formale (e sostanziale) coerenza con l’attività precedentemente posta in essere – come, per converso, sostenuto dalla dottrina secondo cui la buona fede trova fondamento nell’obbligo della p.a. di ponderare l’interesse primari con il legittimo affidamento suscitato nel privato da un precedente atto o comportamento<sup>202</sup> - ma, piuttosto, un vincolo sull’ulteriore attività amministrativa, che dovrà tener conto delle situazioni favorevoli del privato determinate dalla precedente scelta discrezionale di composizione degli interessi in gioco, nell’ottica di una “*tendenziale conservazione delle posizioni acquisite al procedimento precedente*”<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>202</sup> Così MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, op. cit.; cfr., *ex amplius*, par. 2.2.2 del presente capitolo.

<sup>203</sup> MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, op. cit., p. 143.

### **3. Le posizioni giuridiche soggettive nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.**

Secondo una lineare – e semplicistica – sistematica, come già precisato, con la formula “contratto ad evidenza pubblica” si intende una fattispecie complessa, in cui convivono atti giuridici disciplinati dal diritto pubblico e atti giuridici disciplinati dal diritto civile, una fattispecie complessa in cui una fase pubblicistica “doppia” una fase privatistica, in particolare: la fase pubblicistica è disciplinata dal diritto pubblico, da norme di azione, e si articola in atti amministrativi, in relazione ai quali i privati concorrenti sono titolari di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo; la fase privatistica, d'altro canto, è disciplinata dalle norme di diritto civile, in relazione alle quali il privato è titolare di diritti soggettivi.

Come già anticipato, tale bipartizione è solo apparentemente lineare, non potendosi cogliere una netta separazione tra fase pubblicistica e fase privatistica, tra interessi legittimi e diritti soggettivi, tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, disconoscendo l'unitarietà della fattispecie complessa in esame, in quanto preordinata alla conclusione di un contratto.

Ne consegue che anche alla fase procedimentale sono applicabili i principi e le norme di diritto comune – per quanto non derogati dal diritto pubblico e dalle peculiarità strutturali e soggettive del procedimento *de quo* – che regolano i rapporti precontrattuali tra i contraenti<sup>204</sup>.

Ciò premesso, e più in particolare, affermata la rilevanza del principio di buona fede anche in diritto pubblico e, conseguentemente, l'applicabilità anche in tal sede della disciplina della responsabilità precontrattuale, pare possibile sostenere che nell'ambito della fase pubblicistica convivano in capo ai privati concorrenti due posizioni giuridiche soggettive di diversa natura.

---

<sup>204</sup> Cfr. NIGRO, *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, op. cit., p. 458: gli atti della fase pubblicistica dell'evidenza pubblica “*non sono fini a sé stessi, bensì elementi della più complessa operazione di formazione del contratto; per cui, se il procedimento amministrativo s'incepisce, non vengono in questione solo le norme e i principi che reggono l'attività della pubblica Amministrazione, ma forzosamente, seppur in secondo grado, le norme e i principi che reggono la posizione rispettiva delle parti durante le trattative contrattuali e la formazione della fattispecie complessiva. Qui, dunque, diritto pubblico e diritto privato si aggrovigliano in un nodo di non facile scioglimento*”.

In tal senso, cfr. anche PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, p. 744.

Per vero, è inconfutabile che, in relazione ai profili pubblicistici e, segnatamente, ai provvedimenti amministrativi nei quali si articola la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, il privato è titolare di una posizione di interesse legittimo al rispetto della normativa sullo svolgimento della procedura di gara nonché al rispetto delle regole della *lex specialis* di gara. Ugualmente, è incontestabile – in linea generale - che nessuno dei concorrenti privati è titolare di un diritto all'aggiudicazione, di un diritto al contratto, di qui l'impossibilità di configurare un legittimo affidamento alla stipulazione dello stesso<sup>205</sup>.

Tuttavia, queste premesse non escludono che, in relazione al principio di buona fede oggettiva, il privato sia titolare (anche) di una posizione di diritto soggettivo a che la controparte pubblica si conduca conformemente al precetto di cui all'art. 1337 c.c.. Ciascuno dei concorrenti, come già accennato, è titolare di un diritto alla correttezza comportamentale, che trova fondamento nel principio di buona fede oggettiva istituzionalizzato nell'art. 97 Cost.<sup>206</sup>. Infatti, la correttezza comportamentale può costituire un legittima pretesa anche per i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica, atteso che la pubblicazione del bando di gara e la presentazione delle offerte da parte dei partecipanti alla stessa, costituiscono la fonte di un rapporto tra p.a. e aspiranti contraenti, che pare potersi qualificare come trattativa precontrattuale<sup>207</sup>. Ciascuno dei concorrenti privati può, quindi, considerarsi “parte” ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 c.c. e vantare il diritto alla correttezza comportamentale nei confronti dell'amministrazione, dato che con la presentazione delle offerte tutti i partecipanti alla trattativa sono individuati e si obbligano all'esecuzione della prestazione; che poi si tratti di trattativa multipla (o parallela), ciò non esclude la configurabilità in capo ad ogni concorrente del diritto (soggettivo) al rispetto del principio di buona fede oggettiva, posizione giuridica quest'ultima non incompatibile con la posizione di interesse legittimo al rispetto delle disposizioni (pubblicistiche e di *lex specialis*) che governano la procedura di gara.

In altri e più semplici termini, nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica vengono a coesistere posizioni di diritto soggettivo e posizioni di interesse legittimo.

---

<sup>205</sup> Per vero, pur trattandosi di trattative multiple, è ammissibile ritenere che, se il privato concorrente riesce a provare che, in mancanza di scorrettezze comportamentali da parte della p.a., sarebbe risultato aggiudicatario con un elevato margine di probabilità, potrà vantare una pretesa risarcitoria non già pari all'interesse negativo, bensì all'interesse positivo alla stipulazione del contratto.

<sup>206</sup> Cfr. cap. III, par. 2.

<sup>207</sup> Sul punto, si tornerà successivamente esaminando la tesi secondo cui gli atti della fase pubblicistica dell'evidenza pubblica hanno natura giuridica di atti amministrativi negoziali.

Proprio in relazione alla commistione di posizioni giuridiche soggettive di diversa natura e alla necessità per l'interessato di incardinare due diversi giudizi, il legislatore, nell'obiettivo di rendere effettiva la tutela giurisdizionale nel settore degli appalti pubblici, con l'art. 6, co. 1, della L. 205/2000<sup>208</sup> ha introdotto una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, devolvendo alla sua cognizione in sede esclusiva “*tutte le controversie relative a procedure di affidamento*<sup>209</sup> *di lavori, servizi e forniture*”.

In particolare, tale scelta del legislatore - di devolvere la materia degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - rileva sotto due profili.

Sotto il profilo dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, da un lato viene a colmarsi il vuoto normativo (e di tutela) conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità dell'omologo art. 33, co. 2, lett. e) del D.Lgs. 80/1998<sup>210</sup>, dall'altro – concentrando dinanzi al giudice amministrativo la tutela demolitoria e risarcitoria – si evita che l'interessato debba incardinare due distinti giudizi – dinanzi al g.a. per ottenere l'annullamento dell'atto e dinanzi al g.o. per una pronuncia sul risarcimento del danno - al fine di ottenere una tutela piena per la lesione arrecata alla sua sfera giuridica.

---

<sup>208</sup> Come noto, l'art. 6, co. 1, della L. 205/2000 dispone che “*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale e regionale*”.

Si ritiene opportuno precisare fin d'ora che, come noto, l'art. 6, co. 1, cit. è rimasto abrogato (ex art. 256, co. 1, del D.Lgs. 163/2006) a seguito della sua sostanziale riscrittura – salvo quanto si preciserà in seguito – da parte dell'art. 244, co.1, del medesimo decreto.

<sup>209</sup> Secondo la giurisprudenza (cfr. Cons. St., VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)), in considerazione del fatto che anche la trattativa privata è da annoverarsi tra i metodi procedimentalizzati di scelta del contraente, sussiste la giurisdizione esclusiva del g.a. anche in ordine alle controversie relative all'affidamento di appalti (di lavori, servizi e forniture) a trattativa privata, cui si estende, quindi, l'ambito applicativo dell'art. 6 cit..

<sup>210</sup> L'art. 6, co.1, cit. è meramente ricognitiva dell'art. 33, co. 2, lett. e) del D.Lgs. 80/1998, dichiarato incostituzionale con la sent. 17 luglio 2000, n. 292, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In tal sede, per ragioni di trattazione, non si intende dar conto della puntuale ricostruzione del noto *iter* argomentativo che ha condotto la Consulta alla declaratoria di incostituzionalità della citata norma per eccesso di delega, nella parte in cui ha istituito una giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere, nell'ambito di tale materia, la cognizione del g.a. alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali.

Seppur brevemente, si ritiene invece opportuno – al fine di sottolineare l'indeterminatezza normativa nel settore *de quo* - rilevare l'incertezza della portata applicativa dell'art. 33 cit., il quale, al co.1, devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. “*tutte le controversie in materia di pubblici servizi*” e, al co. 2, specifica che “*Tali controversie sono, in particolare, quelle: (...) e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture (...)*”. In considerazione del combinato disposto che ne deriva, si sono prospettate due possibili interpretazioni: secondo un orientamento restrittivo, la norma di cui al co. 2, lett. e) è da interpretarsi come riferita agli appalti pubblici nella sola materia dei servizi pubblici, ed è quindi incostituzionale in ragione della disparità di trattamento che viene a creare tra gli appalti considerati dalla disposizione in esame e quelli da essa esclusi; secondo un orientamento estensivo, la citata disposizione è da interpretarsi come riferita a tutti gli appalti pubblici, essendo da considerarsi alla stregua di regola generale, e sarebbe comunque incostituzionale per eccesso di delega per le ragioni anzidette, che hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità.

Appare superfluo ribadire che il legislatore del 2000 e – si vedrà – quello del 2006, in adesione all'orientamento estensivo, hanno affermato la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di procedure di affidamento come regola generale estesa a tutto il settore degli appalti pubblici.

Sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive tutelate, si ammette la protezione dinanzi alla medesima autorità giurisdizionale non solo degli interessi legittimi, ma anche dei cd. “diritti soggettivi precontrattuali”, ossia di quei diritti che – come si è già cercato di dimostrare - hanno per oggetto, non la stipulazione del contratto, ma il rispetto del principio di buona fede oggettiva quale principio generale e relazionale che non può che informare anche l’attività amministrativa di scelta del contraente, diritti di cui i privati sono titolari in seno alla fase pubblicistica dell’evidenza pubblica<sup>211</sup>.

In altri e più semplici termini, come rilevato dalla più recente giurisprudenza<sup>212</sup>, l’art. 6 cit. implica – tra l’altro - la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. anche delle controversie relative al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale della p.a., per il mancato rispetto del precetto di buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.* nella fase procedimentale di scelta del privato contraente.

Tale conclusione, peraltro, è rafforzata dal disposto di cui all’art. 244, co. 1, del D.Lgs. 163/2006<sup>213</sup>, il quale, per il resto identico all’art. 6 cit., se ne differenzia laddove, proprio con riguardo alla responsabilità precontrattuale, devolve alla cognizione del g.a. in sede esclusiva anche le controversie risarcitorie<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> Cfr. GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., pp. 66 – 67.

<sup>212</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), secondo cui vanno comprese nella giurisdizione *ex art. 6* della L. 205/2000 tutte le controversie riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti discendenti dalla procedura di aggiudicazione, ivi comprese, pertanto, anche le liti concernenti il risarcimento del danno a titolo di illecito precontrattuale della p.a., la quale “*nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente (...) è tenuta non solo a rispettare le regole [di azione] 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*”.

Si ritiene opportuno precisare che, in tale pronuncia, il Collegio riconosce la risarcibilità dell’illecito precontrattuale, posto in essere nelle more della fase pubblicistica, a favore di un’impresa già aggiudicataria (definitiva) della gara: da ciò si potrebbero inferire due corollari. In primo luogo, che la Plenaria, ammettendo la risarcibilità del danno *ex art. 1337 c.c.* subordinatamente al provvedimento di aggiudicazione definitiva, accoglie la nozione ristretta del concetto di legittimo affidamento quale situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un’aspettativa sulla conclusione del contratto, ingenerata dall’altrui comportamento (o inerzia) e tutelata dal principio di buona fede (oggettiva) che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell’affidante sia coerente con il comportamento precedentemente posto in essere e che ha ingenerato l’altrui affidamento (il principio di buona fede oggettiva costituirebbe, in tal senso, un corollario del principio di non contraddizione). In secondo luogo, è possibile obiettare che il provvedimento di aggiudicazione (definitiva) finisce per assurgere a criterio discretivo delle situazioni giuridiche soggettive di cui il privato concorrente è titolare, nonché della tutela ad esse accordata: in altri e più semplici termini, il singolo è tutelato oppure no a seconda che sia intervenuto o meno un provvedimento di aggiudicazione (definitiva).

<sup>213</sup> Come noto, l’art. 244, co.1, cit. dispone che “*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*”.

<sup>214</sup> Così CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

In ordine all'estensione della giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento, ulteriore e peculiare questione deriva dalla circostanza che – in linea generale – l'illecito precontrattuale è integrato da comportamenti, che possono variamente manifestarsi, anche mediante atti amministrativi ovvero in questi ultimi trovare "occasione necessaria"<sup>215</sup>.

Più in particolare, in ragione di un'interpretazione estensiva dell'espressione normativa "procedura di affidamento" di cui all'art. 6 cit. (ora art. 244 cit.) rilevano ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale e rientrano nella giurisdizione esclusiva del g.a., oltre che i provvedimenti, anche i comportamenti non provvedimentali posti in essere dalla p.a. nel corso della procedura di scelta del contraente.

Ciò, precisando che per "comportamenti non provvedimentali" non si intendono solamente i comportamenti connessi ad un provvedimento e ad esso consequenziali, ma anche i meri comportamenti materiali: tale interpretazione ampia ha, peraltro, trovato conforto nella Relazione di sintesi della Commissione istituita dai Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per lo studio delle problematiche di maggior rilievo in ordine al tema del riparto di giurisdizione, secondo cui *"la g.e. sembra comportare l'attribuzione del g.a. anche delle pretese risarcitorie del danno da comportamenti materiali tenuti nella fase dell'affidamento"*.

L'attrazione della materia *de qua* nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo produce, quindi, l'effetto di concentrare dinanzi al g.a. la verifica della legittimità dei provvedimenti e la correttezza dei comportamenti, con la precisazione che, in quest'ultimo caso, l'indagine del giudice verte su tutti i fatti che consentano di valutare se la condotta della p.a. sia stata conforme al principio di buona fede oggettiva.

Ciò posto, occorre considerare se sull'assetto normativo – giurisprudenziale così delineato abbia o meno inciso la nota pronuncia della Corte costituzionale 5 luglio 2004, n. 204, la quale, come noto, pur non investendo direttamente l'art. 6 della L. 205/2000, ha enunciato taluni principi di diritto aventi un valore interpretativo tendenzialmente generale.

In particolare, per quanto rileva in tal sede, la Corte, in primo luogo, ha affermato la compatibilità costituzionale della giurisdizione esclusiva solo in quelle particolari materie in cui l'amministrazione opera come autorità; per converso, non è conforme al precetto costituzionale l'estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. a controversie aventi ad

---

<sup>215</sup> Sul punto si tornerà nel successivo paragrafo, trattando del rapporto che intercorre tra illegittimità dell'atto e illiceità del comportamento.

oggetto comportamenti meri, nell'esplicazione dei quali la p.a. non esercita, nemmeno mediatamente, alcun potere pubblico<sup>216</sup>. Secondariamente, la Consulta rileva che il potere riconosciuto al g.a. di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla giurisdizione esclusiva stessa, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello demolitorio, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.<sup>217</sup>.

In considerazione di tali statuizioni di principio, si pone il problema se sia o meno da riconsiderare la portata normativa ed applicativa dell'art. 6 della L. 205/2000, nella parte in cui devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie in materia di procedure di affidamento<sup>218</sup>; più in particolare, ed ulteriormente, si pone la questione se sia ancora ammissibile che l'azione di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale nei confronti della p.a. debba essere portata alla cognizione del g.a. in sede esclusiva.

Tale questione si pone, segnatamente, in considerazione del fatto che, secondo la dottrina<sup>219</sup>, la responsabilità precontrattuale è integrata sempre e soltanto da un comportamento e mai da un atto (di diritto pubblico ovvero di diritto privato), benché in tale atto possa trovare "necessaria occasione", nel senso che in mancanza di esso l'illecito non sarebbe potuto

---

<sup>216</sup> Come noto, la Corte costituzionale, al fine di delimitare l'ambito della giurisdizione esclusiva in relazione al dettato costituzionale, afferma il necessario collegamento delle materie assoggettabili alla cognizione in sede esclusiva del g.a. con la natura delle posizioni giuridiche soggettive, collegamento espresso dall'art. 103, co. 1, Cost. nella parte in cui dispone che *"quelle materie devono essere «particolari» rispetto quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione – autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione dell'amministrazione pubblica al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (...) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo"* (cfr. punto 3.2 della motivazione). In ragione di tali principi di diritto, è da dichiarare incostituzionale la disposizione che *"comprendendo nella giurisdizione esclusiva – oltre «gli atti e i provvedimenti» attraverso i quali le pubbliche amministrazioni (...) svolgono le loro funzioni pubblicistiche (...) – anche i «comportamenti», la estende a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita – nemmeno mediatamente, e cioè avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici – alcun potere pubblico"* (punto 3.4.3 della motivazione).

<sup>217</sup> Cfr. punto 3.4.1 della motivazione.

<sup>218</sup> Significativo che la Corte costituzionale, nella sent. 204/2004, censuri la formulazione dell'art. 33 del D.Lgs. 80/1998 nella parte in cui reca riferimento a *"tutte le controversie"* (relative al settore dei pubblici servizi), espressione quest'ultima ricorrente anche nell'art. 6 della L. 205/2000 con riferimento al settore delle *"procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture"*; in particolare, secondo la cit. pronuncia, tale dizione *"rende evidente che la «materia» così individuata prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive in essa coinvolte: sicché, in ammissibilmente, la giurisdizione esclusiva si radica sul dato, puramente oggettivo, del normale coinvolgimento in tali controversie di [un] generico pubblico interesse"* (cfr. punto 3.4.2 della motivazione).

<sup>219</sup> Cfr. DI PAOLA O., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 448; LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 48.

venire ad esistenza; ciò, tuttavia, non esclude che il comportamento costituisca sempre e comunque un'entità concettualmente e giuridicamente distinta dall'atto, nel senso che solo il comportamento può integrare una fattispecie di illecito (precontrattuale) e non anche l'atto in quanto tale, che può essere solamente illegittimo<sup>220</sup>. In altri e più semplici termini, essendo l'illecito precontrattuale integrato da un comportamento scorretto, occorre considerare se, alla luce dei principi dettati dalla Corte costituzionale nella citata pronuncia n. 204/2004, debba essere il g.a. il giudice del risarcimento del danno a titolo di *culpa in contrahendo*, pur non essendo il danno consequenziale a provvedimento amministrativo bensì a comportamento mero.

Segnatamente, secondo quanto affermato dalla sent. n. 204 cit., devono essere esclusi dalla giurisdizione esclusiva del g.a. i comportamenti materiali in senso stretto, essendo la cognizione del g.a. in sede esclusiva costituzionalmente compatibile solo con riferimento a quei comportamenti funzionalmente collegati all'esercizio di poteri pubblicistici. Occorre, quindi, determinare se i comportamenti contrari al principio di buona fede oggettiva, rilevanti *ex art. 1337 c.c.*, posti in essere dalla p.a. nell'ambito di una procedura di affidamento, siano astrattamente riferibili ad una funzione amministrativa di natura autoritativa.

