

## ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E RAPPORTO OBBLIGATORIO

*Antonello Iuliani*\*

SOMMARIO: 1. L'interesse legittimo come situazione giuridica inattiva e di vantaggio – 2. Interesse legittimo e diritto di credito: una relazione controversa, quanto inesistente – 3. La "protezione" oggetto di un'obbligazione di mezzi: critica – 4. La natura dell'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi: azione di adempimento e risarcimento in forma specifica in relazione alla tutela degli interessi legittimi pretensivi – 5. La risarcibilità degli interessi legittimi nella prospettiva aquiliana: Cass. 500/99 – 6. La predicata assenza di colpa come indice sottaciuto dell'ascrizione della responsabilità da lesione di interessi legittimi all'alveo contrattuale – 7. La buona fede nel diritto amministrativo: la responsabilità della p.a. come ulteriore epifania della responsabilità contrattuale in senso debole – 8. L'azione di adempimento di un'obbligazione senza prestazione: il caso degli interessi legittimi pretensivi – 9. Il risarcimento del lucro cessante da interesse negativo e la sua riformulazione come interesse di protezione.

1. – L'introduzione ad opera del codice del processo amministrativo della possibilità per il giudice di condannare l'amministrazione, nel caso degli interessi pretensivi, all'adozione del provvedimento richiesto, a seguito dell'annullamento dell'atto, offre all'interprete una nuova occasione per tornare sul tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione. Secondo l'opinione diffusa l'azione di adempimento avrebbe costituito il necessario completamento, in punto di tutela, della valorizzazione dell'interesse pretensivo, assicurando al privato la possibilità di conseguire da parte dell'amministrazione l'utilità finale, relegando, di conseguenza, il risarcimento del danno a misura soltanto eventuale e sussidiaria. Le ragioni a sostegno di tale orientamento possono essere, con buona dose di generalizzazione, così riassunte: 1) all'interesse legittimo spetta la natura di situazione giuridica sostanziale nella quale la tensione realizzativa dell'interesse del privato è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione; 2) la responsabilità in capo

---

\* Dottore di ricerca in Diritto Privato per l'Europa, Università degli Studi Roma Tre.



all'amministrazione sorge solo quando possa dirsi certa l'attribuzione dell'utilità finale a seguito dell'annullamento dell'atto; 3) la responsabilità che ne discende è di natura extracontrattuale.

Le conclusioni della tesi che qui si intende proporre suggeriscono invece un percorso differente e possono, a loro volta, essere così sintetizzate: 1) l'interesse legittimo non è una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, perlomeno nel senso forte di una pretesa all'attribuzione dell'utilità finale, poiché la tensione realizzativa del privato si appunta unicamente sulla correttezza del comportamento procedimentale dell'amministrazione; 2) il diritto al risarcimento del danno sorge, allora, in presenza di qualsiasi danno che dovesse verificarsi nel corso del procedimento, a prescindere dalla spettanza o meno dell'utilità finale; 3) la responsabilità che ne consegue è di natura contrattuale e rappresenta un'ulteriore epifania di quella che è stata definita la responsabilità civile in senso debole, vale a dire una responsabilità per violazione di un rapporto obbligatorio privo della prestazione.

In via preliminare occorre, dunque, accordarsi sulla nozione di interesse legittimo, con la consapevolezza di compiere non una mera operazione nominalistica ma una necessaria opera di chiarificazione concettuale. Se questo si determina come l'istanza di correttezza dell'amministrazione nel corso del procedimento, da far valere, sul piano pubblicistico per il tramite dell'annullamento dell'atto, per vizi che attengono a tutto l'arco procedimentale, ad essa non corrisponde un'analoga tutela sul piano risarcitorio; se questa infatti, in accordo con l'orientamento dominante, specie tra gli studiosi del diritto civile<sup>1</sup>, emerge solo ove l'illegittimità del provvedimento coincide con la lesione di una situazione giuridicamente rilevante, a seguito di quel giudizio «sulla consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente», dal quale traspaia che la p.a. doveva emettere provvedimento favorevole, può benissimo essere abbandonata tale dicitura in favore di quella di diritto soggettivo e infatti, uno de-

---

<sup>1</sup> Rispetto ad esso si è sempre distinta, in senso critico, l'opinione di Carlo Castronovo, la cui riflessione sul tema è risalente; v. oltre a *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1263 s.; *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 s., e recentemente *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 637 s. Nello stesso senso, recentemente, si è espresso anche A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1191 s.

gli approdi della dottrina muove proprio dal superamento della distinzione tra l'una e l'altra forma di tutela<sup>2</sup>.

Sulla bontà di tale esito si può anche convenire, a patto di accordarsi su cosa debba intendersi per diritto soggettivo, poiché se con esso si vuole indicare la posizione consolidata di vantaggio che l'ordinamento assicura ad un soggetto in relazione ad un'utilità finale, e che a seguito della lesione è in grado di innescare il rimedio risarcitorio, esso è altra cosa da quell'interesse<sup>3</sup> alla correttezza procedimentale, il quale allora refluisce unicamente sul piano

---

<sup>2</sup> Ritiene, ad es. M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 544 s., che «L'interesse legittimo, invece, non può rappresentare affatto una categoria dogmatica da interrogare per dedurre direttive interpretative in ordine al problema della risarcibilità dei pregiudizi dipendenti da un tale agire provvedimento illegittimo»; una volta superato il dogma della superiorità dell'interesse pubblico, in base al quale l'interesse del privato era strumentale *all'interesse pubblico* «a legittimare il privato e a dar contenuto alla sua domanda è il suo *interesse particolare* che si assume illegittimamente inciso dal potere pubblico su di esso esercitato[...]».

