

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

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

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

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

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

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

CAPITOLO I

DALLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE ALLA RESPONSABILITÀ DA «CONTATTO SOCIALE»

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

CAPITOLO II

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

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

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

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

pag.

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

CAPITOLO IV

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

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

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

CAPITOLO V

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

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

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

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

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

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