Ad un'analisi *prima facie* si potrebbe sostenere una risposta negativa, rilevando che il comportamento posto in essere dalla p.a. ed integrante un illecito precontrattuale non può considerarsi in nessun modo collegato – nemmeno mediatamente – con l'esercizio del potere pubblicistico autoritativo, venendo in rilievo, semplicemente, come condotta elusiva del principio generale di buona fede oggettiva la cui osservanza è imposta a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico. Correlativamente, non sussiste, in *subiecta materia*, quella commistione di posizioni giuridiche soggettive che sola – secondo i principi fissati da Corte cost. 204/2004 - costituisce il presupposto per ritenere costituzionalmente compatibile l'estensione della giurisdizione esclusiva del g.a., dato che nella vicenda risarcitoria in questione la posizione sostanziale lesa è rappresentata dal diritto soggettivo del privato ad ottenere dall'amministrazione un comportamento conforme alle regole di correttezza e buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.*

---

<sup>220</sup> Sul punto si tornerà nel successivo paragrafo considerando il rapporto – di subordinazione ovvero di reciproca autonomia - intercorrente tra illegittimità dell'atto e illiceità del comportamento.



Tale impostazione è stata, tuttavia, disattesa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>221</sup>, la quale, investita della questione<sup>222</sup>, ha escluso che la citata pronuncia 204/2004 eserciti un'influenza in relazione alla giurisdizione esclusiva del g.a. in tema di scelta del contraente *ex art. 6 della L. 205/2000*, investendo la declaratoria di incostituzionalità un'altra e diversa normativa.

Peraltro – precisa l'Adunanza Plenaria – anche ammettendo la rilevanza dei principi enunciati dalla Consulta in ordine alla portata applicativa dell'art. 6 cit., essi non possono comunque indurre a ritenere l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame, la quale risulta con essi compatibile. Infatti, la giurisdizione esclusiva configurata dall'art. 6 relativamente alle procedure di evidenza pubblica preordinate alla scelta del futuro contraente riguarda un settore caratterizzato – come già rilevato poco sopra - dalla coesistenza di posizioni giuridiche soggettive di diversa natura: sussiste, quindi, quell'interferenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tra momenti privatistici e momenti di esercizio del pubblico potere, che si pone come presupposto fondamentale – secondo quanto statuito dalla Consulta – per la compatibilità costituzionale della disposizione ampliativa della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

---

<sup>221</sup> Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>222</sup> Cons. St., IV, 3 marzo 2005, n. 920, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)

#### **4.1 Illegittimità dell'atto e illiceità della condotta. La responsabilità precontrattuale “da comportamento mero” (o “pura”).**

La posizione giuridica del privato concorrente nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente può - quindi - specificarsi a seconda che venga in considerazione la normativa pubblicistica (di azione), che regola l'attività procedimentale della p.a., ovvero i principi e le norme di diritto civile che anche in tal sede trovano applicazione<sup>223</sup>.

Da ciò ne consegue che la valutazione dell'attività posta in essere dalla p.a., anche quando si concreta in provvedimenti amministrativi, va svolta con riferimento ad entrambi i tipi di norme, cosicché la posizione giuridica di cui il privato è titolare può atteggiarsi come interesse legittimo ovvero come diritto soggettivo, a seconda del tipo di norma che si assume violata e della conseguente forma di tutela che si richiede; correlativamente, il privato concorrente potrà far valere a tutela della propria posizione giuridica soggettiva, rispettivamente, l'illegittimità degli atti amministrativi in cui si articola la fase pubblicistica nonché l'illiceità della condotta posta in essere dalla p.a. (tramite i suoi organi), ove ne sussistano tutti gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi.

Da notare - fin d'ora - come si sia posta una distinzione tra illegittimità, quale attributo riferito all'atto, e illiceità, quale connotato riferito alla condotta.

Escluso che tale distinzione abbia rilevanza meramente linguistica o descrittiva, prima di considerare il tema del rapporto tra illiceità (della condotta) e illegittimità (dell'atto amministrativo), si ritiene opportuno - anche a fini di completezza - precisare i termini di tale distinzione ed in particolare gli argomenti addotti dalla più autorevole dottrina per escludere che anche l'illiceità sia una qualifica suscettibile di pertinenza all'atto amministrativo<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> Tale fenomeno di coesistenza dei due tipi di posizioni giuridiche soggettive è definito da parte di alcuni come “relatività delle posizioni giuridiche soggettive” (così MIELE R., *La giustizia amministrativa*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, p. 30), da altri come “doppia tutela” (NIGRO M., *Lezioni di diritto processuale amministrativo. Dispense integrative*, I, a.a. 1970 - 1971, p. 106). Cfr. Cass. civ., 2972/1974 cit., secondo cui “*Nei contratti ad evidenza pubblica, relativamente alla fase procedimentale di formazione del negozio - fermo restando l'interesse legittimo al rispetto, da parte della P.A., della normativa che regola tale procedimento - è individuabile, altresì, un diritto soggettivo del privato a pretendere che l'Ente si comporti, nelle trattative, secondo buona fede. L'eventuale dedotta lesione di tale diritto configura la responsabilità precontrattuale della P.A.*”.

<sup>224</sup> E' da precisare che la distinzione tra illegittimità e illiceità viene meno ove si aderisca all'autorevole orientamento dottrinale secondo cui l'illegittimità non riguarda solamente l'atto ma il complessivo comportamento della p.a., nel senso che l'illegittimità costituisce connotato anche della condotta (così SCOCA F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4051, secondo cui “*mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta,*

Secondo parte minoritaria ma autorevole della dottrina<sup>225</sup>, l'illiceità, al pari dell'illegittimità, rappresenta un attributo riferibile all'atto amministrativo in quanto tale; più in particolare, l'atto è illecito in quanto lesivo dell'altrui sfera giuridica, mentre è illegittimo in quanto non conforme alle norme di azione che disciplinano l'attività amministrativa.

Tale orientamento, tuttavia, non è accolto dalla dottrina maggioritaria<sup>226</sup>, secondo cui, pur ammettendo che per "illecito" si intenda "lesivo di un diritto"<sup>227</sup> e – correlativamente - che per "atto amministrativo illecito" si intenda "atto amministrativo lesivo di un diritto", è da escludersi che mai l'atto amministrativo in quanto tale possa qualificarsi come illecito: tale qualifica non può che riferirsi alla condotta di chi abbia posto in essere l'atto, il quale viene in considerazione come fatto (illecito)<sup>228</sup>. Ne consegue che atto amministrativo ed illiceità sono due concetti incompatibili e contraddittori nel senso che, ove si fa questione dell'atto in quanto tale (e non dell'atto come fatto) non può parlarsi di illiceità né, quindi, di lesione di un diritto. Viceversa, l'illiceità connota l'atto in quanto fatto, in quanto evento – danno, e

---

*l'illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedimento) ma l'intera attività (o inattività) e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti").*

<sup>225</sup> ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 127; GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1957, p. 28.

<sup>226</sup> CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, op. cit., pp. 216 – 217; GIANNINI M.S., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, pp. 181 – 182, secondo cui "la disciplina dell'illecito è, nel nostro sistema positivo, unitaria per il diritto pubblico e per quello privato, e l'unità trova il suo centro nel fatto illecito, e non invece nell'atto illecito. Ogni fatto illecito dell'amministrazione fa sorgere l'obbligazione di risarcimento del danno, indipendentemente dalla natura dell'azione dell'amministrazione, e quindi consista essa in un'attività materiale (...), in un'attività di diritto privato (...), in un atto amministrativo".

<sup>227</sup> Secondo la medesima dottrina, per vero, "illecito" non equivale a "lesivo dell'altrui diritto", illecito è il non risarcire il danno.

Generalmente, infatti, si ammette che a seguito della commissione di un illecito insorge in capo all'agente un'obbligazione risarcitoria, il cui inadempimento è ulteriormente sanzionato mediante l'esperibilità degli istituti dell'esecuzione forzata; parallelamente, si ammette che per "sanzione" si intende una conseguenza giuridica sfavorevole prevista dall'ordinamento giuridico, la cui attuazione non può che essere sottratta alla volontà del soggetto a carico del quale la sanzione stessa è comminata. Sulla base di tali premesse, ne consegue che non può esistere sanzione senza coazione, o meglio che la sanzione implica una coazione (salvo nell'ipotesi in cui si sia mantenuto un comportamento conforme al precetto normativo, ossia nell'ipotesi in cui non sia stato posto in essere alcun illecito, nel qual caso la sanzione ha una mera efficacia preventiva). Ne deriva che l'esistenza di una sanzione, quale applicazione coattiva delle conseguenze riparatorie discendenti dalla commissione di un illecito, presuppone la commissione di un altro illecito, ossia l'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria: per vero, veramente necessario per l'attuazione della sanzione (e quindi per l'esistenza di quest'ultima, secondo quanto anzidetto) è un solo illecito, e precisamente l'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria discendente dalla commissione del fatto dannoso.

Per una più ampia disamina di tale orientamento si rinvia a CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, op. cit., pp. 64 – 72.

<sup>228</sup> Nel medesimo senso cfr. SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1174, secondo cui "L'illiceità non può inerire dunque mai all'atto in quanto tale, bensì – quando esista – non può inerire che al comportamento (di chi abbia posto in essere l'atto) consistente nel fatto di incidere pregiudizievolemente nella sfera patrimoniale altrui ponendo in essere un atto contra ius. (...) In sostanza un danno collegato con un atto dell'Amministrazione si rapporta, di volta in volta, o al fatto stesso dell'emanazione dell'atto, o al fatto dell'esecuzione dell'atto, o al fatto della divulgazione dell'atto, ecc.; mai all'atto in sé e per sé. L'illecito cioè non è mai l'atto, ma sempre un fatto".

quindi la condotta di chi abbia posto in essere il fatto rappresentato dall'emanazione dell'atto ovvero dalla sua esecuzione.

Non vi è dunque alcuna reciproca relazione tra illegittimità dell'atto – determinata dalla violazione delle norme (di azione) che disciplinano l'esercizio del potere - e illiceità dell'atto stesso, semplicemente per il fatto che non esiste giuridicamente il secondo termine di tale relazione.

Posto che l'illegittimità è un attributo dell'atto e l'illiceità è una qualifica della condotta che ha causalmente cagionato l'evento – danno costituito dall'emanazione o dall'esecuzione dell'atto (in quanto fatto), si impone ora di considerare la questione del rapporto che intercorre tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta, e più in particolare se l'illegittimità (dell'atto) costituisca il presupposto logicamente e giuridicamente necessario dell'illiceità (della condotta).

Con riferimento a tale problematica, autorevole dottrina<sup>229</sup> rileva che la legittimità dell'atto esclude l'illiceità della condotta, ossia *“sino a quando l'amministrazione usa legittimamente di un potere (discrezionale) che le è attribuito, non viola né diritti né interessi legittimi, ossia compie atto lecito, e non può incorrere in responsabilità di sorta”*; per converso, laddove l'amministrazione esercita illegittimamente un potere discrezionale, sussiste la possibilità che il *“fatto volontario”*<sup>230</sup> posto in essere si qualifichi come illecito civile.

Più in particolare, secondo tale dottrina, illegittimità ed illiceità sono profili giuridicamente e concettualmente indipendenti ma tra loro collegati, nel senso che l'illiceità della condotta presuppone l'illegittimità dell'atto; per converso, da atti amministrativi legittimi non può derivare la violazione dell'altrui sfera giuridica, da essi cioè non può derivare illiceità (ne potrà invece conseguire un danno in senso meramente economico, come tale indennizzabile ma non risarcibile, in considerazione del fatto che è connaturale all'atto amministrativo incidere unilateralmente ed autoritativamente sulle posizioni giuridiche soggettive dei

---

<sup>229</sup> GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit., p. 269.

Cfr. anche PASINI G., *Note per uno studio sulla “culpa in contrahendo” della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1969, II, p. 166, secondo cui *“anche per quanto riguarda la responsabilità della p.A. va rilevato che non può essere considerato illecito, e come tale fonte di responsabilità, l'atto della p.A. che, pur essendo lesivo dell'interesse altrui, costituisca esplicazione di una potestà della stessa; laddove esista un legittimo esercizio di una potestà amministrativa non può, infatti, mai sussistere la lesione di un diritto soggettivo del cittadino, come del resto non può sussistere neanche la lesione di un interesse legittimo”*.

<sup>230</sup> Da notare come il GIANNINI, in un primo momento, riferisca l'attributo della liceità all' "atto": come rilevato poco sopra, tuttavia, è nota l'adesione dell'A. alla tesi secondo cui liceità/illiceità sono attributi della condotta (o dell'atto in quanto fatto) e non dell'atto in quanto tale. Ciò, peraltro, è confermato dal fatto che, successivamente, l'A. qualifica come illecito il "fatto volontario" posto in essere dalla p.a..

privati), ciò essendo “*intuibile come l’uso legittimo di poteri amministrativi discrezionali, in qualunque atto si esprima, non può dar luogo a fatti illeciti, di nessuna specie*”<sup>231</sup>.

Tale autorevole orientamento dottrinale è accolto da parte di minoritaria giurisprudenza<sup>232</sup>, la quale, spingendosi fino a negare la rilevanza del principio di buona fede oggettiva in diritto pubblico, sulla base di tale presupposto afferma che l’eventuale illiceità della condotta della p.a. presuppone il preventivo e pregiudiziale accertamento da parte del g.a. in ordine all’illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

Più in particolare, secondo tale giurisprudenza, escluso che nell’ordinamento sia ravvisabile un principio di tutela dell’affidamento nell’espletamento dell’attività provvedimentoale e che buona fede oggettiva e correttezza assurgano alla stregua di principi generali informatori dell’attività amministrativa (pubblicistica), essendo invece “*parametri di comportamento dei soggetti privati alla cui stregua il giudice ordinario risolve i conflitti intersoggettivi nascenti dal loro mancato rispetto*”<sup>233</sup>, al g.a. è demandata una diversa valutazione, ossia un sindacato in ordine alla legittimità – e non al merito - dell’azione dell’amministrazione, anche alla stregua dei principi generali di buona andamento ed imparzialità.

Sulla base di tali premesse, si afferma che l’eventuale illiceità della condotta della p.a., idonea a determinare il diritto al risarcimento del danno a favore del privato, presuppone il preventivo accertamento da parte del g.a. dell’illegittimo esercizio della funzione amministrativa, e non la cognizione della condotta dell’amministrazione alla stregua del principio di buona fede oggettiva. Infatti, l’illiceità e la conseguente responsabilità precontrattuale della p.a. si verificano solamente nelle ipotesi in cui a causa dell’illegittimo esercizio del potere amministrativo, qualificato sotto il profilo soggettivo dall’elemento del

---

<sup>231</sup> GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione pubblica*, op. cit., p. 283.

<sup>232</sup> Particolarmente significativo in tal senso è Cons. St., V, 18 novembre 2002, n. 6389, in riforma di T.A.R. Abruzzo, Pescara, 5 ottobre 1999, n. 601, entrambe in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it). Nel caso di specie, il giudice di primo grado, pur ritenendo legittima la revoca della gara disposta dal Comune, ha ritenuto la configurabilità in capo all’Ente convenuto della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., ravvisando nel contegno serbato dalla P.A. la violazione del principio di buona fede oggettiva per aver omesso di dare all’impresa aggiudicataria provvisoria tempestive comunicazione in ordine all’impossibilità di concludere il contratto per motivi contingenti (mancanza di copertura finanziaria).

A tale orientamento sembra aderire anche Cons. St., Ad. Plen. 6/2005 cit., nella parte in cui, pur riconoscendo la soggezione della p.a. al principio di buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c. anche nell’esercizio della sua attività pubblicistica, afferma che la violazione di tale canone di correttezza “*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*”.

Cfr. anche Cass. civ., II, 24 maggio 1991, n. 5883, in *CED*, secondo cui solo se il provvedimento amministrativo è illegittimo e quindi annullato, la condotta della p.a. può qualificarsi come illecita: tra i due giudizi sussiste, pertanto, un vincolo di pregiudizialità del primo rispetto al secondo.

<sup>233</sup> Così Cons. St. 6389/2002 cit..

dolo o della colpa, derivi la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si collega.

Tale orientamento giurisprudenziale, per vero, si presta ad alcune considerazioni critiche laddove pretende di collegare il giudizio sulla responsabilità e quello sull'illegittimità al fine di instaurare un legame di pregiudizialità del primo rispetto al secondo.

Segnatamente, ad avviso di chi scrive, ad essere infondata è la stessa premessa maggiore da cui si prende le mosse: infatti, come si è cercato di dimostrare in precedenza<sup>234</sup>, il principio di buona fede oggettiva ha natura di principio generale dell'ordinamento giuridico e, in ragione della sua naturale *vis expansiva*, trova applicazione in ogni settore – compreso quello pubblicistico - e nei confronti di ogni soggetto dell'ordinamento. Più in particolare, si è visto che il principio di buona fede oggettiva, quale regola generale informatrice dell'attività amministrativa ha fondamento costituzionale nell'art. 97, in quanto desumibile da un'interpretazione soggettiva del principio di imparzialità<sup>235</sup>.

Ne consegue che non è accoglibile la tesi giurisprudenziale in esame nella parte in cui esclude che al g.a. sia demandata la cognizione della condotta dell'amministrazione alla stregua del principio di buona fede, quale principio generale che informa anche l'attività amministrativa di diritto pubblico.

Alla stregua di tali considerazioni, si ritiene che tra giudizio sull'illegittimità dell'atto e giudizio sull'illiceità della condotta posta in essere dalla p.a. mediante l'adozione dell'atto stesso non sussista un preteso vincolo di pregiudizialità, bensì trattasi di giudizi concettualmente e giuridicamente distinti avendo essi due diversi oggetti: l'illegittimità dell'atto da un lato, l'illiceità della condotta dall'altro e, sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive, l'interesse legittimo nel primo, il diritto soggettivo nel secondo.

*A fortiori*, il preteso legame pregiudiziale tra giudizio sull'illegittimità dell'atto e giudizio sull'illiceità della condotta è da escludersi in ragione della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di procedure di affidamento *ex artt.* 6, co. 1, della L. 205/2000 e 244, co.1, del D.Lgs. 163/2006, dato che dinanzi al g.a., che dispone contestualmente della giurisdizione sull'atto e sul rapporto, i due aspetti si disgiungono e – come si cercherà di dimostrare in seguito - il giudizio di responsabilità (precontrattuale) non dipende dall'illegittimità dell'atto.

---

<sup>234</sup> Cfr. cap. III, par. 2.

<sup>235</sup> BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit., p. 819.

Più in generale, oltre alle osservazioni critiche cui si espone la tesi giurisprudenziale estrema – cosiddetta in quanto nega la stessa rilevanza in diritto pubblico del principio di buona fede - sopra considerata, l'autorevole orientamento ricostruttivo in base al quale l'illiceità della condotta è subordinata all'illegittimità dell'atto, non è accolto da autorevole dottrina<sup>236</sup> e dalla maggioritaria giurisprudenza<sup>237</sup>, secondo cui l'illecito precontrattuale è configurabile anche nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo che incide sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati concorrenti (si pensi alla revoca o

---

<sup>236</sup> CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 408 – 411 e 535 - 537; RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 945. Nel medesimo senso cfr. SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1174, secondo cui “quando il danno appaia collegabile immediatamente e direttamente al venire in essere di un atto dell'Amministrazione, esso non può mai dirsi dovuto all'atto in sé e per sé, e cioè causato da questo. L'atto amministrativo è un'entità giuridica destinata a certi particolari effetti indicati dall'ordinamento: quando sia *secundum ius* non può essere illecito; quando sia invece *contra ius*, può essere invalido in ordine a quegli effetti, ma non illecito. L'illiceità non può inerire dunque mai all'atto in quanto tale, bensì – quando esista – non può inerire che al comportamento (di chi abbia posto in essere l'atto) consistente nel fatto di incidere pregiudizievolemente nella sfera patrimoniale altrui ponendo in essere un atto *contra ius*. (...) In sostanza un danno collegato con un atto dell'Amministrazione si rapporta, di volta in volta, o al fatto stesso dell'emanazione dell'atto, o al fatto dell'esecuzione dell'atto, o al fatto della divulgazione dell'atto, ecc.; mai all'atto in sé e per sé. L'illecito cioè non è mai l'atto, ma sempre un fatto”.