<sup>3</sup> Superata la formula dell'interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto, vale dire di un interesse privato protetto solo quando funzionale al ripristino della legittimità dell'amministrazione (L. Meucci, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1989, IV, 1 s.; O. Ranalletti, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 394-395) l'interesse legittimo è stato inteso come posizione meramente processuale, funzionale ad ottenere l'annullamento dell'atto, e come tale inesistente prima del provvedimento da E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1954, 33 e s. Differente la posizione di G. Berti, *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2000, 91 s., il quale intende l'interesse legittimo sì come interesse processuale, ma nell'accezione tutta peculiare di interesse procedimentale, il quale dunque sorge prima del provvedimento finale, come la garanzia di difesa nel procedimento in cui il cittadino sconta la partecipazione all'adempimento del dovere sociale, che resta separata da quella dell'attribuzione dei diritti. Il legame col diritto soggettivo preesistente però non si recide completamente perché sembra piuttosto che l'interesse legittimo rappresenti l'altra faccia del primo laddove sia chiamato a partecipare alla realizzazione dell'interesse generale; tant'è vero che la lesione dell'interesse legittimo si riflette sul diritto soggettivo ogni qualvolta «il danno che il suo diritto ha subito non corrisponde alle riduzioni e menomazioni che in quell'occasione il suo diritto avrebbe dovuto subire». Sembra piuttosto, allora, che tale impostazione si avvicini a quelle assai prevalenti che riconoscono nell'interesse legittimo un interesse sostanziale alla legittimità del provvedimento o, alternativamente, alla correttezza dell'esercizio del potere; in questo senso la letteratura è ampia e si segnalano, tra i tanti, per il collegamento con il bene materiale, che costituisce la legittimazione dell'interesse legittimo: F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, 396, che definisce l'interesse legittimo come «potere di azione derivante dalla tutela, garantitagli dall'ordinamento della sua pretesa al buon uso dei poteri da parte della stessa»; analogamente la posizione è espressa in *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 231; E. Casetta, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in

dell'annullamento, mentre sul piano sostanziale ciò che conta è l'esistenza di un diritto soggettivo, sia che esso preesista e si riespanda o acquisti rilevanza proprio con il provvedimento.

Ed è così che lo ha inteso parte della dottrina amministrativistica, trascurando però che il diritto assoluto, che pur può dirsi preesistente all'instaurazione del rapporto, proprio in virtù del procedimento e della commisurazione con l'interesse generale perde quel connotato di intangibilità che gli è proprio per recuperare una dimensione di protezione tipica di un rapporto relazionale, nel quale la titolarità del bene non vale di per sé ma entra nella posizione di tutela garantita dall'interesse legittimo come situazione sostanziale a non subire danni alla propria sfera patrimoniale, in questo senso come una garanzia che non è di reazione al provvedimento ma è consustanziale all'esserci del soggetto nel procedimento. Non sussiste quella dualità tra interesse legittimo e diritto soggettivo prospettata in dottrina<sup>4</sup>, il primo come il riflesso del secondo, che gli fornisce la legittimazione, quando questo sia

---

*Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 634 s. dove il riferimento è alla protezione di generici interessi materiali, E. Cannada Bartoli, *Il diritto soggettivo presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 353 che individua la tutela dell'interesse legittimo nell'interesse alla legittimità e che trova il presupposto proprio nella preesistenza del diritto soggettivo. F. La Valle, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti* (Teoria Dinamica del Diritto Soggettivo), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 764 s. individua nell'interesse legittimo un profilo di rilevanza ulteriore del diritto soggettivo sul piano della sua trasformazione, particolarmente evidente laddove si tratti di interessi oppositivi, mentre laddove si tratti di interessi pretensivi l'identificazione con l'aspettativa ad un comportamento dell'amministrazione priva l'interesse legittimo del fondamento in un preesistente diritto soggettivo.

<sup>4</sup> Se in un primo momento, Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 655 come rileva S. Agrifoglio, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1241, sembrava incline a ritenere che l'interesse legittimo permanesse sul piano astratto della semplice legittimazione processuale, funzionale alla qualificazione di legittimità o illegittimità dell'atto amministrato, sostanzialmente estraneo al terreno della responsabilità, dato che su tale terreno emergerebbe viceversa la categoria relazionale obbligo – diritto; nell'ultima riflessione dell'A. sul tema, (Castronovo, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 648-649) la ricomposizione dell'interesse legittimo con il diritto soggettivo sembra ormai ricomposta. Ritiene, invece, L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 374 che, l'accoglimento dell'obbligazione senza prestazione ai rapporti tra amministrazione e cittadino conduca a privare di senso «la distinzione concettuale tra interesse legittimo e diritto soggettivo; la pubblica amministrazione assumerebbe sempre, nell'attività provvedimentale, la qualità di debitore nei cui confronti il privato vanta un diritto soggettivo».

chiamato all'adempimento di un dovere sociale, onde collocare il primo sul piano della legittimità da far valere mediante l'annullamento dell'atto e il secondo sul piano risarcitorio. A maggior ragione poi quando l'utilità non preesiste e difetta la legittimazione fornita da un diritto soggettivo, ma è proprio l'atto amministrativo ad attribuirlo al soggetto, laddove la perdita derivante dalla mancata attuazione dell'interesse al bene della vita non coincide né con la lesione di una situazione giuridica preesistente, né certamente con l'inadempimento di una prestazione dovuta, ma per l'appunto con la violazione di un obbligo comportamentale che da solo sta a giustificare il sorgere di un rapporto tra il cittadino e l'amministrazione.

