



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

MARCO ANTONIOLI

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



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ C. cost. n. 204/2004, cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La serie procedimentale e il provvedimento finale possono avere in-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Un simile obiettivo è suscettibile di essere conseguito mediante l'impiego di clausole generali, normalmente contrassegnate da quelle che è stata definita una «*indeterminatezza intenzionale*»³³, tale da consentire un adeguamento costante delle soluzioni adottate alle esigenze del caso concreto, alla stregua di parametri identificati dalla giurisprudenza in un'ottica rimediabile³⁴. Così, correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1337 c.c.) integrano parametri i quali, nel limitare l'autonomia privata, consentono di valutare, sul piano della liceità, comportamenti materiali³⁵. D'altra parte, la buona fede, che «*si colloca sul crinale che corre tra autonomia ed eteronomia*», è stata definita come «*la clausola generale per eccellenza*»³⁶. In base a una te-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITOLO I

DALLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE ALLA RESPONSABILITÀ DA “CONTATTO SOCIALE”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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