<sup>237</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, 8 luglio 2004, n. 4921, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), secondo cui è configurabile la responsabilità precontrattuale della p.a. la quale, dopo aver bandito una gara d'appalto e dopo l'aggiudicazione provvisoria, ne ritiri d'ufficio gli atti con inescusabile ritardo sulla base della loro manifesta contrarietà alla legge e al principio di buona amministrazione, con ciò evidenziando superficialità e negligenza nella condotta; T.A.R. Calabria, Salerno, 16 marzo 2004, n. 163, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), secondo cui la legittima revoca degli atti di gara a causa di una rilevante lacuna del disciplinare non preclude l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale della p.a., dato che tale vizio del disciplinare, ascrivibile ad imperizia e negligenza nella stesura degli atti di gara, lede l'affidamento incolpevole della ditta aggiudicatrice nella conclusione del contratto. Anche il Consiglio di Stato ha statuito che il comportamento pur legittimo della p.a. può concretare una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative precontrattuali. In tal senso, cfr. anche Cons. St., V, 19 marzo 2003, n. 1457, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it): nel caso di specie, l'amministrazione convenuta in giudizio si è indotta a non dar corso all'esito di una gara per la mancanza dei fondi necessari alla realizzazione dell'opera. Tale circostanza, secondo la pronuncia del Consiglio di Stato, costituisce il legittimo presupposto della revoca dell'aggiudicazione, anche in ragione di un principio generale di contabilità pubblica desumibile dal disposto di cui all'art. 81 Cost., in ossequio al quale i provvedimenti comportanti una spesa devono essere adottati solo se provvisti di adeguata copertura finanziaria. Se il provvedimento di revoca è legittimo, ciò non esclude – secondo il giudice amministrativo – la configurabilità in capo alla P.A. di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. per non aver questa provveduto a dare all'impresa (risultata aggiudicataria) tempestiva comunicazione della carenza di fondi, e per essere quindi la condotta posta in essere dalla p.a. lesiva dell'altrui affidamento e colposa sotto il profilo soggettivo (condotta estrinsecatasi nel tardivo, pur se legittimo, provvedimento di revoca). Nel medesimo senso cfr. Cons. St., V, 12 settembre 2001, n. 4776, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it): nel caso di specie, un Comune, nel corso del procedimento di scelta del contraente svolto mediante trattativa privata per l'affidamento di un appalto di servizi, pur protraendo le trattative per un rilevante lasso di tempo, decide di non concludere il contratto con l'impresa ricorrente e di affidare l'incarico ad altro operatore economico. Il Consiglio di Stato - pur escludendo l'illegittimità delle determinazioni dirigenziali impugnate con cui l'Ente convenuto, da un lato comunica all'impresa ricorrente di svolgere approfondimenti istruttori, dall'altro procede a stipulare il contratto con altra impresa – ammette la configurabilità in capo alla P.A. di una responsabilità precontrattuale per violazione del principio di buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c.: la scorrettezza censurata dal g.a. è ravvisata, quindi, nel comportamento contraddittorio manifestatosi attraverso determinazioni dirigenziali di cui non è in discussione la legittimità, ma dalle quali è desumibile la violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva da parte della P.A.. Cfr. anche, *ex multis*, T.A.R. Lazio, Roma, I – bis, 7 marzo 2002, n. 893; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 31 luglio 2000, n. 5130, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

all'annullamento d'ufficio degli atti di gara) sia legittimo, ma lesivo del legittimo affidamento ingenerato nella controparte privata.

Infatti, posto che illegittimità (dell'atto) e illiceità (della condotta o dell'atto in quanto fatto) sono due entità distinte, non è sostenibile che la legittimità dell'atto amministrativo escluda una qualificazione illecita della condotta posta in essere dalla p.a. tramite i propri organi, di conseguenza ben può configurarsi l'ipotesi in cui in presenza di un atto legittimo sussista una condotta illecita, come pure una condotta lecita in presenza di un atto illegittimo<sup>238</sup>.

In tali ipotesi, in cui il soggetto pubblico non adotta provvedimenti illegittimi ma tiene comportamenti illeciti<sup>239</sup> in violazione dei precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., autorevole dottrina parla di responsabilità precontrattuale "da comportamento mero" (o "pura")<sup>240</sup>.

Peraltro, il riconoscimento di una responsabilità precontrattuale cd. "pura" (in considerazione della legittimità dell'attività amministrativa in cui trova "necessaria occasione") costituisce un superamento dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui sussiste un rapporto di pregiudizialità del giudizio sull'illegittimità dell'attività rispetto al

---

<sup>238</sup> Significativo GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, op. cit., p. 28, secondo cui "Un atto amministrativo può dunque essere valido ma illecito, oppure essere invalido ma lecito: nel primo caso, esso potrà produrre gli effetti che gli sono propri, ma a questi si aggiungeranno altri effetti, contrari all'interesse dell'Amministrazione e rivolti a riparare la lesione del diritto soggettivo del cittadino; nel secondo caso, esso non potrà produrre effetti giuridici, o li produrrà solo in modo provvisorio o caduco fino a quando non interverranno, e con efficacia retroattiva, l'annullamento o la revoca dell'atto stesso" (da notare come l'A. presti adesione alla teoria secondo cui l'illiceità è attributo riferibile anche all'atto amministrativo in quanto tale). In tal senso cfr. anche BENVENUTI F., *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 - 37; CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 - 530; CAVALLO PERIN R., voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, p. 612, secondo cui "la validità è qualificazione riferita agli atti giuridici, rinviando invece di preferenza all'adempimento, alla correttezza o alla liceità, la definizione di un giudizio di conformità dei comportamenti, anche se non è infrequente l'uso della locuzione atti illeciti"; SATTA F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3234, secondo cui "tra illegittimità ed illiceità non vi è continuità, se non quando la norma violata – che rende l'atto illegittimo – attinga anche all'ordine pubblico" (non essendo la sede opportuna, si precisi solamente – a fini di completezza – che il contenuto del concetto di ordine pubblico è definito in relazione ai principi generali dell'ordinamento giuridico, tra cui rientra, come già si è dimostrato, il principio di buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c.; per una più ampia disamina della nozione di ordine pubblico si rinvia a FERRI G.B., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, pp. 1038 - 1057).

<sup>239</sup> Si pensi al caso della revoca legittima, ma tardiva, degli atti di una gara che non avrebbe mai dovuto avere inizio per mancanza dei relativi fondi: il provvedimento è legittimo, in quanto posto in essere conformemente al disposto di cui all'art. 21 *quinquies* della L. 241/1990, ma lesivo dell'affidamento dei concorrenti privati a che l'amministrazione si conduca nel rispetto del principio di buona fede oggettiva (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 23 giugno 2009, n. 456, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)).

<sup>240</sup> CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, op. cit.. Si precisa fin d'ora che la medesima dottrina distingue dalla responsabilità precontrattuale "pura" una responsabilità precontrattuale "spuria" quale discendente dall'adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della serie procedimentale di evidenza pubblica. Sul punto si tornerà in seguito.



giudizio sull'illiceità della condotta<sup>241</sup>. Infatti, come riconosciuto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>242</sup>, è configurabile anche nei confronti della p.a. una controversia risarcitoria “pura”, ossia svincolata da un congiunto (*recte*: pregiudiziale) giudizio di annullamento di un provvedimento amministrativo, la cui legittimità non preclude al giudice di conoscere dell'illiceità (precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale) della complessiva condotta della p.a., posto che in tal caso la cognizione non è sull'atto ma sul rapporto.

Più in particolare, dinanzi ad una responsabilità precontrattuale “pura”, al fine di individuare l'ambito della tutela risarcitoria, occorre - ad avviso di chi scrive - distinguere a seconda del concetto di legittimo affidamento cui si intenda aderire<sup>243</sup>.

Secondo i sostenitori della tesi – accolta dalla maggioritaria giurisprudenza e da parte della dottrina - in base alla quale la disciplina in materia di *culpa in contrahendo* tutela il legittimo affidamento nella conclusione del contratto, la tutela risarcitoria a titolo di illecito precontrattuale “puro” è ammissibile solamente a favore del soggetto risultato aggiudicatario (definitivo)<sup>244</sup>, essendo il procedimento giunto ad un punto tale (l'aggiudicazione) da far ritenere che il contratto sarebbe stato stipulato; diversamente, nell'ipotesi in cui non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, i singoli concorrenti, conoscendo la propria offerta ma non quella degli altri, non possono esprimere una valutazione preventiva e prognostica in ordine all'esito favorevole della gara né, quindi, invocare un legittimo affidamento nella conclusione del contratto tutelabile *ex art. 1337 c.c.*, essendo invece titolari di una mera speranza o, più tecnicamente, di una mera aspettativa di fatto come tale irrisarcibile.

In accoglimento di tale orientamento, ne consegue che, solo in caso di revoca o annullamento d'ufficio (legittimi, in quanto adottati in conformità - rispettivamente - agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della L. 241/1990) del provvedimento di aggiudicazione (definitiva), è configurabile una responsabilità precontrattuale “pura” della p.a. che abbia

---

<sup>241</sup> Cfr. *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, I, 8 febbraio 2000, n. 603; T.A.R. Campania, Napoli, II, 21 febbraio 2001, n. 810; T.A.R. Friuli, III, 23 aprile 2001, n. 179; T.A.R. Veneto, Venezia, I, 27 giugno 2001, n. 1782; T.A.R. Campania, I, 29 maggio 2002, n. 1212; Cons. St., VI, 18 giugno 2002, n. 3338, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>242</sup> Cfr. Cass. civ., SS.UU., 14 luglio 2000, n. 494, in *CED*.

<sup>243</sup> Sul punto, cfr. *ex amplius* quanto rilevato *sub cap. I, par. 1 e cap. III, par. 1*.

<sup>244</sup> Circa la questione concernente la natura giuridica dell'aggiudicazione provvisoria e la sua (pretesa) inidoneità a creare nell'aggiudicatario una posizione diversamente qualificata rispetto a quella degli altri concorrenti privati.

posto in essere una condotta scorretta di cui sussistano tutti gli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi.

Diversamente, ove si accolga la tesi secondo cui l'affidamento rilevante ai sensi della disciplina in materia di *culpa in contrahendo* è costituito dall'aspettativa che l'altra parte si comporti conformemente ai principi generali di correttezza e buona fede oggettiva, è sostenibile che la "caducazione" degli atti di gara antecedentemente al provvedimento di aggiudicazione a seguito di provvedimento di autotutela legittimo sia suscettibile di configurare un illecito precontrattuale, ove ne sussistano – in considerazione di un prudente apprezzamento delle circostanze di fatto - tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.

In accoglimento di tale orientamento, infatti, è ammissibile configurare una lesione del diritto ad un comportamento informato al principio di buona fede oggettiva, a prescindere dalla spettanza del bene della vita, ossia l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

Come accennato, le ipotesi più frequenti in cui venga in considerazione una *culpa in contrahendo* "pura" della p.a. sono rappresentate dai casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice ponga in essere un provvedimento (legittimo) determinante la sopravvenuta inefficacia o eliminazione degli atti di gara: più specificamente, tra i provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio mediante i quali si manifesta il potere di autotutela della p.a., assumono particolare rilevanza in tal sede gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio (rispettivamente, artt. 21 *quinquies* e *nonies* della medesima legge)<sup>245</sup> degli atti di gara.

In particolare, l'adozione da parte della p.a. di tali provvedimenti di secondo grado nell'ambito della procedura di evidenza pubblica assume peculiare rilevanza in materia, in considerazione dell'interferenza tra esercizio della potestà pubblicistica e attività di carattere negoziale, interferenza che impone che l'esercizio del potere di autotutela debba conciliarsi

---

<sup>245</sup> Sommarariamente, la revoca è un provvedimento amministrativo che implica la cessazione *ex nunc* degli effetti di un provvedimento anteriore (valido) per ragioni di opportunità; l'annullamento d'ufficio, invece, è preordinato alla rimozione di atti affetti da illegittimità e determina la caducazione dell'atto *ex tunc*. La distinzione tra revoca e annullamento d'ufficio deve essere, comunque, accertata sotto il profilo sostanziale caso per caso, in relazione all'effettivo contenuto dispositivo del provvedimento eliminatorio in concreto adottato, senza che rilevi il *nomen iuris* (cfr. *ex multis* Cons. St., Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 3; Cons. St., V, 15 ottobre 2003, n. 6316; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 19 aprile 2007, n. 1874, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)).

Nell'emanazione di tali provvedimenti in sede di autotutela, la p.a. deve procedere ad una previa comparazione tra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e gli interessi privati configgenti, in particolare quando l'atto da eliminare abbia prodotto effetti consolidati nel tempo. Segnatamente, tale tutela dell'affidamento del privato sulla stabilità della situazione di fatto e di diritto ingenerata dal precedente provvedimento trova espressione, nell'art. 21 *quinquies* cit. nella previsione di un'indennità nel caso di revoca legittima ma pregiudizievole, nell'art. 21 *nonies* cit. nella circostanza che l'annullamento d'ufficio deve intervenire entro un termine ragionevole previa comparazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

con la tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti privati in ordine – a seconda che si accolga la tesi restrittiva o ampia del concetto di legittimo affidamento - alla conclusione del contratto ovvero all'osservanza delle regole di correttezza e buona fede.

In altri termini, la configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. per violazione dei principi di correttezza e buona fede oggettiva, alla cui osservanza – come si è cercato di dimostrare – è tenuta anche la p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, non è precluso dal legittimo esercizio del potere di autotutela: la legittimità del provvedimento ad esito eliminatorio non esclude, infatti, che i presupposti sulla base dei quali il provvedimento di secondo grado è stato adottato<sup>246</sup> rilevino ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 c.c..

Ne consegue, pertanto, che la legittimità del provvedimento di secondo grado non esclude – ove ne sussistano, lo si ribadisce, i presupposti oggettivi e soggettivi - la risarcibilità del danno a titolo di responsabilità precontrattuale a favore del concorrente privato danneggiato dalla condotta illecita posta in essere dalla p.a..

Ciò posto, per quanto specificamente attiene al provvedimento di revoca degli atti di gara, si impone di considerare la rilevanza della previsione di un indennizzo *ex art. 21 quinquies* L. 241/1990 in relazione al tema del danno risarcibile a titolo di *culpa in contrahendo*.

Come noto, ai sensi della citata disposizione, “*Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo*”; relativamente al *quantum*, il co. 1 *bis* della medesima norma, come introdotto dalla L. 40/2007 (di conversione del D.L. 7/2007, cd. “decreto Bersani”), dispone che, ove la revoca incida su “*rapporti negoziali*” (ossia le ipotesi in cui al provvedimento revocato acceda un contratto oppure in cui sussiste un nesso di presupposizione tra provvedimento revocato e contratto, come nel caso del rapporto che intercorre tra provvedimento di aggiudicazione e successivo contratto) l'indennizzo è “*parametrato al solo danno emergente*”<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Si ritiene opportuno precisare che la violazione del legittimo affidamento, integrante illecito precontrattuale, non è causalmente collegata all'esercizio del potere di autotutela in sé, quanto piuttosto ai presupposti di tale esercizio, sotto il profilo della negligenza nella considerazione degli elementi di fatto o di diritto sulla base dei quali è stata indetta la procedura per la scelta del contraente.

<sup>247</sup> In particolare, il co. 1 *bis* dell'articolo 21 *quinquies* dispone che “*Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale*

In considerazione di quanto poco sopra rilevato - ossia che, nonostante la legittimità del provvedimento di revoca, deve essere considerata la condotta della p.a. al fine di valutare se essa si sia conformata ai principi di correttezza e buona fede oggettiva<sup>248</sup> -, la previsione di un indennizzo *ex art. 21 quinquies* cit. non può applicarsi automaticamente in ragione della legittimità del provvedimento di revoca: infatti, a fronte di una condotta illecita della p.a., il concorrente privato avrà diritto, nonostante la legittimità dell'atto di revoca, non all'indennizzo (peraltro, parametrato al solo danno emergente nel caso in cui la revoca abbia avuto ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione quale atto presupposto del successivo contratto), ma all'integrale risarcimento del danno, seppur nei limiti dell'interesse negativo (comprensivo delle spese sostenute e delle occasioni perdute).

Sotto il profilo processuale, infine, la distinzione giuridico - concettuale tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta, quale presupposto dell'astratta ammissibilità di una responsabilità precontrattuale cd. "pura" della p.a., si traduce, come già accennato, in una differenziazione - in ordine all'oggetto - tra giudizio sull'illegittimità (dell'atto) e giudizio sull'illiceità (della condotta)<sup>249</sup>.

Segnatamente, tale distinzione assume particolare rilevanza in relazione alla giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 244, co. 1, cit..

Infatti, se prima dell'entrata in vigore della citata disposizione, la distinzione risultava fondata e trovava giustificazione nel riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo, competente a conoscere dell'illegittimità dell'atto, e giudice ordinario, competente a conoscere dell'illiceità della condotta e quindi della responsabilità (precontrattuale) della

---

*concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico".*

La nuova disciplina, per vero, ha suscitato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale comportando numerosi profili problematici che, in tal sede, non possono che essere solo accennati: in primo luogo, proprio in ordine al significato di "rapporto negoziale", intendendo come tale - secondo l'orientamento prevalente - l'ipotesi di contratto accessivo a provvedimento oppure l'ipotesi in cui sussiste un nesso di presupposizione tra provvedimento e contratto (come nel caso del provvedimento di aggiudicazione e il successivo contratto); in secondo luogo, relativamente alla conoscenza o conoscibilità da parte del privato della contrarietà dell'atto al pubblico interesse, che imporrebbe un suo sindacato sul merito amministrativo; infine, in ordine al riferimento al concorso di terzi all'errore compiuto dalla p.a..

<sup>248</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 marzo 2009, n. 2372, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), secondo cui "nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale nel caso in cui vi sia stata una violazione degli obblighi di buona fede prima della conclusione del contratto ovvero se il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro".

<sup>249</sup> Sottolineano la differenza tra giudizio sull'illegittimità dell'atto e giudizio sulla responsabilità: TORCHIA L., *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, p. 1463; CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 457 - 463; ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in [www.giust.it](http://www.giust.it).

p.a., con la conseguenza che i due giudizi erano anche strutturalmente distinti, è con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, in materia di procedure di affidamento che la separazione concettuale tra illegittimità dell'atto e illiceità del comportamento assume maggior rilevanza: infatti, essendo la medesima autorità giurisdizionale competente a conoscere di entrambi i profili, si impone la necessità, al fine di delimitare i poteri cognitivi del giudice, di individuare – con specifico riferimento all'oggetto del giudizio – quale dei due aspetti – rispettivamente l'atto ovvero la condotta – siano dedotti in giudizio e, correlativamente, la consistenza delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Così GAROFOLI – RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., pp. 99 - 104; RACCA G. M., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. St., IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urb. e app.*, 8/2003, p. 946.

In giurisprudenza, cfr. Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4.

Su posizioni diametralmente opposte si pone autorevole dottrina, che – in una prospettiva evolutiva *de iure condendo* - propende per una unificazione (*recte*: una sovrapposizione) del giudizio di illegittimità e del giudizio di illiceità. Di tale orientamento si darà conto in fine del paragrafo successivo.

#### 4.2 La responsabilità “da provvedimento illegittimo precontrattuale” (o “spuria”).

Come anticipato, dalla responsabilità precontrattuale “pura”, la dottrina<sup>251</sup> distingue una responsabilità precontrattuale “spuria”, espressione con la quale si designa l’obbligazione risarcitoria avente ad oggetto i danni cagionati dall’adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della serie procedimentale di evidenza pubblica (cd. responsabilità “da provvedimento illegittimo precontrattuale”).