L'interesse legittimo si configura allora come una situazione sostanziale tipicamente strumentale<sup>5</sup>, nella quale si verifica una dissociazione tra l'interesse finale del cittadino, che è pur sempre diretto alla conservazione o al conseguimento dell'utilità sperata, il quale però rileva su un piano, per così dire, meramente descrittivo e non sostanziale, e il risultato dovuto, che è dato dalla semplice correttezza del processo decisionale, rispetto alla quale però di prestazione non è mai possibile parlare. Non si condivide allora pienamente la descrizione che dell'interesse legittimo viene fornita in uno degli studi più importanti dedicati all'argomento dalla dottrina civilistica<sup>6</sup>; anche se, va detto, l'opera conserva un valore che va oltre i risultati cui approda, non solo per aver portato l'attenzione su tutta una serie di fattispecie fino ad allora rimaste nell'ombra che pure rivendicavano tutela, ma per aver contribuito in maniera determinante<sup>7</sup> al rinnovamento della prospettiva tradizionale che poneva al centro del sistema il diritto soggettivo come forma cristallizzata – l'unica forma – aprioristicamente determinata di soddisfazione

---

<sup>5</sup> La dimensione del rapporto cui partecipa l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva, da questo punto di vista assimilabile al diritto di credito, è sottolineata da A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1191 s., spec. 1200 il quale richiama, per meglio inquadrare il rapporto tra p.a. e cittadino, anziché la contrapposizione diritti soggettivi- interessi legittimi, quella tra diritti in un rapporto e diritti senza rapporto.

<sup>6</sup> Si fa riferimento ovviamente allo studio di L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; Id., *Interesse legittimo*, in *Digesto disc. priv. (sez. civ.) IX*, Torino, 1993, 609 s.; per ulteriori riflessioni *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di Breccia, Brusciuglia, Busnelli, Torino, 2001.

<sup>7</sup> Lo riconosce ad es. M.R. Marella, *Le donne. L'interruzione delle sorti umane e progressive e i guadagni per il diritto*, in Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

dell'interesse individuale con ciò obliterando del tutto il momento dinamico, o per meglio dire concreto, del soddisfacimento dell'interesse e le possibili altre forme di tutela.

Dalla prospettiva del diritto di proprietà, la portata decostruttiva dell'interesse legittimo ha consentito, grazie alle ampie implicazioni solidaristiche, di rimeditare attorno alla figura del diritto soggettivo nella prospettiva di un allontanamento dalle strutture forti della soggettività giuridica, attraverso l'elaborazione proprio del modello dell'interesse protetto nei rapporti interprivati che non presuppone più una sfera di appartenenza esclusiva individuale né di conseguenza un mercato in cui tali posizioni di potere possono essere scambiate. Una situazione giuridica «innominata» idonea a comprendere quelle ipotesi che «priv(e) delle stimate del diritto soggettivo, incapac(i) di riconoscersi nell'interesse legittimo o nell'aspettativa, si proponga(no) pur tuttavia come interesse rilevante per il diritto»<sup>8</sup>. Il presupposto che si è inteso smentire è che tutte le situazioni giuridiche soggettive siano necessariamente condizionate dalla logica proprietaria, su cui sarebbero di fatto modellate, ovvero dalla dimensione «individualizzante ed individualizzata nella sua egoistica chiusura» che le connota. In tal modo sarebbe compromessa la possibilità di «attribuire rilevanza e qualificazione a interessi che non hanno questa dimensione individuale o che hanno la loro base in istituti diversi da quello dell'appropriazione, perché contemplan anche "l'altro"»<sup>9</sup>. Tale premessa è allora apparsa la più idonea a fondare la categoria dei beni comuni<sup>10</sup> che rappresentano il terreno ideale per l'affermazione di una soggettività «debole», fondata sul soggetto concreto-relazionale, che rifiuta di collocare il rapporto con il bene entro una logica di esclusività e di ordinare i rapporti intersoggettivi secondo uno schema di reciproca esclusione proprio perché l'interesse soddisfatto non è all'appropriazione esclusiva.

<sup>8</sup> L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., 539.

<sup>9</sup> Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998, 128.

<sup>10</sup> Sulla categoria dei beni comuni la letteratura è nutrita; si v., tra gli altri, M.R. Marella, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2011; L. Nívarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni, a cura di M. R. Marella, Verona, 2011; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; AA.VV. *Il diritto del comune. Crisi della sovranità proprietà e nuovi poteri costituenti*, Introduzione e cura di S. Chignola, Verona, 2012. Sia consentito, da ultimo, il rinvio a A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa. dir.priv.*, 2012.

E così, anche a voler trascurare i risvolti attuali che se ne potrebbero trarre in chiave di fondazione di un nuovo regime proprietario, ne è emerso come punto d'approdo la ricollocazione al centro della dinamica giuridica dell'interesse la cui qualificazione non si compie a priori ma solo nel momento del suo concreto emergere nella realtà, ove otterrà la veste che, per il modo in cui è previsto il soddisfacimento in concreto, gli spetta.

Da questo punto di vista il diritto soggettivo rappresenta una delle qualificazioni giuridiche degli interessi individuali, certamente la più forte, perché assicura al soggetto la possibilità di soddisfarsi incondizionatamente, ma non l'unica, laddove ad essa si affianca, l'interesse legittimo, una situazione sostanziale, di vantaggio, perché volta al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente nel conseguimento o nella conservazione della propria sfera giuridica. E tuttavia, una situazione inattiva poiché il soddisfacimento dell'interesse non dipende dal comportamento esclusivo del soggetto che vi aspira, com'è nel diritto soggettivo, ma da quello di un soggetto diverso, titolare di una situazione naturalmente libera o necessitata sull'*an* anche se discrezionale nel modo, il che determina il doveroso contemperamento anche dell'interesse dell'altro soggetto<sup>11</sup>.

Parlare di situazione di vantaggio, includendo l'utilità finale nel contenuto della situazione giuridica appare però poco convincente, specie considerando che l'inattività, che pure ne descrive la fisionomia esclude che la soddisfazione dell'interesse finale rientri tra le possibilità d'azione che la situazione giuridica dovrebbe attribuire: è lecito, infatti, parlare di situazione di vantaggio solo se le condizioni previste nella norma, come nel caso del diritto soggettivo, consentano al soggetto che ne è investito il soddisfacimento del suo interesse. Per inciso, va detto, che parlare di inattività quando «il risultato non dipende in concreto dal comportamento dello stesso soggetto che vi aspira, bensì [...] dal comportamento di un diverso soggetto»<sup>12</sup> rischia di ingenerare un pericolo equivoco sulla natura del diritto di credito che, pur mediato dalla necessaria cooperazione del debitore, non per questo può definirsi situazione inattiva.

<sup>11</sup> L. Bigliazzi Geri, *Contributo*, cit., 47 sulla definizione in generale delle qualificazioni delle situazioni giuridiche in "attiva-inattiva", "di vantaggio-di svantaggio"; nell'applicazione all'interesse legittimo, Id., op.cit., 54 s.

<sup>12</sup> L. Bigliazzi Geri, op. cit., 57

Ce ne si avvede in punto di tutela laddove, la pur corretta riconduzione dell'interesse legittimo all'ottica del rapporto, incentrato sul "nesso di complementarità"<sup>13</sup>, e non di funzionalità, data la diversità di interessi coinvolti, lo mette nelle condizioni di accedere allo statuto di tutela che l'ordinamento accorda alle situazioni soggettive di tipo relazionale, anzitutto il risarcimento del danno. Di conseguenza proprio per l'instaurarsi di un rapporto tra le parti, «la responsabilità che fa capo al soggetto agente a seguito della lesione di tale interesse non può che plasmarsi su quella di cui agli artt. 1218, 1223 ss.: giacché questo è il tipo di responsabilità che presuppone l'esistenza di una relazione tra situazioni soggettive»<sup>14</sup>.

L'affermazione in sé pur condivisibile non spiega però quando possa dirsi sorta tale responsabilità, e, ancora prima, quando l'interesse legittimo venga leso, e ciò in quanto la configurazione in termini di situazione di vantaggio sembrerebbe dare per scontata la spettanza all'utilità finale onde di prestazione dovrebbe parlarsi e quindi di danno solo quando questa dovesse risultare inadempita. Di tale prestazione però non v'è traccia e infatti correttamente l'A. esclude possa parlarsi di rapporto obbligatorio «dato che mai davanti ad un interesse legittimo potrebbe stare una situazione di obbligo in senso tecnico»<sup>15</sup>; se così è però il riferimento all'art. 1218 appare fuori segno mentre far sorgere la responsabilità quando l'amministrazione abbia agito «sulla base della ritenuta prevalenza di esigenze concrete imponenti il sacrificio di quell'interesse, ma in realtà non sussistenti o non oggettivamente prevalenti»<sup>16</sup>, risulta incongruo, poiché se così fosse proprio di aspettativa di prestazione dovrebbe parlarsi, tanto che la dottrina successiva<sup>17</sup> ha preferito condurre il discorso sul piano più sicuro della responsabilità aquiliana.

<sup>13</sup> L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., 565 e altresì, Id., *Contributo*, cit., 71 s., spec. 80.

<sup>14</sup> L. Bigliazzi Geri, *Interesse legittimo*, cit., 565. Nello stesso senso, Id., *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 29 s., spec. 38 s.,

<sup>15</sup> L. Bigliazzi Geri, *ibidem*.

<sup>16</sup> L. Bigliazzi Geri, *Contributo*, cit., 64.

<sup>17</sup> Il riferimento è a E. Navarretta, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, a cura di Breccia, Brusaglia, Busnelli, Torino, 2001, spec. 326 s. ove l'operare dell'interesse legittimo nell'ambito della responsabilità contrattuale viene limitato solo alle ipotesi in cui la lesione coinvolge le parti di un rapporto contrattuale. Il fondamento della responsabilità risiede però nella semplice assunzione volontaria del vincolo, idonea a generare violazioni contrattuali, ben oltre l'inadempimento dell'obbligazione.

Non solo, in tal modo, si dà del rapporto giuridico una nozione meramente descrittiva che ne compromette il suo valore normativo, ma il risarcimento del danno che se ne fa discendere risulta privo di un ancoraggio sicuro e tutto ciò deriva dall'indisponibilità a concepire un rapporto obbligatorio in senso proprio, nella veste minimale degli obblighi di protezione, incentrato, quindi, su un nesso di funzionalità e non di mera complementarità tra l'istanza alla correttezza da un lato e l'obbligo di agire correttamente dall'altro.