Secondo tale orientamento, dinanzi ad un provvedimento illegittimo posto in essere dalla p.a. nella fase (precontrattuale) dell’evidenza pubblica è configurabile non tanto, e non solo, una violazione dei canoni privatistici di buona fede oggettiva e diligenza, specularmente ai quali sussiste una posizione giuridica di diritto soggettivo, bensì un illegittimo esercizio del potere pubblicistico di stampo autoritativo, con connessa incisione della corrispondente posizione di interesse legittimo: in tal caso, pertanto, non si tratta di una responsabilità precontrattuale della p.a., ma di una responsabilità da lesione di interessi legittimi solo occasionalmente connessa alle trattative precontrattuali.

Più in particolare, il privato che deduce la responsabilità “da provvedimento illegittimo precontrattuale” della p.a. non intende far valere la violazione del principio di buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.* (principio che – come si è cercato di dimostrare – trova applicazione anche nella fase pubblicistica dell’evidenza pubblica), bensì il pregiudizio arrecato da un provvedimento amministrativo illegittimo ad una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo pretensivo al conseguimento del bene della vita (rappresentato dall’aggiudicazione, o meglio, dalla stipulazione del contratto e dal relativo utile). A tal fine, si precisi fin d’ora, grava sull’operatore economico danneggiato l’onere di dimostrare di essere “*titolare non già di una mera aspettativa come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la (...) conclusione positiva [della procedura di affidamento] e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità [e quindi alla luce di un giudizio prognostico], ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta*”<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, op. cit..

<sup>252</sup> Cass. 500/1999 cit..

Per vero, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale “spuria” (o meglio, l’utilità pratica di ammettere una tale forma di *culpa in contrahendo* della p.a.) era esclusa in considerazione della consolidata tradizione in ordine all’irrisarcibilità degli interessi legittimi: infatti, ammessa l’operatività del principio di buona fede oggettiva anche nella fase pubblicistica dell’evidenza pubblica, al privato era ammesso – “e imposto” - esperire due azioni, una costitutiva – demolitoria, a tutela dell’interesse legittimo leso dall’attività provvedimento illegittima, una risarcitoria (nei limiti dell’interesse negativo) a titolo di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, per lesione del legittimo affidamento a che l’attività amministrativa si svolga secondo correttezza.

Su tale quadro non ha potuto che incidere, unitamente alla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie – comprese quelle risarcitorie - in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici (ai sensi del combinato disposto dell’art. 6, co.1, della L. 205/2000 e dell’art. 244, co. 1, del D.Lgs. 163/2006), l’affermazione del principio di risarcibilità degli interessi legittimi<sup>253</sup>.

Al riguardo, occorre fin da subito confutare quell’orientamento che si è venuto delineando nella giurisprudenza amministrativa secondo cui, dinanzi a provvedimenti illegittimi posti in essere dalla p.a. nell’ambito di un procedimento concorsuale, e quindi specularmente alla (eventuale) lesione di un interesse legittimo pretensivo, ha ricondotto la correlativa responsabilità (risarcitoria) della p.a. alla *culpa in contrahendo*.

Tale orientamento giurisprudenziale, peraltro, recepisce l’insegnamento di autorevole dottrina<sup>254</sup>, secondo cui è ammissibile assimilare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi pretensivi al risarcimento spettante a titolo di responsabilità precontrattuale, ossia considerare la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi pretensivi alla stregua di una responsabilità per *culpa in contrahendo*, sostituendo così l’incertezza che nella struttura dell’interesse legittimo circonda l’utilità sostanziale del singolo a fronte della potestà amministrativa, con l’interesse al comportamento corretto dell’amministrazione. Invero, secondo tale dottrina, il rapporto tra amministrazione e soggetto titolare di un interesse legittimo pretensivo è del tutto analogo a quello che fonda la responsabilità precontrattuale, dato che “*si potrebbe pensare che quando l’interesse*

---

<sup>253</sup> La nota problematica della risarcibilità degli interessi legittimi non può essere trattata in tal sede se non nei limiti di cui si dirà. Sul punto si rinvia, pertanto, alla sterminata letteratura in materia.

<sup>254</sup> GIANNINI M. S., *Intervento*, in *Atti del Convegno sull’ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 518.

*legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento di un bene della vita sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè l'Amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede*".

Tuttavia, secondo autorevole dottrina<sup>255</sup>, tale orientamento – che, in sintesi, qualifica la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi pretensivi in termini di responsabilità precontrattuale – reca l'inconveniente di limitare fortemente il *quantum* del risarcimento del danno, limitato al solo interesse negativo, comprensivo, come già più volte ricordato, delle spese sostenute in occasione delle trattative precontrattuali e dei mancati guadagni verificatesi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute<sup>256</sup>.

Peraltro, proprio con riferimento al danno da perdita di *chance* contrattuali, la giurisprudenza<sup>257</sup> ha precisato che, per ottenere il relativo risarcimento, il danneggiato deve fornire adeguate deduzioni probatorie in ordine all'effettiva probabilità circa il conseguimento delle ulteriori utilità che avrebbe acquisito nel caso in cui non si fosse impegnato in trattative scorrettamente condotte.

Sul punto, con specifico riguardo alla responsabilità precontrattuale della p.a., la dottrina ha evidenziato che tale gravosità dell'onere probatorio si traduce in una vera e propria *probatio diabolica*, in cui incorre un operatore economico nel provare la sussistenza di mancati impieghi negoziali “*in un settore dell'economia, qual è quello delle commesse pubbliche, caratterizzato dall'alto grado di specializzazione delle imprese e dalla concentrazione della domanda nei soggetti pubblici*”<sup>258</sup>.

Ne consegue che, nella maggior parte dei casi il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale della p.a. dell'operatore economico danneggiato si riduce alle spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale.

Appare dunque evidente, alla stregua di tali considerazioni, come la tesi secondo cui la lesione di interessi legittimi pretensivi dia luogo a responsabilità per *culpa in contrahendo* della p.a. determini una sensibile restrizione dell'operatività della tutela risarcitoria, limitata al solo danno emergente e, nella maggior parte delle ipotesi, in considerazione della detta difficoltà probatoria, alle sole spese sostenute: ciò che si traduce in una protezione

---

<sup>255</sup> Cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 407.

<sup>256</sup> Cfr. *ex amplius* cap. I, par. 1.

<sup>257</sup> Cfr. Cass. civ., II, 25 gennaio 1988, n. 582, in *Giust. civ. Mass.*, 1988.

<sup>258</sup> Così PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, op. cit., p. 1003.



dell'interesse legittimo pretensivo non garantita sotto i profili dell'effettività e della pienezza della tutela risarcitoria medesima.

Ne deriva, pertanto, la non accoglibilità della tesi secondo cui la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi pretensivi è configurabile alla stregua di una responsabilità precontrattuale, dato che, dinanzi ad un provvedimento illegittimo, il privato danneggiato può chiedere la tutela, non tanto della posizione giuridica di affidamento a che la controparte pubblica si conduca in conformità al principio di buona fede oggettiva, quanto piuttosto della posizione di interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto e al relativo utile.

Più in particolare, in altri e più semplici termini, nel caso di provvedimento amministrativo illegittimo, posto in essere dall'amministrazione nella fase precontrattuale pubblicistica dell'evidenza pubblica, è astrattamente configurabile in capo all'operatore economico danneggiato non tanto una responsabilità precontrattuale limitata all'interesse negativo, quanto piuttosto una responsabilità piena per lesione dell'interesse legittimo pretensivo al conseguimento del bene della vita, una responsabilità cd. precontrattuale "spuria" o "da provvedimento illegittimo precontrattuale". In tal caso, la lesione arrecata all'interesse legittimo pretensivo deve essere risarcita, e il risarcimento del danno è commisurato all'interesse positivo, laddove il privato riesca a dimostrare che il provvedimento amministrativo illegittimo ha pregiudicato il conseguimento di un bene della vita che si sarebbe realizzato – secondo un giudizio prognostico – in termini di certezza o di *chance*.

Secondo la dottrina<sup>259</sup>, appare quindi evidente che, al riguardo, è possibile parlare di responsabilità precontrattuale soltanto nei limiti in cui tale responsabilità è cronologicamente e ambientalmente connessa con la fase (pubblicistica) precontrattuale: il privato, infatti, non deduce la violazione del principio di buona fede oggettiva ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1337 c.c., bensì la violazione delle norme di azione che regolano il procedimento amministrativo di scelta del contraente e quindi l'illegittimità dell'azione amministrativa, lesiva dell'interesse legittimo pretensivo di cui è titolare.

Contrariamente, nell'ipotesi in cui il privato concorrente non riesca a dimostrare la titolarità di un interesse legittimo pretensivo al conseguimento del bene della vita, ossia non riesca a raggiungere la prova che - certamente o probabilmente - sarebbe risultato aggiudicatario ove

---

<sup>259</sup> Cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 535.

la p.a. avesse agito legittimamente, egli, in ordine all'aggiudicazione, è titolare, per dirla con Cass. 500/1999 cit., “*di una mera aspettativa come tale non tutelabile*”.

Ciò, tuttavia, non esclude che il privato, che non riesca a dimostrare la consistenza della *chance* di aggiudicazione, deduca la scorrettezza (*recte*: l'illiceità) del comportamento posto in essere dalla p.a. nella fase precontrattuale, ossia la violazione del principio di buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.*: in tale ipotesi, ove il soggetto danneggiato dimostri la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi, è configurabile in capo alla p.a. una responsabilità per *culpa in contrahendo* “pura” o “da comportamento mero”, con conseguente risarcibilità del danno subito in base al paradigma dell'interesse negativo.

In quest'ultimo caso, si potrebbe poi prospettare la questione se sia o meno necessaria la previa (*recte*: pregiudiziale) impugnazione del provvedimento illegittimo.

A tale quesito, autorevole dottrina<sup>260</sup> risponde negativamente, rilevando che anche nell'ipotesi in cui la sussistenza di un comportamento illecito da parte della p.a., in quanto non conforme al principio di buona fede oggettiva, si desuma dalla violazione delle norme di azione che disciplinano il procedimento amministrativo di scelta del contraente, non sussiste alcuna ragione logico – giuridica perché il privato danneggiato abbia l'onere di impugnare in via pregiudiziale e vittoriosamente l'atto amministrativo illegittimo: come si è cercato di dimostrare in precedenza<sup>261</sup>, infatti, sussiste una separazione concettuale e giuridica tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta, distinzione che si traduce nella mancanza di consequenzialità della prima rispetto alla seconda e viceversa (si è rilevato come ben potrebbe configurarsi l'ipotesi in cui in presenza di un atto legittimo sussista una condotta illecita, come pure una condotta lecita in presenza di un atto illegittimo).

Ciò, tuttavia, non significa che la previa impugnazione degli atti amministrativi illegittimi, con la conseguente declaratoria di illegittimità da parte del g.a., non sia utile ed opportuna ai fini del giudizio sulla responsabilità precontrattuale (“pura”), potendo costituire l'illegittimità dell'atto amministrativo circostanza rilevante in ordine alla sussistenza dell'illecito precontrattuale. In tal senso rileva in modo significativo l'insegnamento di autorevole dottrina<sup>262</sup>, secondo cui è ammissibile ritenere che l'illegittimità del

---

<sup>260</sup> GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 124 – 125.

<sup>261</sup> Cfr. cap. III, par. 4.1.

<sup>262</sup> Cfr. FALCONI F., *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, nota a Cass. civ., SS. UU., 21 settembre 1970, n. 1645, in *Foro amm.*, 1971, II, p. 87.

provvedimento amministrativo rilevi ai fini del giudizio di responsabilità per *culpa in contrahendo* come evento in cui si concreta o in cui trova occasione necessaria l'illecito precontrattuale: in altri termini - come si è già cercato di dimostrare in precedenza<sup>263</sup> - in seno al giudizio di responsabilità della p.a. ex art. 1337 c.c., l'atto illegittimo assurge a fatto da valutare in relazione al principio di buona fede oggettiva.

A *fortiori*, si consideri che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie in materia di procedure di affidamento – ivi comprese quelle risarcitorie a titolo di responsabilità precontrattuale<sup>264</sup> - ai sensi dell'art. 244, co. 1, del D.Lgs. 163/2006 comporta il vantaggio, sotto il profilo della concentrazione dei giudizi e della celerità processuale, della possibilità per il giudice amministrativo di verificare unitamente l'illegittimità dell'atto e l'illiceità della condotta: pur trattandosi di giudizi giuridicamente e concettualmente distinti, ciò non significa – in considerazione della loro unitarietà strutturale, in quanto incardinati (o incardinabili) dinanzi alla medesima autorità giudiziaria - che le risultanze di cui allo scrutinio di illegittimità abbiano rilievo – quantomeno sotto il profilo presuntivo, nel senso che l'illegittimità può essere intesa come presunzione *iuris tantum* di illiceità<sup>265</sup> con conseguente inversione dell'onere probatorio a carico della p.a.<sup>266</sup> che dovrà provare la sussistenza di un errore scusabile<sup>267</sup> - in ordine alla cognizione della condotta posta in essere dall'amministrazione sotto il profilo della liceità, con la conseguenza che è possibile sostenere in tal senso una parziale sovrapposizione tra i due giudizi.

In altri termini, l'illegittimità dell'atto costituisce un sintomo della colpa dell'amministrazione, dovendosi quest'ultima dimostrare in relazione al contenuto delle

---

<sup>263</sup> Cfr. cap. III, par. 4.1.

<sup>264</sup> Cfr. cap. III, par. 3.

<sup>265</sup> Così Cons. St., V, 10 gennaio 2005, n. 32; Id., IV, 1 giugno 2004, n. 5500; Id., IV, 6 aprile 2004, n. 5012; Id., VI, 28 ottobre 2003, n. 7473, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>266</sup> GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, op. cit., p. 923.

<sup>267</sup> I più ricorrenti indici di applicabilità dell'esimente dell'errore scusabile sono ravvisati dalla giurisprudenza – in generale – nelle ipotesi in cui l'azione dell'amministrazione risulta “*condizionato, plausibilmente e in modo determinante, da elementi quali la equivocità e contraddittorietà o controversa interpretazione della normativa applicabile alla fattispecie*”, da “*mutati, contrastanti ed incerti indirizzi giurisprudenziali o dalla novità delle questioni esaminate*” (cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, I, 15 aprile 2003, n. 3863; Cons. St., VI, 4 novembre 2002, n. 6000; Cons. St., VI, 19 luglio 2002, n. 4007; T.A.R. Puglia, Lecce, 18 luglio 2002, n. 3983; Cons. St., IV, 14 giugno 2001, n. 3169; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 12 aprile 2000, n. 2793; C.G.A.R.S., Catania, I, 12 febbraio, 2000; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 23 dicembre 1999, n. 5049, tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)).

Per converso, è ritenuto sussistente l'elemento soggettivo della colpa della p.a. nelle ipotesi di inosservanza “*di una norma di legge chiara, precisa e testuale*” che, perciò, non implica difficoltà interpretative e in relazione alla quale “*non venga data negli atti alcuna motivazione plausibile circa la sua non applicazione nella fattispecie concreta*” (cfr. Cons. St., 32/2005 cit.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, I, 25 maggio 2001, n. 533, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it)).

regole di correttezza e buona fede violate<sup>268</sup>, “regole di responsabilità” che - per loro intrinseca natura - hanno “contenuto precauzionale” in quanto preordinate alla tutela della sfera giuridica dei terzi<sup>269</sup>: solo la dimostrazione della violazione di tali regole precauzionali da parte della p.a. implica l'imputabilità dell'illecito in capo alla medesima, dovendosi viceversa escludere – anche in ragione degli approdi cui è giunta Cass. 500/1999 cit. in ordine al concetto giudico di “colpa dell'apparato” - l'ammissibilità di una *culpa in re ipsa* della p.a.<sup>270</sup> e un mero automatismo tra illegittimità dell'atto e illiceità della condotta.

Tuttavia, alla luce delle suddette considerazioni, ed in specie in ordine alla rilevanza del giudizio di illegittimità sul giudizio di responsabilità, secondo una prospettiva evolutiva – di cui già si è fatto cenno - elaborata da autorevole dottrina, l'illegittimità non riguarda solamente l'atto ma il complessivo comportamento della p.a., nel senso che l'illegittimità costituisce connotato anche della condotta<sup>271</sup>, con conseguente ampliamento dell'ambito del sindacato del giudice amministrativo dall'atto all'attività procedimentale, anche in relazione all'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, evoluzione che ammette un sindacato giurisdizionale maggiormente penetrante sull'attività amministrativa<sup>272</sup>. Da ciò ne deriva una completa sovrapposizione tra atto conoscibile nel tradizionale giudizio di legittimità e condotta complessiva dell'amministrazione, conoscibile nel giudizio di responsabilità anche mediante i più ampi mezzi di prova riconosciuti al giudice dal codice di rito. In altri termini, ritenendo che con il giudizio sull'illegittimità dell'atto amministrativo sia possibile conoscere e valutare non solo la funzione, ma anche la condotta complessiva posta in essere dalla p.a., il giudizio di illegittimità viene a coincidere con il giudizio di illiceità.

---

<sup>268</sup> CARRA', *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., p. 115.

<sup>269</sup> Id., pp. 78 – 79. Cfr. anche BIANCA C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 575.

<sup>270</sup> Diversamente, secondo la meno recente dottrina (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 341 – 342), l'elemento della colpa “non ha bisogno, nel diritto amministrativo, di essere dimostrato in modo diretto, rimanendo assorbito dalla illegittimità e dovendo presumersi dalla violazione di qualunque norma che gli organi amministrativi siano tenuti ad osservare: non solo di qualunque norma giuridica, di legge o di regolamento, ma anche di ogni norma interna, di ogni norma tecnica o di buona amministrazione”.

Si noti come l'A. attribuisca rilevanza – seppur al fine di ammettere la *culpa in re ipsa* della p.a. - non solo alle specifiche norme (di azione) che regolano l'attività pubblicistica dell'amministrazione, ma anche ad “ogni norma (...) di buona amministrazione”, rinviando – ad avviso di chi scrive – a quelle regole precauzionali di diligenza, correttezza e buona fede oggettiva che in tal sede assumono peculiare rilievo al fine di ammettere una responsabilità precontrattuale della p.a..

<sup>271</sup> Così SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, op. cit., p. 4051, secondo cui “mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta, l'illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedimento) ma l'intera attività (o inattività) e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti”.

<sup>272</sup> BENVENUTI, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, op. cit., p. 21.

Ulteriormente, precisa autorevole orientamento dottrinale<sup>273</sup>, ove si ammetta la rilevanza del giudizio di illegittimità dell'atto sul giudizio di illiceità della condotta nei termini anzidetti, non può escludersi il contrario, ossia l'influenza del giudizio di responsabilità rispetto al giudizio di illegittimità. Infatti, poiché nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può giungere ad unificare i due ambiti di giudizio - sulla legittimità e sulla responsabilità -, non pare infondato ritenere che egli possa utilizzare tutti gli elementi di conoscenza dei fatti che acquisisce in relazione alla cognizione della domanda risarcitoria anche per il giudizio di legittimità, nel senso che quei fatti - non acquisibili al giudizio di legittimità mediante chiarimenti, verificazioni o consulenza tecnica - potrebbero ampliare l'operatività del vizio di della violazione di legge e il novero delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, così da estendere la portata applicativa dei detti vizi di legittimità, al punto che il giudizio di legittimità del provvedimento potrebbe coincidere con il giudizio sul comportamento illecito della p.a.<sup>274</sup>.

L'accoglimento di tali indirizzi evolutivi, determina, sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive tutelabili, un ampliamento della nozione di interesse legittimo, tanto da risultare così estesa da ricomprendere l'interesse non solo alla legittimità dell'atto amministrativo, ma anche alla legittimità (correttezza) della condotta complessiva posta in essere dalla p.a.. Più in particolare, secondo tale dottrina, se per interesse legittimo si intende - per quanto in tal sede rileva - *“l'interesse al rispetto, da parte della P.A., della normativa che regola (...) [il] procedimento [di scelta del contraente]”*<sup>275</sup>, e se in tale “normativa” deve considerarsi compreso il principio di buona fede oggettiva in ragione della sua rilevanza anche in diritto pubblico quale principio informatore dell'attività amministrativa (pubblicistica), con la conseguenza che la violazione di tale principio rende la condotta della p.a. (non illecita) ma illegittima, ne deriva che *“l'interesse legittimo, anche nella sua concezione più formale di interesse alla legittimità dell'azione amministrativa,*

---

<sup>273</sup> Cfr. GAROFOLI - RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 131; RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 948

<sup>274</sup> Per vero, ad avviso di chi scrive, l'accoglimento di tale impostazione impone una radicale trasformazione e un rilevante ripensamento non solo del processo amministrativo, ma anche - e soprattutto - del rapporto fra giurisdizione amministrativa e pubblica amministrazione in relazione al livello di ingerenza della prima nella seconda che si verrebbe a raggiungere.

<sup>275</sup> Cfr. Cass. 2972/1974 cit..

(...) [contiene] *insito l'affidamento del privato ad un comportamento legittimo*” in quanto conforme al principio generale di buona fede oggettiva<sup>276</sup>.

In conclusione, con riguardo alla problematica relativa ai rapporti intercorrenti tra giudizio sull'illegittimità dell'atto amministrativo e giudizio sull'illiceità della condotta complessivamente posta in essere dalla p.a., si distinguono tre diversi orientamenti ricostruttivi.

Secondo la maggioritaria dottrina e giurisprudenza, tra i due giudizi sussiste una netta distinzione in ragione del differente oggetto dedotto in giudizio, da un lato l'illegittimità dell'atto, dall'altro l'illiceità della condotta.

All'opposto, secondo minoritaria ma autorevole dottrina, essendo l'illegittimità connotato anche della condotta e in ragione della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie in materia di procedure di affidamento sicché il g.a. è giudice “dell'atto” così come “del rapporto”, i due giudizi si sovrappongono e si appiattiscono nel giudizio sull'illegittimità dell'atto e (contestualmente) della condotta.

Infine, secondo una tesi intermedia, pur riconoscendo una separazione giuridico – concettuale dei due giudizi, non è da escludere una reciproca influenza dell'uno sull'altro, specie in considerazione dell'unitarietà strutturale determinata dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art. 244, co.1, del D.Lgs. 163/2006*.

Per vero - come si è cercato di sottolineare – tali diversi orientamenti in ordine ai rapporti tra giudizio di illegittimità e giudizio di illiceità giungono, seppur attraverso differenti *itinerari* argomentativi e ricostruttivi, al medesimo risultato di ammettere la risarcibilità della posizione giuridica soggettiva del privato lesa dall'amministrazione che abbia posto in essere una condotta non conforme alle norme di relazione, alle regole di correttezza, più in generale al principio di buona fede oggettiva.

---

<sup>276</sup> PROTTO M., *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005.

Come si vedrà nel paragrafo successivo, tale orientamento assume particolare rilevanza in ordine alla ricostruzione dogmatica della responsabilità precontrattuale della p.a. in termini di responsabilità cd. “da contatto amministrativo qualificato”.

## **5. La responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito del procedimento di scelta del contraente: responsabilità "per inadempimento degli obblighi di correttezza" o responsabilità "da contatto amministrativo qualificato"?**

Al fine di giungere ad ammettere una responsabilità precontrattuale della p.a. anche nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, parte della dottrina ha considerato – sotto un profilo ricostruttivo – la possibilità di inquadrare l'istituto della *culpa in contrahendo* in termini di responsabilità per "inadempimento di obblighi di correttezza".

Dalla sua prima formulazione risalente alla seconda metà dell'Ottocento, l'istituto della responsabilità precontrattuale è stato approfondito ed elaborato dalla dottrina civilistica tedesca, nel senso di valorizzare il profilo della rilevanza giuridica del rapporto che si instaura nella fase antecedente alla stipulazione del contratto<sup>277</sup>.

In particolare, secondo la medesima dottrina, di tale relazione giuridica deve essere affermata la natura di rapporto obbligatorio strutturalmente e funzionalmente complesso, nel senso che quest'ultimo costituisce di per sé fonte di obbligazioni ("di protezione"), indipendentemente dall'esito della trattativa: le parti, cioè, sono tutelate da doveri di correttezza che incombono reciprocamente su ciascuna di esse, doveri la cui violazione integra una responsabilità cd. "per inadempimento di obblighi di correttezza".

Più in particolare, in accoglimento di tale ricostruzione dogmatica, si ritiene, da parte della dottrina<sup>278</sup>, che la disciplina della responsabilità per *culpa in contrahendo* – avente, quindi, natura giuridica di responsabilità "per inadempimento di obblighi correttezza" – è preordinata a tutelare, non solo e non tanto il legittimo affidamento alla conclusione del contratto, quanto piuttosto il legittimo affidamento – che sortisce dal "contatto sociale" instauratosi nella fase precontrattuale - a che la controparte si conduca secondo buona fede oggettiva.

---

<sup>277</sup> Cfr. JHERING, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, op. cit., pp. 47 – 79; LARENZ K., *Culpa in contrahendo, Vrkehrssicherungspflicht und "sozialer kontakt"*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1954, pp. 515 – 530.

<sup>278</sup> Tale terminologia è stata recepita anche dalla dottrina italiana, cfr. per tutti BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., pp. 99 - 106; CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 657 e GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., pp. 179 – 193; CARRA' M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 8 – 16.

Segnatamente, il “contatto sociale” che si instaura tra le parti rappresenta la fonte di un rapporto obbligatorio<sup>279</sup> che costituisce in capo ai soggetti reciprocamente una cd. “obbligazione senza obbligo primario di prestazione” (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*), il cui contenuto si specifica in “obblighi di protezione” (*Schutzpflichten*) dell’altrui sfera giuridico – patrimoniale.

In altri termini, accanto alla tutela dell’interesse ad ottenere dall’altra parte del rapporto obbligatorio l’utilità contrattualmente dovuta, l’ordinamento garantisce protezione ad entrambe le parti mediante la previsione di obblighi di condotta desumibili da specifiche norme legali ovvero da principi e clausole generali, come quelle di correttezza e buona fede (oggettiva), la cui violazione dà luogo ad una responsabilità per inadempimento.

Per quanto più specificamente rileva in tal sede, della ricostruzione della responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità “per inadempimento di obbligazioni senza obbligo di prestazione”, la dottrina<sup>280</sup> ne ha prospettato l’applicazione anche con riferimento alla *culpa in contrahendo* della p.a. nell’ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente. Più in particolare, si rileva che l’avvio di tale procedimento determina l’instaurazione di un rapporto giuridico complesso tra amministrazione e privato, da cui generano obblighi di protezione, peraltro particolarmente qualificati in ragione della natura pubblicistica della p.a.<sup>281</sup>: secondo la dottrina<sup>282</sup>, infatti, proprio tale natura giuridica implica la configurabilità in capo al soggetto pubblico di una peculiare posizione di garanzia nei confronti dei destinatari dell’attività posta in essere, cui è indotto un affidamento particolarmente circostanziato in ordine alla corretta applicazione delle regole che disciplinano l’attività dell’amministrazione.

---

<sup>279</sup> In linea generale, secondo la dottrina (per tutti cfr. GAROFOLI – RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 177), il fondamento giuridico dei cd. obblighi di protezione è rappresentato dall’art. 1173 c.c. quali obbligazioni derivanti da ogni “atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico”, obbligazioni la cui violazione determina una responsabilità di natura contrattuale (o meglio, per inadempimento).

Peraltro, la disciplina degli obblighi di protezione è ulteriormente qualificata dal principio di correttezza di cui all’art. 1175 c.c..

<sup>280</sup> GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., pp. 179 - 193; CARRA’, *L’esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 8 - 16; CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 654 – 660.

<sup>281</sup> Significativo in tal senso CANTUCCI, *L’attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 120, secondo cui “la serietà dei privati può essere una speranza, mentre quella dell’amministrazione deve essere una certezza inerente alla sua natura”.

<sup>282</sup> GAROFOLI – RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 175.



Tale rapporto giuridico intercorrente tra p.a. e privato, qualificato dalla sussistenza di “obblighi di protezione”, può dunque essere considerato – secondo la medesima dottrina – alla stregua di trattative precontrattuali ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1337 c.c.. Infatti, a tal proposito, si consideri - come già rilevato<sup>283</sup> - che la recente giurisprudenza, in adesione ad autorevole orientamento dottrinale, superando l’argomento secondo cui l’ammissibilità della *culpa in contrahendo* della p.a. presupporrebbe un “rapporto personalizzato” tra amministrazione e privato che troverebbe unica fonte nel provvedimento di aggiudicazione (definitiva), afferma un’interpretazione ampia del concetto di “trattative” (e, conseguentemente, della nozione di legittimo affidamento), rilevando, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1337 c.c., anche le cd. trattative multiple o parallele, in cui è coinvolta una pluralità di soggetti.

La qualificazione (o meglio, la rilevanza) del procedimento amministrativo di scelta del contraente in termini di trattative (multiple), costituenti *ex sé* la fonte di un rapporto obbligatorio da cui derivano “obblighi di protezione” nei sensi anzidetti, convalida l’astratta ammissibilità della responsabilità precontrattuale della p.a. – come responsabilità “per inadempimento di obblighi di protezione” - nella fase cd. pubblicistica dell’evidenza pubblica.

Specificamente, a tal fine, non viene in considerazione la fase di scelta del contraente come procedimento amministrativo disciplinato da norme di azione, bensì come rapporto obbligatorio precontrattuale (disciplinato da norme di relazione) dal quale derivano quegli “obblighi di protezione” che costituiscono una specificazione del principio di buona fede oggettiva e la cui lesione implica una responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c. (come responsabilità “per inadempimento di obblighi di protezione”); in altri termini, non viene in considerazione il profilo dell’illegittimità dell’azione amministrativa, bensì l’illiceità della condotta posta in essere dalla p.a. che non si sia conformata ai principi di correttezza e buona fede oggettiva.

Sotto il profilo processuale – ricordando che le controversie risarcitorie in materia di procedure di affidamento sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a.<sup>284</sup> – ciò si traduce nella considerazione che la violazione dei detti “obblighi di protezione”, quali situazioni giuridiche passive autonome sotto il profilo strutturale e funzionale, è suscettibile

---

<sup>283</sup> Cfr. cap. III, par. 1.

<sup>284</sup> Si rinvia alle osservazioni *sub* cap. III, par. 3.

di originare un'obbligazione risarcitoria autonomamente azionabile in sede di giudizio di illiceità (della condotta complessiva posta in essere dalla p.a.)<sup>285</sup>.

Specularmente, sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive tutelate, il privato concorrente non fa valere il proprio interesse legittimo al rispetto da parte della p.a. delle norme di azione che regolano il procedimento amministrativo di scelta del contraente, ma il diritto soggettivo a che l'amministrazione si conduca conformemente al principio di buona fede oggettiva e, quindi, nel rispetto degli "obblighi di protezione" derivanti dal fatto stesso dell'instaurazione delle trattative<sup>286</sup>.

La configurazione della responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica in termini di "responsabilità per inadempimento di obblighi di protezione", richiama – sotto i profili terminologico e concettuale – taluni aspetti della responsabilità cd. "da contatto amministrativo qualificato", in particolare con riferimento alle implicazioni derivanti dal rapporto giuridico che si instaura tra amministrazione e privato. Tuttavia, come rilevato da autorevole dottrina, tra le due forme di responsabilità vi sarebbe una netta distinzione sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive rispettivamente considerate: da un lato, correlativamente alla responsabilità "per inadempimento di obblighi di correttezza" viene in considerazione una posizione di diritto soggettivo (a che la p.a. si comporti conformemente al principio di buona fede oggettiva); dall'altro, la responsabilità "da contatto amministrativo qualificato" resta legata alla qualificazione di responsabilità per la lesione di interessi legittimi (pretensivi)<sup>287</sup> determinata dall'adozione di provvedimenti illegittimi.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale posizione deve essere riconsiderata in ragione di quell'autorevole orientamento dottrinale – di cui si è già dato conto<sup>288</sup> – che, nell'ottica di una progressiva rarefazione della linea di confine tra illiceità e illegittimità e di una

---

<sup>285</sup> In termini analoghi, cfr. CARRA', *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 15 – 16.

<sup>286</sup> Circa tale fenomeno di coesistenza dei due tipi di posizioni giuridiche soggettive, si rinvia a quanto rilevato *sub cap.* III, par. 3.

<sup>287</sup> In tal senso, cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 415 – 420 e 536 – 537; GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 194; ABBAMONTE G., *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99*, Giuffrè, Milano, pp. 34 – 41.

<sup>288</sup> Cfr. cap. III, par. 4.2.

progressiva sovrapposizione tra giudizio sul comportamento e giudizio sull'atto<sup>289</sup>, afferma che l'illegittimità – quale violazione, non solo delle norme di azione, ma anche dei principi generali di imparzialità, buona amministrazione, buona fede (oggettiva) e correttezza – è connotato, oltre che dell'atto, anche della complessiva condotta posta in essere dalla p.a.; ciò che comporta, sotto il profilo della posizione giuridica soggettiva del singolo, l'accoglimento di una nozione ampia di interesse legittimo, non solo alla legittimità dell'atto, ma anche alla legittimità (- liceità) della condotta complessivamente tenuta dall'amministrazione nell'esercizio di un potere pubblicistico (qual è il potere di scelta del contraente).

Ammettendo, in adesione a tale orientamento, che i privati concorrenti sono titolari, nell'ambito della fase pubblicistica di scelta del contraente, di un interesse legittimo nella cui consistenza è insito (anche) un “*affidamento ad un comportamento legittimo dell'amministrazione*”<sup>290</sup> nei sensi anzidetti (di legittimità come conformità ai principi generali enunciati, tra cui, in particolare, quelli di buona fede e correttezza), non pare che possa escludersi la ricostruzione dogmatica della responsabilità precontrattuale della p.a. in seno al procedimento amministrativo di scelta della controparte privata in termini di responsabilità “da contatto amministrativo qualificato”<sup>291</sup>.

Più in particolare, secondo la dogmatica della responsabilità “da contatto amministrativo qualificato”, similmente a quanto poco sopra rilevato in ordine alla responsabilità “per inadempimento di obblighi di correttezza”, la fonte di tale “contatto qualificato” è costituita dall'apertura del procedimento amministrativo, in virtù della quale tra p.a. e privato si instaura una relazione la cui rilevanza giuridica è determinata dagli obblighi (di protezione) che la presidiano<sup>292</sup>: obblighi, questi ultimi, derivanti o da specifiche disposizioni di legge

---

<sup>289</sup> Cfr. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, op. cit., p. 4051; GAROFOLI – RACCA – DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 131.

<sup>290</sup> PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, op. cit., p. 1005.

Cfr. GAROFOLI – RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 196, secondo cui “L'individuazione di un «*affidamento del privato nel comportamento legittimo*» determina quella sovrapposizione di prospettive fra legittimità dell'atto e correttezza del comportamento, dal momento che l'affidamento sembra da riferire al comportamento, inteso come più ampio complesso di fatti che trascende la legittimità dell'atto e il relativo giudizio, ma si apre alla valutazione – mediante tutti i mezzi di prova – della complessiva correttezza del comportamento nel giudizio di responsabilità”.

<sup>291</sup> GIANNINI, *Intervento*, op. cit., p. 518.

<sup>292</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Giur. civ.*, 2001, I, p. 1358; Cons. St., V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno e resp.*, 2002, 2, p. 183; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 22 maggio 2002, n. 2135, in *Foro it.*, 2002, I, p.

(che disciplinano il procedimento amministrativo) ovvero – segnatamente - da principi e clausole generali, tra i quali particolare rilievo assumono i principi di correttezza e buona fede oggettiva.

Come si è cercato di dimostrare, infatti, tali principi – la cui *sedes materiae* è propriamente la disciplina in materia di obbligazioni e contratti (specificamente artt. 1175 e 1337 c.c.<sup>293</sup>) – hanno rilevanza e immediata precettività anche nel diritto pubblico e – segnatamente – con riguardo alla fase pubblicistica dell’evidenza pubblica, ciò che ha permesso di superare le originarie resistenze ad ammettere la configurabilità di una *culpa in contrahendo* in seno alla fase procedimentale di scelta del contraente.

Da tali premesse, ne deriva che nel momento in cui la p.a. avvia un procedimento (di scelta del contraente, per quanto rileva specificamente in tal sede) sorge un rapporto giuridico che deve essere informato al (reciproco) rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede oggettiva<sup>294</sup>. Infatti, con l’instaurazione di quello che – ad avviso di chi scrive – potrebbe definirsi “rapporto obbligatorio procedimentale”, il privato interessato “*non [è] più semplice destinatario passivo dell’azione amministrativa, [bensì] diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99 identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l’esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario<sup>295</sup> può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni della discrezionalità»*”<sup>296</sup>.

In tal senso, autorevole dottrina<sup>297</sup> - nell’ottica di una rivisitazione della distinzione tra norme di azione e norme di relazione<sup>298</sup> nonché dell’impianto teorico del rapporto tra

---

1916; Cass. civ., I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Dir. e Giust.*, 2003, 6, p. 38; T.A.R. Lazio, Roma, I bis, 7 luglio 2003, n. 5991, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

In dottrina, cfr. in particolare Casetta E. – Fracchia F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, pp. 18 – 20.

<sup>293</sup> A meri fini di completezza, si precisi che alle regole della correttezza e della buona fede (oggettiva) rinviano anche gli artt. 1366, 1375 e 1460, co. 2, c.c..

<sup>294</sup> Cfr. Cons. St. 4239/2001 cit., secondo cui una volta avviato un procedimento amministrativo si costituisce un rapporto giuridico nuovo, “*a struttura complessa*”, assimilabile – sotto diversi profili – alla situazione tipica delle trattative precontrattuali.

<sup>295</sup> Per quanto rileva in tal sede, si precisi che la valutazione del rispetto da parte della p.a. delle regole di buona amministrazione, imparzialità, correttezza e buona fede oggettiva nell’ambito della fase pubblicistica di scelta del contraente è demandata al giudice amministrativo, in ragione della devoluzione alla giurisdizione esclusiva di tutte le controversie in materia di procedure di affidamento (*ex art. 244, co. 1, D.Lgs. 163/2006*). Sul punto, si rinvia a quanto rilevato *sub cap. III, par. 3*

<sup>296</sup> Così Cass. 157/2003 cit.. Cfr. anche T.A.R. Veneto, I, 2° novembre 2003, n. 5778, in *Urb. e app.*, 4/2004, pp. 455 – 456, con nota di Passoni M., *Nuovi sviluppi sul tema della responsabilità (para) contrattuale da contatto sociale*.

<sup>297</sup> Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 149 e ss..

discrezionalità e tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati che entrano “in contatto” con il potere amministrativo - sostiene che il potere discrezionale è sempre, in varia misura, limitato, oltre che da disposizioni puntuali, anche dai detti principi generali di correttezza e buona fede oggettiva, la cui immediata precettività è preordinata alla tutela diretta delle posizioni giuridiche soggettive dei privati. Tali principi, pertanto, attengono a rapporti intersoggettivi, con la conseguenza che - sotto il profilo della loro qualificazione formale - essi rappresentano, non norme di azione, bensì norme di relazione tese ad una diretta tutela delle posizioni giuridiche de singoli aventi natura di diritti soggettivi.