2. – Neppure convincente pare l'obiezione<sup>18</sup>, avanzata in dottrina, secondo cui la legittimità del comportamento costituirebbe più propriamente il limite della protezione accordata all'interesse medesimo, mentre l'oggetto proprio di tale situazione giuridica, secondo una lettura dinamica dell'interesse legittimo, sarebbe rappresentato dal provvedimento, strumentale al soddisfacimento dell'interesse finale, e ciò specie se nella legittimità, innestata sull'eccesso di potere, si sia disposti ad includere, distanziandola così dalla legalità di stampo formalista, anche quei principi generali che riguardano la funzione.

Nella misura in cui, infatti, la protezione che l'ordinamento assicura all'istanza di soddisfacimento dell'interesse, tanto alla conservazione, quanto all'acquisizione di un'utilità, condiziona anche la fisionomia della situazione giuridica soggettiva, nel senso che ne determina il contenuto, tale critica perde di rilievo, una volta escluso che sussista una simmetria tra l'oggetto dell'interesse materiale, il conseguimento dell'utilità, e la forma di protezione che l'ordinamento gli riconosce per il suo soddisfacimento. Se infatti si sposta l'attenzione dalla qualificazione in astratto all'oggetto della qualificazione, il comportamento legittimo, perde di rilievo l'eccezione secondo cui la qualificazione astratta di un atto possa essere considerata un bene della vita. Proprio il fatto che la situazione sia strumentale e inattiva determina che la tensione precettiva del rapporto si esaurisca nella doverosità del comportamento, del quale il provvedimento rappresenta l'epilogo, e non si appunti sulla spettanza dell'utilità finale, la quale risulta, semmai, tutelata di riflesso dall'accertata violazione dell'obbligo. La preesistenza di un rapporto fondato

---

<sup>18</sup> G.F. Scoca, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., *Interessi protetti* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989, 7.

sulla precettività degli obblighi di comportamento contribuisce a superare anche l'ulteriore obiezione secondo cui l'interesse legittimo così inteso postulerebbe «l'esistenza di un inammissibile dovere dell'amministrazione di osservare le leggi, al quale, comunque se esistesse dovrebbe corrispondere una situazione giuridica favorevole in capo a tutti i soggetti e non ad alcuni soltanto»<sup>19</sup>; proprio la natura relativa del diritto di credito fonda, infatti, una precisa obbligazione dell'amministrazione verso un soggetto determinato che del primo è titolare.

Qui emerge propriamente la differenza rispetto al diritto soggettivo, quantomeno nell'accezione di posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al soggetto medesimo di una forza che si concretizza nella disponibilità di strumenti vari atti a realizzare in modo pieno proprio l'interesse al bene, laddove invece, nell'interesse legittimo, tale strutturale preordinazione manca. Se così è deve escludersi che la protezione offerta dall'interesse legittimo includa anche l'interesse al bene della vita, il quale costituisce sì, l'interesse materiale del privato, ma non rientra nella struttura della fattispecie, dal momento che non è possibile predicarsi una protezione giuridica che non conduca alla necessaria soddisfazione dell'interesse cui essa direttamente si riferisce.

Risulta incongruo allora il riferimento al concetto di pretesa<sup>20</sup> all'utilità finale, avanzato da autorevole dottrina, per descrivere il contenuto dell'interesse legittimo, poiché essa rappresenta il tratto distintivo dei diritti di credito, quantomeno nella misura in cui ne mette in mostra, assieme a quello di aspettativa, il tratto relazionale costituito dalla necessaria cooperazione del debitore alla realizzazione dell'interesse del creditore, sebbene con ne esaurisca completamente la fisionomia poiché induce, forse, a trascurare le capacità realizzative in cui il credito come diritto soggettivo si sostanzia, anche in caso di inerzia del debitore. Se poi riferito agli interessi pretensivi l'accostamento può ritenersi in astratto concepibile, esso risulta difficilmente praticabile ove nella medesima categoria si voglia far convivere anche gli interessi oppositivi.

Se il riferimento al concetto di pretesa per qualificare l'interesse legittimo va respinto, la dimostrazione risulta inappagante laddove la si voglia fondare

<sup>19</sup>M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1998, 89.

<sup>20</sup>Così M. Nigro, op. cit., 103.

sulla pluralità di interessi da soddisfare, che contraddistinguerebbe l'interesse legittimo – il quale dovrebbe sempre misurarsi con l'interesse pubblico oltre che con quello del privato – rispetto al diritto di credito, e oltremodo fuorviante se poi se ne vuole sostenere l'accostamento al diritto di credito, ove, invece, di pretesa è lecito parlare, sul presupposto comune della possibilità di soddisfare l'interesse finale soltanto attraverso il comportamento del debitore; ciò risulterebbe avallato dall'idea che oggetto del diritto di credito non sia il bene alla cui acquisizione il titolare dell'interesse tende ma il comportamento del debitore; analogamente nell'interesse legittimo, si dice, «l'interesse al bene della vita può risultare soddisfatto o insoddisfatto soltanto attraverso il provvedimento amministrativo»<sup>21</sup>.

Qui propriamente risiede invece la differenza tra le due situazioni; mentre nel diritto di credito vi è simmetria tra l'interesse finale, che è dovuto, e i modi che l'ordinamento assicura per il suo soddisfacimento, più ampi della sola pretesa al comportamento del debitore, ciò non accade nell'interesse legittimo, ove l'interesse finale, resta fuori dalla situazione giuridica soggettiva nel senso che non ne costituisce il contenuto per la semplice circostanza che quel risultato non dipende dal soggetto che vi aspira, il che equivale a dire che non è dovuto, onde tale situazione si appunta soltanto sull'esercizio corretto del potere, rispetto al quale il privato nutre un mero affidamento.

Si è rivelato, infatti, infondato, il tentativo, di dimostrare l'estraneità del diritto di credito al diritto soggettivo<sup>22</sup>, sul presupposto che questo si sostanzia nella capacità autorealizzativa dell'interesse da parte del titolare, suggerendo così l'idea di annoverarlo come autonoma situazione giuridica favorevole, ma inattiva, la pretesa, avente ad oggetto l'aspettativa qualificata di un bene la cui realizzazione sarebbe rimessa al comportamento doveroso del debitore.

<sup>21</sup> G.F. Scoca, *Interessi protetti*, cit., 10; Id., *Contributo sulla teoria dell'interesse legittimo*, cit., 10.

<sup>22</sup> G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass.dir pubbl.*, 1949, I, 238 s., secondo il quale: «il diritto soggettivo è una situazione attiva, la pretesa una situazione inattiva; il diritto soggettivo ha per contenuti la fattispecie normativa di un comportamento dello stesso titolare, la pretesa la fattispecie normativa di un comportamento altrui; il diritto soggettivo è possibilità di agire; la pretesa è un attendere». Nel senso che il credito non sia un diritto soggettivo anche D. Barbero, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 41; Id. *Scritti in on. Di L. Barassi*, in *Jus*, 1943, 49. Sostiene, viceversa, L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, ora in *Scritti II cit.*, 64 che la pretesa attiene alla dimensione materiale del fenomeno di qualificazione giuridica che conduce al riconoscimento del diritto soggettivo, rappresentando il presupposto di fatto dell'attribuzione del diritto, dal cui contenuto essa dunque resta esclusa.

Risulta, infatti, smentito proprio l'assunto iniziale ben potendo il diritto soggettivo consistere in un comportamento privo di una attitudine alla realizzazione in via diretta e immediata dell'interesse, come accade in modo esemplare nel diritto di proprietà, ma non per questo sprovvisto della capacità di sollecitare, se non addirittura di provocare l'attribuzione finale, al quale anzi è preposta proprio l'azione di adempimento<sup>23</sup>. L'accento posto sul comportamento del debitore, anche una volta recuperata la natura di diritto soggettivo del diritto di credito, rischia, poi, di reiterare l'equivoco, proprio delle teorie personali dell'obbligazione di concepire l'oggetto del credito alla stregua dell'oggetto dell'obbligo, come diritto che verte sulla prestazione del debitore<sup>24</sup>.

Se si esclude che l'interesse legittimo sia assimilabile alla pretesa non se ne può nel contempo negare la natura di aspettativa legittima, argomentando dalla sua sostanziale inattività, dal momento che se l'interesse legittimo può essere considerato inattivo poiché il risultato dipende da un comportamento altrui, tale inattività non comporta affatto che l'interesse legittimo venga a ridursi ad una semplice attesa giuridicamente tutelata, essendo dotato di forme di protezione che consistono in facoltà attiva, di iniziativa, di intervento, di collaborazione. Tutela ancora più forte, del diritto soggettivo, viene detto, poiché «la titolarità dell'interesse legittimo consente di entrare nel vivo dello spiegamento del potere amministrativo orientandone l'esercizio e correggendone le deviazioni», cosa che «il diritto soggettivo non può mai arrivare a fare»<sup>25</sup>; il che ne farebbe addirittura una situazione non solo di vantaggio ma anche attiva.

Se questo è vero sul piano pubblicistico per la particolare natura procedimentale dell'attuazione del potere, sul piano sostanziale resta insuperabile la

<sup>23</sup> Lo rileva opportunamente F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, Napoli, 2011, 18-19, il quale suggerisce di utilizzare il concetto di pretesa (op. cit., 21) «come semplice formula linguistica destinata ad illustrare su di un piano per lo più empirico la particolare struttura relazionale del credito», per la cui realizzazione diviene centrale, a differenza dei diritti assoluti, la cooperazione del debitore.

<sup>24</sup> In tal senso M. C. Bianca, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 39-40, M. Giorgianni, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, 217. In senso critico già R. Niccolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 51 s.; L. Mengoni, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., passim; recentemente, per un'ampia ricostruzione in senso critico, F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 29 s.; 466 s.

<sup>25</sup> Così Nigro, *Giustizia*, cit., 103-104.

diversità col diritto di credito, stante l'inattuabilità dell'utilità finale, a differenza di quanto accade nell'obbligazione dove se è vero che la soddisfazione del proprio interesse, è mediata dal comportamento del debitore, rispetto al quale può dirsi che il creditore nutre un'aspettativa, qualora questo resti inattuato è in grado di determinare un svolgimento dell'originario rapporto volto al recupero per via giudiziale del risultato dedotto in obbligazione e negato al creditore o non fattogli pervenire in modo esatto.

Il rapporto obbligatorio si presenta infatti unitario e perciò l'aspettativa coglie solo uno dei momenti di cui si compone tale rapporto<sup>26</sup>, quello della cooperazione del debitore, mentre, è inefficace ad esprimere la tensione realizzativa propria del diritto di credito che si traduce nella pretesa al conseguimento dell'utilità finale e che qualifica come "attiva" tale situazione giuridica. La conseguibilità del risultato finale è il contenuto proprio del diritto di credito ed infatti l'azione di adempimento, pur collocandosi in una dimensione patologica, non apre scenari di responsabilità e non travalica, esauriti i margini per un adempimento spontaneo, nel giudizio di esecuzione, ma connota una fase eventuale dello svolgimento dell'originario rapporto, propria del contenuto sostantivo del diritto di credito.