Specularmente, ai detti “obblighi di protezione” corrispondono, pertanto, situazioni giuridiche soggettive che, indipendentemente dalla nomenclatura<sup>299</sup>, hanno natura – secondo tale dottrina<sup>300</sup> - di diritti soggettivi, cd. “procedimentali strumentali”, la cui lesione integra una responsabilità di natura contrattuale<sup>301</sup> (o meglio, per inadempimento).

---

<sup>298</sup> Come già accennato, si ricordi che la tesi della netta separazione tra le due forme di antigirudicità – l’illiceità e l’illegittimità -, ricondotte rispettivamente alla violazione di norme di relazione e di norme di azione, è stata sostenuta da GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, op. cit., p. 28; ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir amm.*, 1998, p. 15.

<sup>299</sup> Si ricordi, infatti, quanto rilevato nella nota pronuncia n. 500 del 1999, secondo cui “*ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all’ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante*”.

Si precisi – quanto meno a fini di completezza – che la dottrina (in particolare, cfr. CARRA’, *L’esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., pp. 16 – 17) rileva come, nonostante la Corte si sia ripetutamente riferita all’art. 2043 c.c., “*l’ordine di idee in cui si è mossa e la stessa terminologia adottata sono in realtà quelli che caratterizzano la responsabilità da inadempimento*”; la comprova di tale insegnamento è costituita dal riferimento ai principi di affidamento, correttezza e buona fede oggettiva al fine di delimitare la tutela risarcitoria degli interessi legittimi (pretensivi): tali principi, infatti, trovano collocazione sistematica nell’ambito della disciplina in materia di obbligazioni e contratti, mentre un riferimento ad essi è escluso dalla disciplina dei fatti illeciti, in cui manca un rapporto giuridico pregresso tra danneggiato e danneggiante.

<sup>300</sup> ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, op. cit., p. 179. Ma cfr. anche PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, op. cit., p. 1006; CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 655 – 656.

<sup>301</sup> Significativo in tal senso SCOCA, *Per un’amministrazione responsabile*, op. cit., p. 4061: secondo l’A., una ricostruzione della responsabilità della p.a. in termini di responsabilità contrattuale chiarirebbe e semplificherebbe molti dei nodi problematici dell’attuale assetto della responsabilità civile della p.a..

In particolare, un simile inquadramento implica l’esonero a favore del privato danneggiato dall’onere di provare l’elemento dell’ingiustizia del danno, trattandosi quest’ultimo di un presupposto richiesto *ex art. 2043 c.c.* al fine della configurabilità della sola responsabilità aquiliana (in tal senso cfr. anche CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, op. cit., p. 666).

Cfr. Cons. St. 4239/2001 cit., ove si ammette che la configurazione di una responsabilità fondata sul rapporto giuridico tra amministrazione e privato appare compatibile con l’ammissibilità di una responsabilità precontrattuale che si fonda sull’inadempimento di obblighi desumibili dal generale principio di buona fede oggettiva, ed in quanto tale è riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale, con il conseguente regime giuridico. Cfr. in tal senso anche T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; T.A.R. Puglia, 1761/2001 cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, III, 9 marzo 2000, n. 1869; tutte in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

Significativo Cons. St., V, 8 luglio 2002, n. 3796, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), secondo cui “*la responsabilità aquiliana presuppone, di regola, una lesione dall’esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia derivante da condotte di soggetti non legati da una precedente relazione giuridica, mentre la vicenda procedimentale destinata a concludersi con il provvedimento che amplia la sfera giuridica del privato è caratterizzata dallo*

Segnatamente, il contenuto di tali situazioni soggettive non è limitato al cd. bene della vita o “utilità finale”, ma è esteso fino a ricomprendere anche le cd. “utilità strumentali” che derivano al privato dal rispetto degli obblighi (di protezione) che regolano il rapporto procedimentale con la p.a.. Infatti, tali “utilità strumentali” costituiscono anch’esse beni della vita garantiti dalla legge e, più in particolare, hanno la natura di diritto soggettivo alla correttezza della condotta posta in essere dall’amministrazione: in altri termini, il privato è titolare di un legittimo affidamento a che la controparte pubblica si conduca conformemente al principio di buona fede oggettiva, informante anche l’azione amministrativa procedimentale che non può che essere ispirata ai canoni della correttezza, diligenza, buona fede, imparzialità e buona amministrazione.

In altri e più semplici termini, al fine del concretizzarsi della lesione, non sarà necessario accertare se al privato spetti effettivamente l’utilità finale cui aspira, scaturendo il danno dalla (mera) violazione di quei particolari obblighi di buona fede e correttezza funzionalmente preordinati a garantire l’affidamento del privato sulla legittimità dell’azione amministrativa<sup>302</sup>.

Alla luce di tale prospettazione dottrinale, ne deriva che le “utilità strumentali” hanno autonoma configurazione rispetto alla “utilità finale”, ciò che si traduce nella loro autonoma azionabilità e tutelabilità risarcitoria.

Proprio con riferimento alla tutela risarcitoria, si precisi, da ultimo, che il risarcimento del danno derivante dall’inadempimento degli “obblighi di protezione” è ricollegato, non alla cd. “spettanza del provvedimento” o all’affidamento nella conclusione del contratto, bensì –

---

*svolgimento di un complesso rapporto amministrativo, nel quale sono individuabili particolari obblighi di comportamento del soggetto pubblico (...) Allorché il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il contatto che si stabilisce fra lui e l’Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito, il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall’adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al modello aquiliano dell’art. 2043 del codice civile, in quanto, al contrario, caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni”.*

<sup>302</sup> In tal senso, cfr. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 537, secondo cui il “danno da contatto amministrativo qualificato si fonda, a prescindere dalla sicura acquisizione del bene della vita ed al di fuori dei presupposti logici del danno da perdita di chance, sui principi di correttezza e buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c. al quale devono informarsi i rapporti tra P.A. e cittadino in condizioni di reciprocità. La violazione della pretesa al corretto esercizio dell’azione amministrativa anche nella fase precontrattuale, genera di per sé un obbligo risarcitorio indipendentemente dalla circostanza che si tratti di attività discrezionale o vincolata, e dunque a prescindere dall’accertamento della spettanza del bene della vita”.

Nei medesimi termini, cfr. T.A.R. Puglia, 1761/2001 cit., secondo cui “Nel moderno contesto dell’amministrazione partecipata quella particolare ipotesi di tutela dell’affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato, (...) prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, può anche qualificarsi (...) in termini di responsabilità da «contatto amministrativo qualificato»”. Così anche Cass., 157/2003 cit., secondo cui “il fenomeno tradizionalmente noto come lesione dell’interesse legittimo (...) [costituisce in realtà] inadempimento alle regole di svolgimento dell’azione amministrativa (...)”; l’interesse al rispetto di tali regole assume “carattere del tutto autonomo rispetto all’interesse al bene della vita”.

appunto – all’inadempimento degli obblighi di correttezza, con la conseguenza che il risarcimento è limitato - come visto a suo luogo con riferimento alla disciplina civilistica della responsabilità precontrattuale - al solo interesse negativo. Anche sotto il profilo risarcitorio, pertanto, è possibile sostenere la fondatezza della teoria della ricostruzione dogmatica della *culpa in contrahendo* della p.a. (nella fase pubblicistica dell’evidenza pubblica) in termini di responsabilità “da contatto amministrativo qualificato”, data la loro contiguità giuridico – concettuale<sup>303</sup>.

---

<sup>303</sup> ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, op. cit., p. 160; CARRA', *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., p. 27; CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 537.

## 6.1 La teoria della natura amministrativa negoziale degli atti della cd. fase pubblicistica dell'evidenza pubblica.

Come già rilevato in precedenza, il tradizionale inquadramento pubblicistico dell'evidenza pubblica<sup>304</sup>, sostenuto da parte della dottrina e della maggioritaria giurisprudenza, ha implicato l'impossibilità di configurare in capo alla p.a. una responsabilità per *culpa in contrahendo*.

Più in particolare, secondo tale orientamento, l'attività procedimentale di scelta del contraente posta in essere dal soggetto pubblico è – presuntivamente<sup>305</sup> - un'attività di natura pubblicistica regolata da norme di azione, esclusivamente preordinate in quanto tali alla cura del pubblico interesse; conseguentemente, il regime naturale degli atti posti in essere dalla p.a. è – *naturaliter* - quello proprio degli atti amministrativi<sup>306</sup>.

Sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive, in relazione a tale ordine strutturale, il privato non può vantare che una posizione di interesse legittimo (come tale – antecedentemente alla sent. n. 500 del 1999 - irrisarcibile) al corretto esercizio del potere di scelta<sup>307</sup>.

Da tali considerazioni ne deriva che il procedimento (amministrativo) di scelta del contraente non può essere giuridicamente qualificato come rapporto precontrattuale ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1337 c.c., con la conseguenza che una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica è del tutto inconcepibile, anche in considerazione del fatto che l'attività posta in essere dall'amministrazione mediante atti amministrativi (in senso stretto) esclude dogmaticamente uno stato soggettivo di mala fede del soggetto pubblico<sup>308</sup> (per vero, tale affermazione appare, da un lato un retaggio della concezione dell'irresponsabilità della p.a. nell'esercizio

---

<sup>304</sup> Cfr. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, op. cit., pp. 467 – 468; BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 152.

<sup>305</sup> In particolare, cfr. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, op. cit., secondo cui “il diritto pubblico amministrativo (...) è regola dell'operare della Pubblica Amministrazione”, mentre l'attività soggetta al diritto civile rappresenta l'eccezione: conseguentemente, in mancanza di una disposizione che consenta una qualificazione degli atti posti in essere dalla p.a. in termini privatistici, essi sono presuntivamente atti amministrativi e seguono la disciplina pubblicistica, ciò in ossequio al principio della presunzione del naturale carattere pubblico dell'attività amministrativa.

<sup>306</sup> Cfr. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 153 e ss.; CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, op. cit., pp. 65 e ss..

<sup>307</sup> CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 577.

<sup>308</sup> Cass. civ., III, 28 giugno 1976, n. 2463, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1976, II, p. 216; Cass. civ., SS. UU., 21 ottobre 1974, n. 2972, in *Riv. giur. edil.*, 1975, I, p. 198.



della sua attività pubblicistica, dall'altro un distorto corollario del principio – peraltro non condiviso né condivisibile – della presunzione di legittimità degli atti amministrativi).

In opposizione a tale orientamento restrittivo, autorevole dottrina<sup>309</sup> rileva che l'esclusione dell'applicabilità della disciplina *ex art.* 1337 c.c. a tale segmento pubblicistico di scelta del contraente costituisce una grave limitazione della tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati<sup>310</sup>, atteso che i più importanti contratti della p.a. sono preceduti da procedimenti di evidenza pubblica e che le più gravi lesioni delle sfere giuridiche ed economiche dei concorrenti vengono per solito consumate nel corso di tali procedimenti.

Segnatamente, tale limitazione non appare giustificata dal punto di vista ricostruttivo: infatti, non appare corretto inquadrare gli atti di evidenza pubblica soltanto nell'ambito del procedimento amministrativo ed escludere ogni loro valenza privatistica, anche considerando che da tale procedimento sortisce un contratto di diritto privato. Ciò in considerazione della commistione nella fase dell'evidenza pubblica di elementi pubblicistici ed elementi privatistici che – pur appartenendo a settori diversi dell'ordinamento giuridico - reciprocamente si condizionano e vicendevolmente si integrano<sup>311</sup>. Sulla base di tali considerazioni - secondo tale orientamento dottrinale, condiviso da parte della giurisprudenza<sup>312</sup> - appare necessario abbandonare la rigida dicotomia tra fase pubblicistica e fase privatistica, osservando che, da un lato la prima ammette l'applicabilità di istituti privatistici, dall'altro la seconda non esclude l'esercizio di poteri pubblicistici (si pensi ai poteri di autotutela e alla disciplina dei controlli); correlativamente, sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive, non pare ammissibile escludere aprioristicamente che la fase pubblicistica possa coinvolgere posizioni di diritto soggettivo, specie una volta ammessa l'operatività anche in diritto pubblico del principio di buona fede oggettiva, né che la fase privatistica escluda, *ex sé*, la configurabilità di posizioni di interesse legittimo.

Conseguentemente e più in particolare, non può disconoscersi, anche nell'ambito della fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, l'ammissibilità di un affidamento del singolo concorrente a che le trattative e la formazione del contratto siano condotte

---

<sup>309</sup> AA. VV., *Diritto amministrativo*, MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA (a cura di), I, op. cit., p. 902.

<sup>310</sup> Ciò, peraltro, in contrasto con quanto dispone l'art. 113, co. 2, Cost. che non ammette limitazioni della tutela giurisdizionale nei confronti della p.a..

<sup>311</sup> Così GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, op. cit., pp. 10 - 11.

<sup>312</sup> Cfr., significativamente, Cass. civ., SS. UU., 5 agosto 1975, n. 2980, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 168; Cass. civ., I, 13 ottobre 1955, n. 3124, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 21 con nota critica di BILE F. (pp. 22 - 25).

dall'amministrazione secondo buona fede oggettiva. Deve, pertanto, ammettersi anche in tale fase procedimentale l'applicabilità degli artt. 1337 e 1338 c.c. nell'ipotesi in cui il comportamento tenuto dalla p.a. ovvero l'illegittimità di taluni atti integri una fattispecie di illecito precontrattuale

L'accoglimento di tale impostazione implica come diretta conseguenza l'infondatezza della premessa – data per consolidata da parte della dottrina e della maggioritaria giurisprudenza – sulla cui base si esclude l'astratta configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, ossia la sussistenza in tal sede di (mere) posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo (al corretto esercizio del potere di scelta), escludendosi la sussistenza di posizioni di diritto soggettivo (al rispetto del principio di buona fede oggettiva).

Più in particolare, la critica all'impostazione strettamente pubblicistica si basa, primariamente, sull'abbandono delle concezioni dell'immanente prevalenza del diritto pubblico sul privato e del necessario condizionamento degli istituti civilistici in relazione della natura pubblicistica del soggetto e dello scopo perseguito; specularmente, la detta critica si afferma sulla base della considerazione – peraltro condivisa da autorevole dottrina<sup>313</sup> – secondo cui la p.a., quale persona giuridica, è titolare, oltre che di una capacità di diritto pubblico, anche di una piena capacità di diritto comune, e la “*disciplina di genere non potrà essere ricercata altrove che nel codice civile*”<sup>314</sup>.

Il riconoscimento in capo alla p.a. di una capacità di diritto privato - peraltro connotata dal requisito della generalità, da cui si desume che una limitazione di tale capacità privatistica non può che derivare dal diritto positivo e, specificamente, da una disciplina derogatoria – ne deriva un evidente capovolgimento (e disconoscimento) dell'impostazione (esclusivamente) pubblicistica nella sua premessa maggiore, rappresentata dalla concezione della presunzione della naturale pubblicità degli atti in cui si articola il procedimento di scelta del contraente.

---

<sup>313</sup> Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 490.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 717.

<sup>314</sup> Così GALGANO F., *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice civile*, SCIALOJA – BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna – Roma, 1969, p. 118. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., SS. UU., 16 aprile 1952, n. 983, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 950; Cons. St., VI, 25 maggio 1979, n. 384, in *Cons. St.*, 1979, I, p. 801.

Più in particolare, secondo la medesima dottrina<sup>315</sup>, esclusa in primo luogo la natura di provvedimenti amministrativi, gli atti dell'evidenza pubblica non possono essere definiti atti pubblici *tout court*.

Segnatamente, partendo dalla (sintetica) nozione di provvedimento amministrativo quale “atto amministrativo autoritativo (...) in cui l'amministrazione esprime il momento dell'autorità”<sup>316</sup>, la dottrina in esame rileva che in seno alla fase di scelta del privato contraente, né gli atti in cui si articola il procedimento di scelta hanno il carattere dell'autoritatività, né l'amministrazione si presenta in veste di autorità. Conseguentemente, “il provvedimento è del tutto inidoneo – per il suo intrinseco contenuto e per la sua portata autoritativa – ad esprimere il consenso dell'Amministrazione e a fondersi con la volontà negoziale espressa dall'altro contraente (...) dato che provvedimento e consenso sono due manifestazioni di volontà tra di loro incompatibili e contenutisticamente inconciliabili”<sup>317</sup>.

Al contrario, la p.a., nell'esercizio della sua capacità di diritto privato, pone in essere un'attività che – seppur formalmente amministrativa – sotto il profilo contenutistico non è dissimile dall'attività che qualunque soggetto privato può adottare nella fase precontrattuale al fine di valutare la convenienza delle proposte contrattuali provenienti da terzi<sup>318</sup>; lo stesso potere di autotutela non è, sotto il profilo sostanziale, dissimile dalla potestà di recesso dalle trattative di cui un qualsiasi contraente privato è titolare. Su queste basi, sembra potersi riconoscere nell'invito alla gara, nell'offerta del concorrente privato e nell'aggiudicazione altrettanti momenti di trattativa e formazione del contratto, rispettivamente trattandosi dal punto di vista civilistico, di un invito ad offrire<sup>319</sup>, di una proposta contrattuale e di un'accettazione.

---

<sup>315</sup> GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, op. cit., pp. 88 – 89.

<sup>316</sup> Così GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, op. cit., p. 164.

<sup>317</sup> Cfr. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, op. cit., p. 95.

<sup>318</sup> Si pensi alle cd. gare “privatistiche” che costituiscono una forma di offerta al pubblico.

In particolare, una tipica gara è costituita dall'incanto o asta, quale procedura che prevede una seduta con offerte al rialzo da parte dei presenti e l'aggiudicazione a chi abbia offerto il prezzo più alto prima della scadenza del tempo. Altra forma di gara “privatistica” è rappresentata dal concorso, quale procedura che prevede l'esame comparativo delle proposte dei concorrenti e la prevalenza di chi abbia ottenuto il risultato migliore.

Sul punto, cfr. *ex amplius* BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., pp. 249 – 250.

<sup>319</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, III, 7 agosto 1974, n. 400, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1985, I, p. 254.

Secondo minoritaria dottrina il bando di gara o la lettera di invito ha natura giuridica di offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.* ovvero, secondo altra parte della dottrina, di promessa al pubblico *ex art. 1989 c.c.* (per la disciplina civilistica di tali istituti, si rinvia a BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., pp. 246 – 252).

Per quanto di rilievo, la questione circa la specifica qualificazione giuridica dell'invito alla gara non rileva ai fini del presente studio..

Tali elementi ed argomentazioni inducono, quindi, ad “*inquadrare (...) l’intera fattispecie [dei contratti ad evidenza pubblica] nell’ambito dell’autonomia privata, intesa come autoregolamentazione della propria sfera giuridica, all’interno dei poteri di disposizione conosciuti e consentiti dal diritto privato. La fattispecie, globalmente considerata, è infatti una manifestazione di siffatto potere (privatistico) di autoregolamentazione della propria sfera giuridica ed è questo il dato pregnante (direi sostanziale) dell’istituto*”<sup>320</sup>.

Conseguentemente, pur non disconoscendo la natura amministrativa degli atti in cui si articola il procedimento di scelta del contraente, ciò non significa escludere che essi siano, sotto il profilo sostanziale, atti di diritto comune: atti a regime amministrativo ma ad effetti privati e a contenuto negoziale<sup>321</sup>, o, più semplicemente, atti amministrativi negoziali<sup>322</sup>.

La nozione di atto amministrativo negoziale propugnata da tale dottrina costituisce una nozione complessa, nel senso che la diversa considerazione degli atti dell’evidenza pubblica sotto il profilo formale e sostanziale implica particolari corollari in ordine alle posizioni giuridiche soggettive di cui sono specularmente titolari i concorrenti privati nelle more della fase (pubblicistica) dell’evidenza pubblica.