Dell'interesse legittimo, invece, correttamente si deve parlare come di una situazione inattiva, perlomeno in riferimento all'utilità finale, e dunque tipicamente strumentale e non finale, poiché il contenuto si appunta unicamente sulla condotta legittima dell'amministrazione, dal momento che in capo al soggetto manca proprio il riconoscimento formale della pretesa in ordine al conseguimento del bene finale, che lo esclude dal cerchio di tutela offerta dalla posizione sostantiva. Il concetto di aspettativa, il quale si presenta fortemente condizionato dalla sua fattualità e pertanto difficilmente inquadrabile in definizioni univoche, se assunto nel significato di pretesa/attesa ad un comportamento altrui, funzionale alla realizzazione del proprio interesse<sup>27</sup> e non quale situazione giuridica a sé stante<sup>28</sup>, appartiene all'interesse legitti-

<sup>26</sup> In tal senso F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 662.

<sup>27</sup> S. Mazzamuto, *Danno ingiusto e danno meramente patrimoniale*, in *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 310 riconosce che «l'aspettativa – com'è fin troppo noto – rappresenta una delle cifre del diritto di credito in quanto, per lo meno *ab origine*, situazione giuridica per sua natura strumentale».

<sup>28</sup> Sul concetto di aspettativa, quale situazione giuridica soggettiva autonoma, fondamentale resta lo studio di D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1939 il quale, letto

mo non meno che al diritto soggettivo come iniziale atteggiarsi del diritto di credito. Sebbene con una sostanziale differenza, posto che un conto è l'aspettativa propria del diritto di credito, che sottende l'attribuzione, seppure mediata dall'imprescindibile cooperazione del debitore, di un risultato dovuto, e un conto è l'aspettativa alla correttezza, la quale però, se non sottende i prodromi dell'attribuzione finale di un'utilità, certamente ha in sé la pretesa ad un comportamento corretto. Ne risulta smentita l'idea che tra l'affidamento e l'aspettativa sussista una differenza radicale<sup>29</sup> e pure l'ulteriore obiezione secondo cui mentre la prima sarebbe una situazione a cui si attribuisce rilievo solo a seguito della lesione, l'aspettativa, in senso proprio, sarebbe invece una situazione di affidamento già presa in considerazione da parte dell'ordinamento e perciò dotata di tutta una serie di strumenti idonei ad assicurarla – si fa l'esempio della condizione – ; e ciò in quanto si sottovaluta l'idoneità, del titolare di una semplice aspettativa di comportamento, a rea-

---

il negozio giuridico come fattispecie a formazione progressiva, ricollega al prodursi di effetti preliminari, i quali si caratterizzano per il derivare da una frazione della fattispecie degli effetti definitivi (op. cit., 127, 129), e, sotto il profilo funzionale, per esplicitare la funzione mediata di assicurare la futura produzione degli effetti definitivi proteggendo il completarsi della fattispecie (op. cit., 142,150) – il vincolo di irrevocabilità (op. cit., 242), l'obbligo di non impedire il completamento della fattispecie (op. cit., 281), il potere di compiere atti conservativi – l'individuazione dell'aspettativa. Questa, tuttavia, viene escluso possa ricondursi al diritto soggettivo e pure che possa configurare una situazione giuridica soggettiva; «Riteniamo pertanto che, giuridicamente, l'aspettativa designa il semplice complesso degli effetti preliminari singoli disposti in favore di un subbietto, cioè il complesso dei rapporti preliminari in cui un subbietto interviene nel termine attivo; e riteniamo che questo complesso non costituisce, a sua volta, un effetto giuridico per sé stante, sovraordinato ai rapporti singoli che lo compongono, ma si risolve in quei rapporti, e solo sta ad indicare la connessione fra essi esistente» (op. cit., 317). Diversa è, com'è noto, la ricostruzione di R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2008, spec., 258 s.; Id., *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, Milano 1958, 226 s., il quale contesta l'idea del negozio giuridico come fattispecie complessa introducendo la distinzione tra rilevanza ed efficacia, riconnettendo alla prima quelli che, secondo Rubino, sarebbero effetti preliminari. L'aspettativa acquista un'autonomia concettuale per indicare nelle ipotesi di efficacia un'investitura potenziale degli effetti finali, anche se, soltanto, come riflesso o correlato logico del vincolo delle parti. Di recente, dell'aspettativa si è occupata, in un interessante studio monografico, M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006.

<sup>29</sup> V. ad es. S. Mazzamuto, *Danno ingiusto e danno meramente patrimoniale*, cit., 310, il quale riconosce che «l'affidamento – per lo meno nel settore della responsabilità – è lo stato soggettivo di fiducia nella corrispondenza dell'altrui comportamento ad un modello di condotta e, dunque, presuppone la condizione dell'aspettativa piuttosto che quella del diritto soggettivo già pienamente acquisito».

lizzare in maniera satisfattiva e non in via residuale il proprio interesse, prima che si sia prodotto un danno che comprometta in modo definitivo la possibilità di soddisfazione.