In particolare, si rileva che, conservando tali atti natura e regime amministrativi ed in quanto – sotto il profilo strutturale - articolazioni di un procedimento amministrativo, specularmente ad essi insorge nei privati concorrenti una posizione di interesse legittimo; ciò non esclude, tuttavia, che dinanzi ai medesimi atti, in ragione degli effetti privati e del contenuto negoziale che li caratterizza, i privati siano titolari di posizioni giuridiche di diritto soggettivo. Viene, in altri e più specifici termini, a prospettarsi una diversa configurazione delle posizioni giuridiche soggettive di cui sono titolari i singoli correlativamente al diverso apprezzamento di cui sono suscettivi gli atti dell’evidenza pubblica, a seconda che venga in considerazione il profilo pubblicistico formale ovvero il profilo privatistico sostanziale.

---

<sup>320</sup>Id., p. 89 - 90.

<sup>321</sup> Da notare il capovolgimento di impostazione rispetto alle note qualificazioni fornite dall’AMORTH: tale A., come già precisato, qualifica l’attività amministrativa di diritto privato – ossia l’attività di evidenza pubblica – come privatistica dal punto di vista formale (e, cioè, del regime giuridico) ma amministrativa dal punto di vista sostanziale (ossia dello scopo).

<sup>322</sup> Da rilevare che la giurisprudenza ha parlato, per vero limitatamente, di atti negoziali con riferimento agli atti amministrativi dell’evidenza pubblica: cfr., in particolare, Cons. St., Ad. Plen., 11 novembre 1980, n. 49, in *Cons. St.*, 1980, I, p. 1498.

I procedimenti ad evidenza pubblica sono quindi caratterizzati da una compresenza di due distinte posizioni giuridiche<sup>323</sup> - di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo – autonomamente azionabili dinanzi al g.a.<sup>324</sup>, in considerazione della natura amministrativo – negoziale degli atti in cui tale fase si articola.

Ciò premesso, e rinviando ad un momento successivo la confutazione delle argomentazioni addotte a sostegno della teoria ricostruttiva prospettata dalla suddetta dottrina, occorre ora considerare - per quanto più specificamente rileva in tal sede - l'applicabilità e la rilevanza pratica della (autonoma) categoria giuridico – concettuale degli atti amministrativi negoziali rispetto alla problematica dell'ammissibilità di una *culpa in contrahendo* della p.a. nella fase “pubblicistica” dell'evidenza pubblica.

Come già ampiamente rilevato, le teorie negative argomentano da una netta separazione concettuale tra fase pubblicistica e privatistica del procedimento di formazione dei contratti della p.a. in esame, distinzione cui è speculare la posizione giuridica dei privati, di interesse legittimo (al corretto esercizio del potere di scelta) nel primo caso e di diritto soggettivo (ad un comportamento precontrattuale informato al principio di buona fede oggettiva) nel secondo. Secondo tale impostazione, specificamente, la fase pubblicistica, non solo risulta esente da responsabilità precontrattuale, ma, ulteriormente, rispetto ad essa la *culpa in contrahendo* è del tutto inconcepibile difettando i presupposti strutturali (ossia, in altri e più semplici termini, mancano in tale fase i momenti di “trattativa” e “formazione del contratto” rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1337 c.c.).

Già ad un'analisi *prima facie* appare evidente che tali argomentazioni non sono condivisibili nella misura in cui si accolga la teoria della natura amministrativo – negoziale degli atti di evidenza pubblica: infatti, secondo la prospettazione di tale dottrina, fermo restando il regime pubblicistico di tali atti, essi presentano – sotto diverso profilo - effetti privati e un contenuto negoziale, in relazione ai quali (e soltanto in relazione ai quali) possono essere considerati alla stregua di atti sostanzialmente privatistici. Segnatamente, come anticipato poco sopra, dinanzi ad un bando (o lettera d'invito) sostanzialmente qualificabile alla stregua di un invito ad offrire, l'offerta del concorrente e l'aggiudicazione costituiscono,

---

<sup>323</sup> Così anche BIANCA, *Diritto civile*, III, op. cit., p. 254, secondo cui “*In capo a coloro che partecipano alla procedura [di evidenza pubblica] o che avrebbero titolo per parteciparvi deve ravvisarsi solo un interesse legittimo al comportamento regolare dell'ente [recte: al corretto esercizio del potere di scelta] e un diritto al rispetto della buona fede*”.

<sup>324</sup> Si ricordi quanto detto in ordine alla devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. di tutte le controversie concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture ex art. 6 della L. 205/2000.

sotto il medesimo profilo sostanziale, rispettivamente una proposta ed una accettazione (*ex art. 1326 c.c.*): ne consegue che la fase cd. “pubblicistica” ben rientra nel concetto di “formazione del contratto” rilevante *ex art. 1337 c.c.*, in ragione del fatto che “*la proposta e l’accettazione costituiscono proprio quel procedimento di formazione del contratto nel cui ambito può insorgere una fattispecie di responsabilità precontrattuale*”<sup>325</sup>. Peraltro, poiché nel caso di invito ad offrire l’origine della fase precontrattuale è da rinvenirsi proprio nell’invito stesso<sup>326</sup>, da ciò ne deriva che sin da tale momento - sin dalla pubblicazione del bando o dalla diramazione delle lettere d’invito – insorge in capo alle parti il dovere di comportarsi conformemente al principio di buona fede oggettiva *ex art. 1337 c.c.*.

---

<sup>325</sup> Così GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, op. cit., p. 120. Nel medesimo senso, cfr. Cass. civ., II, 25 novembre 1976, n. 4448, in *Mass. Foro it.*, 1976, p. 874; Cass. civ., III, 14 ottobre 1978, n. 4626, in *Mass. Foro it.*, 1978, p. 907.

<sup>326</sup> Così MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, p. 859.

## 6.2 Critica alla teoria dell'atto amministrativo negoziale.

La teoria dell'atto amministrativo negoziale, come prospettata da autorevole dottrina, seppur suggestiva e di peculiare rilevanza in ordine all'astratta ammissibilità di una *culpa in contrahendo* della p.a. anche nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, è stata oggetto di diversi rilievi critici.

Come rilevato dalla maggioritaria dottrina<sup>327</sup>, le norme di contabilità pubblica che disciplinano la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica hanno la natura giuridica di norme di azione, in quanto preordinate esclusivamente al perseguimento del pubblico interesse, ciò mediante la predisposizione di procedure e meccanismi di contrattazione funzionali a garantire all'amministrazione le condizioni contrattuali più vantaggiose nell'esercizio della sua attività *iure privatorum*.

Proprio a tal fine, la stipulazione dei più importanti contratti della p.a. è preceduta da un formale procedimento (di scelta del contraente) di inconfutabile carattere amministrativo, quale - secondo la nota concezione gianniniana<sup>328</sup> - serie di atti (e operazioni), tra loro coordinati ed integrati, preordinati all'emanazione del provvedimento finale: appare indubbio, infatti, che gli atti amministrativi<sup>329</sup> dell'evidenza pubblica siano tra loro vincolati all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione, inteso come provvedimento finale conclusivo della cd. serie procedimentale.

Peraltro, la procedimentalizzazione della fase di scelta del contraente, non solo è funzionale - quantomeno mediatamente - al perseguimento del pubblico interesse, ma anche costituisce una garanzia per i privati consentendo, da un lato di addivenire all'esigenza di consentire la trasparenza e quindi il controllo dell'azione amministrativa, dall'altro di garantire la *par condicio* dei concorrenti<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> Cfr. NIGRO, *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni*, op. cit., p. 461 - 463.

<sup>328</sup> GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 261.

<sup>329</sup> Per la nozione di atto amministrativo si rinvia a GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, pp. 157 - 196.

<sup>330</sup> Sotto tali profili, il procedimento amministrativo di scelta del contraente assume una connotazione fortemente garantistica. Proprio in relazione a tale funzione, rileva precisare che dalla nozione formale di procedimento amministrativo, quale sequenza ordinata di atti e operazioni funzionali all'emanazione del provvedimento finale, si distingue, infatti, una nozione garantista, che intende il procedimento, come la sede per un confronto dialettico degli interessi pubblici e privati coinvolti dal provvedimento stesso, e dunque lo strumento per assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'azione amministrativa (cd. procedimento - garanzia o procedimento - partecipazione; cfr. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, op.cit., p. 126 e ss.).

In altri termini, la normativa pubblicistica e la procedimentalizzazione che caratterizzano la fase di scelta del contraente sono preordinate a realizzare una duplice finalità, da un lato a promuovere l'efficiente perseguimento del pubblico interesse, dall'altro a garantire al privato il corretto esercizio del potere di scelta e il rispetto delle regole concorsuali.

Quella posta in essere dalla p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica è, quindi, un'attività (amministrativa) funzionalizzata e procedimentalizzata, in relazione alla quale è dato riconoscere la preminenza del perseguimento di scopi pubblicistici e la presenza dei principi tipici della discrezionalità amministrativa<sup>331</sup>.

Proprio la connotazione discrezionale dell'attività posta in essere dalla p.a. nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, esclude che gli atti amministrativi in cui si articola il procedimento di scelta del privato contraente possano avere contenuto negoziale, ove si intenda il negozio quale atto di autonomia privata<sup>332</sup>. Infatti, l'atto amministrativo differisce profondamente dal negozio giuridico proprio in ragione dell'incompatibilità intrinseca che sussiste tra discrezionalità, tipica dell'atto amministrativo, e autonomia (privata), propria del negozio giuridico: la prima è un potere di scelta, avente ad oggetto una valutazione comparativa degli interessi secondari in ordine al perseguimento dell'interesse primario (pubblicistico) individuato dalla norma, nell'ambito della quale tale potere si esaurisce; diversamente, l'autonomia privata esprime il potere di libera scelta dei soggetti in ordine all'autoregolamentazione dei propri interessi<sup>333</sup>.

In considerazione del fatto che tra discrezionalità amministrativa e autonomia (privata) non vi può essere analogia, agli atti amministrativi in cui si articola la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica non è dato riconoscere un contenuto negoziale se non ricorrendo ad

---

Ulteriormente, autorevole dottrina accentua il carattere garantistico del procedimento in punto di istruttoria, contraddittorio e motivazione, fino a giungere ad un'equiparazione – sotto il profilo delle garanzie – tra procedimento amministrativo stesso e processo (cd. concezione paragiurisdizionale del procedimento).

<sup>331</sup> Così SEPE O., voce *Contratti (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, p. 991; CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, op. cit., pp. 23 e ss.; CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, op. cit., pp. 14 e ss..

<sup>332</sup> Come noto, in un'accezione ampia - per vero non condivisa dalla maggioritaria dottrina - il negozio giuridico è qualificato latamente come "*atto che pone una proposizione giuridica*": qualora si accolga tale concezione, è conseguentemente da ritenersi che anche gli atti amministrativi sono atti negoziali (cfr. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, op. cit., p. 166).

<sup>333</sup> Sul punto, cfr. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, op. cit., p. 166, secondo cui la discrezionalità è "*un mero potere di valutazione comparativa di interesse in ordine ad un interesse primario indicato dalla norma, e quindi un accadimento puntuale, circoscritto, normativamente preregolato e nella sola norma regolativa esaurito*"; diversamente, per autonomia privata si intende "*una posizione necessaria del soggetto di un ordinamento generale che si estrinseca non solo nella libera scelta dei fini, ma in un potere autoresponsabile di regolazione di interessi, il quale, fino a quando non chiede la tutela dell'ordinamento, può anche ergersi contro la legge*".



un mero parallelismo concettuale tra tale attività dell'amministrazione e le gare poste in essere da qualsiasi soggetto privato per individuare tra più proposte contrattuali quella più conveniente e maggiormente funzionale ai propri interessi individuali.

Un'ulteriore obiezione, avanzata da autorevole dottrina<sup>334</sup>, si fonda sulla pratica inutilità della teoria degli atti amministrativi negoziali.

Preliminarmente, si dubita della stessa fondatezza della premessa maggiore, ossia che nell'ordinamento giuridico sia configurabile un *tertium genus* di atti, a collocazione intermedia tra gli atti pubblici e gli atti privati. In particolare, l'ammissibilità di una categoria autonoma è esclusa in ragione del principio di nominatività degli atti amministrativi (quale corollario del principio di legalità)<sup>335</sup>, secondo cui l'ordinamento ammette solo gli atti amministrativi previsti dalla legge, con i contenuti e gli effetti previsti dalla legge stessa, sicché, non solo non vi possono essere atti amministrativi atipici, ma nemmeno atti "misti"<sup>336</sup>.

Conseguentemente, al fine di rilevare l'inconfutabile peculiarità degli atti amministrativi in cui si articola il procedimento di evidenza pubblica, non è ammissibile – né necessario – giungere ad elaborare una categoria autonoma di atti con proprie e singolari caratteristiche, essendo sufficiente e maggiormente coerente con il principio di legalità (*recte*: con il principio di nominatività) "*ammettere l'esistenza di anomalie nel regime (...) degli atti amministrativi (...) che vengono impiegati dagli enti pubblici nella procedura di formazione dei contratti*"<sup>337</sup>. In altri termini, la commistione tra diritto pubblico e diritto privato - che indubbiamente si realizza in seno ai procedimenti di evidenza pubblica - non giustifica né esige l'elaborazione di un *tertium genus* di atti amministrativi, implicando più semplicemente un temperamento degli istituti pubblicistici in ragione dei principi generali

---

<sup>334</sup> Cfr. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pp. 256 e ss..

<sup>335</sup> Come noto, dal principio di nominatività si distingue il principio di tipicità, secondo cui all'amministrazione sono conferiti poteri tipici, ciascuno rispondente ad una funzione specifica, e non già un potere innominato di disporre; come significativamente affermato da autorevole dottrina, la differenza sta in ciò "*la tipicità attiene alla predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione, la nominatività alla predeterminazione degli schemi (elementi del potere e loro concessioni reciproche) cui si può ricorrere per conseguire quegli effetti*" (così CASETTA E., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, p. 743).

Consapevoli della sommarietà di tali considerazioni in ordine ai detti principi, si rinvia per un'ampia trattazione dell'argomento a VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1968.

<sup>336</sup> Si consideri, infatti, che il GRECO, a presupposto della ricostruzione degli atti di evidenza pubblica in termini di atti amministrativi negoziali nega il principio di nominatività, ritenendo che vi siano atti amministrativi non inquadrabili nei tipi prestabiliti.

<sup>337</sup> Così BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., pp. 256 e ss..

(tra cui – per quanto rileva in tal sede – il principio di buona fede) e degli istituti (tra tutti, la responsabilità precontrattuale) di diritto comune, ove ne sussistano i presupposti applicativi. Da ciò ne deriva la pratica inutilità della prospettata ricostruzione in termini amministrativo – negoziali degli atti dell’evidenza pubblica, ed in specie la pratica inutilità al fine di affermare la configurabilità della *culpa in contrahendo* della p.a. anche nella fase pubblicistica dell’evidenza pubblica: al fine di giungere a tale risultato, infatti, è sufficiente riconoscere che alla fase pubblicistica dell’evidenza pubblica si applicano il principio di buona fede oggettiva – peraltro in considerazione della sua *vis expansiva* - e la disciplina di cui all’art. 1337 c.c., senza che ciò determini un mutamento della qualificazione formale o della portata sostanziale degli atti amministrativi in cui tale fase si articola.

Per vero, secondo i sostenitori della teoria degli atti amministrativi negoziali, tale obiezione pare non considerare che proprio la compenetrazione tra diritto pubblico e diritto privato che caratterizza l’evidenza pubblica non consente di ridurre il peculiare fenomeno ad un sistema di “anomalie” della disciplina pubblicistica, imponendo invece una necessaria riqualificazione degli atti amministrativi (*recte*: a regime amministrativo) sotto il profilo sostanziale. In particolare, posto che l’applicazione della disciplina civilistica presuppone la sussistenza degli elementi costitutivi – oggettivi e soggettivi – previsti dalle disposizioni codicistiche, ne consegue – per quanto rileva nel presente studio - che l’operatività dell’istituto della responsabilità precontrattuale nella fase dell’evidenza pubblica impone la necessità di riconoscere in tale fase momenti di trattativa o formazione del contratto *ex art. 1337 c.c.*. Di qui, l’imprescindibilità di considerare – sotto il profilo sostanziale - la peculiare rilevanza privatistico - negoziale di atti il cui regime formale permane pur sempre quello di diritto amministrativo; contrariamente, ove non si precisi nei detti termini l’esatta portata del fenomeno, “*l’analisi delle predette anomalie è destinata d essere compiuta senza un unico criterio conduttore ed è destinata ad essere rimessa, per i singoli profili, alla mera sensibilità dell’interprete, con evidenti pericoli di soluzioni contraddittorie*”<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Così GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, op. cit., p. 98, nt. 55.

## CONCLUSIONI

Prendendo le mosse dalla confutazione delle obiezioni che la meno recente dottrina ha formulato contro l'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della p.a., con il presente studio si è cercato di dimostrare la configurabilità della *culpa in contrahendo* anche nei confronti del soggetto pubblico che abbia posto in essere una condotta contraria al principio di buona fede oggettiva in sede di trattative e di formazione del contratto.

Più in particolare, sul presupposto giuridico – concettuale della rilevanza del principio di buona fede oggettiva anche in diritto amministrativo, si ammette che anche nelle fattispecie pubblicistiche di esercizio del potere l'amministrazione sia soggetta ai doveri di lealtà e correttezza.

Di qui, l'ammissibilità della cd. teorica dell'illecito da attività provvedimentoale, secondo cui l'esercizio del potere amministrativo è suscettivo di integrare – ove ne ricorrano tutti gli elementi costitutivi – un illecito civile.

Sotto un profilo generale, il progressivo riconoscimento – da parte della dottrina e della giurisprudenza - di una responsabilità precontrattuale della p.a., non solo con riferimento all'attività privata di diritto privato, ma anche all'attività amministrativa di diritto privato e, più specificamente, a quella fase dell'evidenza pubblica disciplinata dal diritto pubblico, evidenzia la tendenza all'unitarietà del diritto, nel senso di una progressiva estensione di principi e istituti civilistici nell'ambito delle fattispecie di diritto pubblico.

A tal proposito, particolarmente significativo è quanto rilevato da autorevole dottrina, secondo cui “[con riguardo all'attività illecita della p.a.] è noto il cammino per cui dalla pressoché assoluta irresponsabilità si è pervenuti alla responsabilità della p.a., con l'applicazione più o meno esplicita dei principi che regolano la responsabilità dei privati, ovverosia di quelli della colpa e del rischio, e con l'abbandono più o meno esplicito del principio dell'insindacabilità del comportamento della p.a. (...) Si è fatta (...) più chiara la coscienza che la speciale regolamentazione pubblicistica (...) non impedisce l'applicazione del diritto privato, come diritto generale”<sup>339</sup>.

---

<sup>339</sup> Così GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, op. cit., p. 414.

La tendenza legislativa, dottrinale e giurisprudenziale è, quindi, volta a costituire un “diritto comune” tra diritto pubblico e diritto privato<sup>340</sup>, nel senso che “*i principi di diritto comune tendono con sempre maggior intensità a disciplinare l’azione della pubblica amministrazione (...) come si evince chiaramente dai numerosi rinvii effettuati dal giudice amministrativo (...) ai canoni della buona fede, della correttezza, della diligenza, della adeguatezza e della proporzionalità, che da sempre sono a fondamento dei rapporti interpretati*”<sup>341</sup>.

Pur ammettendo la rilevanza di principi ed istituti che nel diritto civile hanno il loro fondamento e maggior sviluppo, ciò non significa giustificare un mero ed automatico trapianto degli stessi nel diritto pubblico, quasi a giustificare il riaffermarsi di una ottocentesca concezione monogenetica del diritto, basata sul primato (*recte*: supremazia) del diritto privato e su una visione giuridica panprivatistica, rispetto alla cui operatività il diritto pubblico rappresenta solo un limite (eccezionale).

Infatti, le peculiarità che caratterizzano la disciplina pubblicistica del rapporto amministrativo sono così rilevanti da escludere che tra diritto civile e diritto amministrativo sussista un rapporto di regola ad eccezione<sup>342</sup>: “*non esiste un solo diritto, ma esistono più diritti*”<sup>343</sup>.

Ammessa la rilevanza anche in diritto amministrativo del principio di buona fede oggettiva e la configurabilità della *culpa in contrahendo* della p.a. nelle fattispecie di esercizio del potere pubblicistico, deve escludersi, tuttavia, che la tutela del privato si espanda in modo tale da negare la posizione differenziata di cui l’amministrazione è istituzionalmente titolare per il perseguimento dei fini pubblici. Specularmente, si pone la necessità – specie nei confronti dell’interprete giudiziale – di garantire la tutela di quelle sole posizioni giuridiche soggettive il cui consolidamento alla stregua delle circostanze affidanti che connotano la fattispecie concreta.

---

<sup>340</sup> Cfr. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, op. cit., pp. 697 e ss.; POZZI A., *Diritto privato e pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO (diretto da), XXI, Utet, Torino, 1987, pp. 135 e ss..

<sup>341</sup> Così FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell’amministrazione italiana e accentuazione delle “interferenze” tra diritto pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1994, p. 254.

<sup>342</sup> Cfr. ROMANO S., *L’interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, in *Il Filangieri*, XXIV, 1899, p. 247, secondo cui “*quando le eccezioni sono troppo numerose e possono raggrupparsi sotto propri principi, allora si è dinanzi ad un’altra regola*” (cit. in CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865 – 1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 473, nt. 4).

<sup>343</sup> CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865 – 1914)*, op. cit., p. 473.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, BERTI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 13 – 51;

AA. VV., *Diritto amministrativo*, MAZZAROLLI - PERICU – ROMANO – ROVERSI MONACO – SCOCA (a cura di), Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 283 – 402, 524 – 530 e 895 – 926 (vol. I); pp. 283 – 349 (vol. II);

ABBAMONTE G., *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99*, Giuffrè, Milano, 2000;

ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 3 - 155;

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965;

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. giur. dir. pubb.*, 1938, pp. 455 - 556;

ANELLI F., nota a Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, pp. 167 – 172;

ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005;

BALDI M., *Aggiudicazione provvisoria e potere di autotutela della p.a.*, nota a T.A.R. Lombardia, Milano, III, 19 aprile 2007, n. 1874, in *Urb. e app.*, 10/2007, pp. 1287 – 1299;

BARBERO D., *Contributo alla teoria della condizione*, Giuffrè, Milano, 1937, pp. 67 – 83;

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1974;

BARONE G., voce *Discrezionalità (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII;

BATA' A., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e identificazione del contraente*, nota a Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 208 – 210;

BENATTI F., *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Trib. Lecco, 6 luglio 1961, in *Foro pad.*, 1962, I, pp. 1357 – 1362;

Id., *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963;

Id., *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 287 – 312;

BENVENUTI F., *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, pp. 1 – 37;

Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, pp. 118 – 145;

Id., *L'ordinamento repubblicano*, Libreria Universitaria Editrice, Venezia, 1961;

Id., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, pp. 807 – 819;

Id., voce *Funzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI;

BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968;

Id., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 – 65;

Id., *Le differenze del procedimento amministrativo*, in *Amministrare*, 1991, p. 201 - 228;

Id., *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubb.*, 2000, pp. 1 - 11;

BESSONE M. – D'ANGELO A., voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V;

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico – sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 65 – 106;

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 205 – 216;

Id., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 573 – 625;

Id., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 155 – 180 e 246 - 255;

BIANCO D. L., *Pubblica Amministrazione e responsabilità per “culpa in contrahendo”*, nota a App. Torino, 7 dicembre 1950 e Trib. Torino, 21 dicembre 1950, in *Foro it.*, 1951, I, pp. 347 – 350;

BIGLIAZZI GERI L., “*Culpa in contrahendo*”, *pubblica Amministrazione e terzi*, nota a Cass. civ., SS.UU., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, pp. 1165 – 1170;

Id., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, II, pp. 154 - 189;

BILE F., nota a Cass. civ., I, 13 ottobre 1955, n. 3124, in *Giust. civ.*, 1956, I, pp. 22 - 25;

BONFANTE P., *Scritti giuridici varii*, II, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1926, pp. 708 - 758;

BUSNELLI F. D., *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno e resp.*, 1997, pp. 269 - 275.;

CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Cedam, Padova, 1996;

CAMMEO F., *I contratti della pubblica amministrazione*, Casa Editrice Poligrafica Universitaria, Firenze, 1954;

CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950;

Id., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la P.A.*, Giuffrè, Milano, 1964;

CANTUCCI M., *L'attività di diritto privato della pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 1941;

CAPACCIOLI E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1956;

CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 3 – 121 e 371 - 472;

Id., *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, nota a Cons. St., V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urb. e app.*, 5/2003, pp. 569 – 575;



CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 402 – 420 e 534 – 537;

Id., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it);

CAROFIGLIO G., nota a Cass. civ., I, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Foro it.*, 1988, I, p. 461;

CARRA' M., *L'esercizio illecito delle funzione pubblica. Fondamento, presupposti, regime*, Giappichelli, Torino, 2005;

Id., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2006;

CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, pp. 440 – 469;

CARUSI F., *Sulla pretesa responsabilità precontrattuale della P.A.*, nota a Cass. civ., SS. UU., 21 settembre 1970, n. 1643; Cass. civ., II, 28 settembre 1968, n. 3008; App. Roma, I, 21 settembre 1970, n. 1534, in *Rass. Avv. St.*, 1970, I, pp. 984 – 994;

CASELLA M., *Ancora sulla responsabilità in contrahendo della pubblica Amministrazione*, in *Temi gen.*, 1965, pp. 416 - 420;

CASETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953;

Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 575 - 662;

CASETTA E. – FRACCHIA F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, pp. 18 - 20;

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 147 - 194;

Id., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 647 - 669;

CATTANEO S., *Responsabilità per “contatto” e risarcibilità per lesione di interessi legittimi*, nota a T.A.R. Puglia, Bari, I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Urb e app.*, 11/2001, pp. 1229 - 1235;

CAVALLO PERIN R., voce *Validità del provvedimento e dell’atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, pp. 612 - 625;

CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865 – 1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 130 – 139, 184 – 219, 471 – 552;

CENTELEGHE F., *Note in tema di principio di buona fede e “culpa in contrahendo” della Pubblica Amministrazione*, nota a Cass. civ., I, 19 ottobre 1972, n. 3129, in *Giur. it.*, 1974, I, pp. 1425 – 1428;

CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 463 - 530;

Id., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 217 - 276;

Id., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 79 – 95;

Id., *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 17 – 32 e 49 - 77;

COLETTI G., *Attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato*, nota a Cass. civ., II, 12 luglio 1951, n. 1912, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, III, pp. 5 – 6;

Id., *Appunti in materia di efficacia dei contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica Amministrazione*, nota a Cass. civ., 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 451 – 457;

CUFFARO V., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, pp. 1265 - 1274;

DE MAURO A. - FORTINGUERRA F. - TOMMASI S., *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova, 2007;

DIANA A. G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2000;

DI BENEDETTO U., *Diritto civile: giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Rimini, 1997, pp. 508 – 525 e 815 – 822;

Id., *Diritto amministrativo: giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, Rimini, 1999, pp. 816 – 822;

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, pp. 539 – 571;

DI PAOLA O., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *TAR*, 1982, II, pp. 437 – 463;

DI SALVO E., *Appunti sulla responsabilità precontrattuale della P.A.*, nota a Trib. Lecco, 6 luglio 1961, in *Giur. civ.*, 1962, I, pp. 397 – 403;

Id., *Annotazioni sulla responsabilità precontrattuale della p.a.*, nota a Cass. civ., I, 23 gennaio 1967, n. 200, in *Giur. civ.*, 1967, I, pp. 1691 – 1699;

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996;

FALCONI F., *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, nota a Cass. civ., SS. UU., 21 settembre 1970, n. 1645, in *Foro amm.*, 1971, II, pp. 82 – 99;

FALZEA A., voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, pp. 8 - 47 ;

Id., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1979, pp. 94 – 130;

FERRI G.B., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, pp. 1038 – 1057;

FOGLIETTI F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Trib. Napoli, 24 ottobre 1969, in *Nuovo dir.*, 1972, pp. 854 – 857;

FORLENZA O., *Con l'annullamento dell'aggiudicazione può scattare il giudizio di ottemperanza*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 16 giugno 2008, n. 9, in *Guida al dir.*, n. 41/2008, pp. 91 – 95;

Id., *Ribadito il principio della chance risarcibile se la lesione è certa e non solo probabile*, nota a Cons. St., V, 12 febbraio 2008, nn. 490 - 491, in *Guida al dir.*, n. 13/2008, pp. 110 – 115;

FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1994, pp. 237 - 255;

FRANCO I. – RAGANELLA E., *La responsabilità precontrattuale della p.a. "nei lavori in corso" per l'asestamento dei criteri di riparto della giurisdizione*, nota a Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Urb. e app.*, 1/2006, pp. 72 – 87;

FRANZONI F., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, pp. 295 e ss.;

GALGANO F., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim dir. pubb.*, 1966, pp. 279 - 302;

Id., *Persone giuridiche*, in *Commentario del Codice civile*, SCIALOJA – BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna – Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1969, pp. 1 - 121;

Id., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, pp. 1 – 27;

Id., *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere. Contratti in genere*, Cedam, Padova, 1999, pp. 547 - 565;

GAROFALO L., *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, nota a Cons. St., VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *Urb. e app.*, 9/2005, pp. 1067 – 1077;

GAROFOLI R. – RACCA G. M. – DE PALMA M., *Il risarcimento del danno avanti il giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003;

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, pp. 873 – 876;

GIAMPICCOLO G., *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 335 - 358;

GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939;

Id., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 263 – 295;

Id., *Intervento*, in *Atti del Convegno sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 511 – 521;

Id., *Corso di diritto amministrativo*, III, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 33 – 96;

Id., *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 471 - 547;

Id., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, pp. 988 – 996;

Id., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, pp. 157 – 196;

GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 391 - 456;

GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Padova, 1938;

GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, Milano, 1986;

Id., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, CERULLI IRELLI (a cura di), Jovene, Napoli, 2006, pp. 69 - 88;

GUICCIARDI E., *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. dir. pubb.*, 1936, p. 556 - 562;

Id., *La giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1954, pp. 19 – 31, 303 – 305, 333 – 343, 427 - 459;

JHERING V. R., *Culpa in contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, in *Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen privatrechts*, IV, 1861, pp. 1 – 112;

LARENZ K., *Culpa in contrahendo, Vrkehrssicherungspflicht und “sozialer kontakt”*, in *Monatsschrift fur Deutsches Recht*, 1954, pp. 515 – 530;

LEONE G., *Osservazioni sulla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione con particolare riferimento alle trattative svolte senza autorizzazione*, in *Giur. it.*, 1977, IV, pp. 123 – 133;

LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993;

LIUZZO E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1995;

LOTITO T., *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e app.*, 4/2001, pp. 353 – 361;

MANDARANO A., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante fra tradizione e spinte innovatrici*, nota a Cons. St., V, 13 novembre 2002, n. 6291, in *Urb. e app.*, 4/2003, pp. 435 – 439;

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995;

Id., *L'elemento soggettivo nell'illecito della pubblica amministrazione tra causalità materiale e causalità giuridica*, nota a Cons. St., VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Urb. e app.*, 11/2008, pp. 1291 – 1296;

MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, I, Barberà, Firenze, 1880, pp. 56 – 89 e 133 – 157;

MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova, 1979;

MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982;

MASERA S. R., *Ius superveniens, revoca di aggiudicazione provvisoria e tutela dell'affidamento*, nota a Cons. St., IV, 19 giugno 2007, n. 3298, in *Urb. e app.*, 3/2008, pp. 371 – 378;

MELE E., *Autonomia negoziale della pubblica amministrazione e Costituzione*, in *TAR*, 1986, II, pp. 249 - 253;

Id., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1993;

MELIDORO M., *Alcuni particolari aspetti pubblici e privati nella contrattazione amministrativa*, in *TAR*, 1984, pp. 131 – 140;

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 360 – 372;

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’ “alternanza”*, Giuffrè, Milano, 2001;

MERUSI F. – SANVITI G., *L’ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1986;

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU e MESSINEO (diretto da), XXI, Giuffrè, Milano, 1968;



Id., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, pp. 784 - 979;

MIRIELLO C., *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 648 – 652;

MONATERI P. G., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Utet, Torino, 1998;

MONTEL A., voce *Buona fede*, in *Noviss. dig.*, II, pp. 599 - 611;

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962;

MUSY A. M., voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, *Dig. disc. priv.*, XXVII, pp. 391 - 410;

NANNI L., *Le trattative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, pp. 137 - 160;

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 - 37;

Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 669 - 691;

NICOLO' R., voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, III;

NIGRO M., *L'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, nota a Cass. civ., I, 9 gennaio 1961, n. 21 e Cass. civ., SS.UU., 15 novembre 1960, n. 3042, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 457 – 463;

- Id., *“Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in AA. VV., *L’azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Formez, Napoli, 1981, pp. 26 - 35;
- ONIDA V., *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967;
- ORLANDO V. E., *Principi di diritto amministrativo*, Barberà, Firenze, 1915, pp. 440 – 451;
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2005;
- PALMIERI G., *Nota minima in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass. civ., SS.UU., 9 maggio 1983, n. 3152, in *Rass. Avv. St.*, 1983, I, pp. 864 – 868;
- PANZA G., *Buon costume e buna fede*, Jovene, Napoli, 1973;
- PASINI G., *Note per uno studio sulla “culpa in contrahendo” della pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. edil.*, 1969, II, pp. 154 – 175;
- PASSONI M., *Nuovi sviluppi sul tema della responsabilità (para) contrattuale da contatto sociale*, nota a T.A.R. Veneto, I, 20 novembre 2003, n. 5778, in *Urb. e app.*, 4/2004, pp. 456 – 461;
- PERINI M. G., *La responsabilità precontrattuale dell’amministrazione durante le operazioni di asta pubblica*, in *Riv. amm.*, 1951, I, pp. 449 – 455;
- PIETROBON V., voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, I;
- PINORI A., *“Estensione del risarcimento del danno per culpa in contrahendo”*, nota a Cass. civ., III, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, pp. 121 – 124;

PONTI L., *Il dovere di buona fede e la responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Resp. civ. e previdenza*, 1975, pp. 214 – 217;

POZZI A., *Diritto privato e pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto privato*, RESCIGNO (diretto da), XXI, Utet, Torino, 1987, pp. 135 - 182.;

PRESUTTI E., *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni in relazione alle giurisdizioni amministrative*, Società Editrice Laziale, Roma, 1901;

PROTTO M., *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, n. 9/2000, pp. 993 - 1006;

PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XII, pp. 696 - 746;

PUGLIESE F. P., *Scelta della procedura di contrattazione e situazione soggettiva dei privati nei contratti ad evidenza pubblica*, nota a T.A.R. Emilia Romagna, 14 gennaio 1975, n. 13, in *Giur. di merito*, 1976, III, pp. 116 – 117;

RACCA G. M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000;

Id., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della p.a.*, nota a Cons. St., V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urb. e app.*, 2/2002, pp. 200 – 207;

Id., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. St., IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urb. e app.*, 8/2003, pp. 943 – 948;

RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, Giuffrè, Milano, 1974;

RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, pp. 133 - 211;

RODELLA D., *La responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Nuova rass.*, 1987, pp. 1602 – 1609;

RODOTA' S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969;

ROMANO A., “*Condicio iuris*” e approvazione tutoria nei contratti della pubblica amministrazione, nota a Cass. civ, SS. UU., 14 luglio 1953, n. 1736, in *Giur. it.*, 1955, I, pp. 583 - 590;

Id., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir amm.*, 1998, pp. 1 - 25;

ROMANO S. A., *L'interesse legittimo nella trattativa privata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, pp. 561 – 592;

ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in [www.giust.it](http://www.giust.it);

ROSSANO M., *I controlli preventivi sull'attività contrattuale degli enti pubblici e i diritti subiettivi dei privati*, nota a App. Roma, 11 gennaio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 961 - 966;

SABATINI V., *Pubblica Amministrazione e responsabilità precontrattuale*, in *Nuova rass.*, 1985, pp. 1014 – 1017;

SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949;

Id., *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, pp. 82 – 91;

SAITTA N., *Note intorno ai controlli sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giur. sic.*, 1958, p. 297 - 307;

SALVI L., *In tema di “culpa in contrahendo” nei confronti della pubblica amministrazione*, nota a App. Milano, 11 luglio 1952 e Trib. Verbania, 30 ottobre 1952, in *Foro pad.*, 1953, pp. 527 – 534;

SANDULLI A. M., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 927 – 1215;

Id., *Manuale di diritto amministrativo*, II, Jovene, Napoli, 1989, p. 1166 - 1184;

SANTAMARIA P., *La responsabilità precontrattuale e sue applicazioni alla pubblica Amministrazione*, in *Nuova rass.*, 1976, pp. 2533 – 2537;

SANTILLI M., *Il diritto civile dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1985;

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrina generale del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989;

SANTUCCI L., *Considerazioni in tema di “culpa in contrahendo” della Pubblica Amministrazione*, nota a Cass. civ., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1964, I, pp. 901 - 906;

SATTA F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 3233 - 3244;

SCIALOJA A., *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1927, I, pp. 3 - 21;

SCOCA F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4046 - 4062;

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice civile*, SCIALOJA – BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna – Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1970;

Id., voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, I, pp. 226 – 232;

SEPE O., voce *Contratti (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, pp. 986 – 1040;

SIRCHIA F., *Sulla possibilità di configurare una responsabilità per “culpa in contrahendo” della Pubblica Amministrazione*, in *Arch. resp. civ.*, 1959, pp. 51 – 57;

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 249 - 284;

SPAGNULO VIGORITA V., *L’approvazione implicita e le condizioni improprie*, nota a *Cass. civ.*, II, 30 aprile 1953, n. 1220, in *Giur. Cass. civ.*, 1953, VI, p. 753 - 755;

Id., *Rilevanza di elementi extratestuali ai fini dell’interpretazione e della validità dei contratti privati della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1961, p. 510 - 523;

STOLFI G., *Sulla colpa “in contrahendo” dell’amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, II, pp. 22 – 38;

TORCHIA L., *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, p. 1451 - 1510;

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 483 - 485;

TOZZI L., *La scelta del contraente privato nell’attività contrattuale della p.a.: posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro amm.*, 1975, II, pp. 381 – 392;

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2007, pp. 178 – 180;

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 15 – 31 e 119 – 148;

TUCCARI F. F., *La responsabilità precontrattuale della p.a. al cospetto del giudice amministrativo*, nota a Cons. St., V, 6 dicembre 2006, n. 7194, in *Urb. e app.*, 5/2007, pp. 596 – 602;

TUFARELLI G. B., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Cons. Stato*, 1975, II, p. 958 – 969;

TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990;

VACIRCA G., *Atti amministrativi di scelta del procedimento di contrattazione e tutela giurisdizionale*, nota a Cons. St., V, 18 gennaio 1984, n. 48, in *Foro amm.*, 1984, pp. 74 – 76;

VALLETTI A., *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, nota a T.A.R. Lazio, Roma, III, 9 marzo 2009, n. 2372, in *Urb e app.*, 7/2009, pp. 871 – 881;

VELA A., *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass. civ., III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, pp. 855 – 868;

VERGA F., *Errore e responsabilità nei contratti*, Cedam, Padova, 1941;

VIALE M., *In tema di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, nota a Trib. Pescara, 4 marzo 1978, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, pp. 240 – 243;

VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1990;

VISINTINI G., *I fatti illeciti*, Cedam, Padova, 2004;

VITTA C., *Diritto amministrativo*, Utet, Torino, 1954, II, pp. 783 - 818;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1958, I, p. 335 – 350.