3. – Se il contenuto dell'interesse legittimo, per come lo si è venuto delineando, si appunta sulla correttezza del comportamento dell'amministrazione che rileva a prescindere da una prestazione attributiva di un bene della vita, la cui assenza diviene irrilevante ai fini della qualificazione del vincolo in termini di obbligo, si rivela scorretto parlare di esso come di una prestazione di un'obbligazione di mezzi, avente ad oggetto l'emanazione di un atto corretto<sup>30</sup>. Tutto ciò sul presupposto secondo cui «il carattere relativo delle obbligazioni di mezzi e di risultato, nel considerare strumentale un interesse solo rispetto ad un interesse finale[...]consente di considerare come vero e proprio diritto la pretesa ad un comportamento dell'amministrazione che di per sé può anche non assicurare l'ottenimento di un'utilità finale[...]ma che è comunque vantaggioso per il privato: ogni interesse, considerato in sé, ha dunque carattere finale»<sup>31</sup>. L'interesse legittimo si converte, così, in una «situazione composta, consistente, in una pretesa, nonché in poteri e facoltà, ossia in un diritto soggettivo, e, specificatamente, in diritto di credito, avente ad oggetto una prestazione consistente in un comportamento dalle caratteristiche predeterminate»<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Altrettanto scorretto è parlare di una prestazione di protezione sul presupposto della sola relazionalità che si instaura cittadino e amministrazione; in questi termini Cass. 157/2003, pur ascrivendo correttamente la responsabilità dell'amministrazione nell'alveo contrattuale ritiene che il fenomeno della lesione dell'interesse legittimo costituirebbe «in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa», perché i doveri procedurali imposti dalla legge sono da qualificarsi «come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede».

<sup>31</sup> Così C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 350; in tal senso però, più diffusamente, L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, 175 s., nonché F. Gaffuri, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, 144 s., il quale invoca la buona fede allo scopo limitato di dare rilievo agli obblighi dei privati, intervenuti nel procedimento, nei confronti dell'amministrazione (op. cit., 149 s.). In tal senso, precedentemente, F. Gaffuri, *Brevi note sul rapporto procedimentale e sugli interessi partecipativi dopo il pronunciamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011*, in *Dir. Amm.*, 2012, 217 s., spec. 240 s.

<sup>32</sup> In tal senso C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 350, in sintonia con Ferrara, op. cit., 172, 174

Riconosciuta l'esistenza di una prestazione, la critica all'obbligazione senza prestazione diviene consequenziale ma risulta del tutto fuori segno; l'applicazione di tale modello anche ai rapporti tra l'amministrazione e il privato viene criticata sul presupposto che essa troverebbe riferimento unicamente rispetto al procedimento, mentre rispetto al provvedimento finale non potrebbe più parlarsi di protezione se non di prestazione; come tutto ciò poi significhi «lasciare fuori dalla categoria dell'obbligo i vincoli sostanziali»<sup>33</sup> resta francamente oscuro; se il provvedimento è parte integrante del procedimento, con il riferirsi ad un obbligo di protezione si è proprio voluto indicare l'assenza di una prestazione volta all'attribuzione dell'utilità finale, laddove per contro il cittadino ha diritto solo ad un comportamento corretto, sia nel corso del procedimento, sia ad opera del provvedimento, che del primo rappresenta il momento terminale.

Tanto meno fondata è l'obiezione secondo cui, l'indisponibilità a configurare un diritto alla prestazione ad un comportamento corretto, troverebbe spiegazione nella tendenza della dottrina dell'obbligazione senza prestazione a collocare l'obbligo di protezione «accanto al dovere della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità, dovere che possiamo dire assoluto e di diritto pubblico»<sup>34</sup>; dunque un dovere accessorio, che si attiva nel corso del procedimento, ma che resta assorbito nel potere. Affermare infatti che il dovere di comportarsi secondo buona fede si affianca all'interesse legittimo, non legittima affatto la conclusione secondo cui «l'obbligazione si affianca semplicemente alla tradizionale configurazione autoritativa e irrelata della funzione amministrativa, mentre l'interesse pubblico conserva i suoi magici poteri, facendo nella specie germinare da un unico vincolo normativo una duplice serie di situazioni passive, il dovere di diritto pubblico e l'obbligo di diritto privato»<sup>35</sup>.

A parte la banale, ma quanto pare non abbastanza considerazione per cui non v'è alcun rapporto di accessoria dal momento che non di obblighi di protezione si parla ma di obbligazione senza prestazione, che, a differenza dei primi, per l'appunto, non si sostanzia in un obbligo accessorio ma in un vin-

<sup>33</sup> Ferrara, op. cit., 163.

<sup>34</sup> Ferrara, op. cit., 163, riprendendo le parole di Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 654.

<sup>35</sup> Ferrara, op. cit., 164.

colo autonomo che scaturisce dall'affidamento qualificato a non subire danno e si traduce nell'aspettativa di una condotta di controparte ispirata da buona fede-correttezza; va detto che se questa non coincide con l'interesse legittimo, lo è solo per la parte di rilevanza pubblicistica, dove l'interesse legittimo corrisponde all'istanza alla legittimità dell'azione amministrativa, mentre ove si configura come aspettativa tutelata di un provvedimento legittimo ben a ragione può essere assimilata al diritto soggettivo, nella specie al diritto di credito, di un'obbligazione priva della prestazione, non essendo seriamente tale, pure ripescandola dal passato, la figura delle obbligazioni di mezzi.

Il riferimento ad uno dei più noti studi circa la distinzione tra l'obbligazione di mezzi e di risultato<sup>36</sup>, dal quale peraltro si vorrebbe ricavare proprio quello che l'Autore intendeva invece smentire, vale a dire il fondamento di tale distinzione, risulta però fuori luogo se inteso a sostenere che nelle obbligazioni di mezzi la pretesa del debitore si appunti unicamente sulla condotta del debitore. Ciò che, infatti, Mengoni ha svelato è l'esistenza di alcuni rapporti in cui sussiste una divergenza tra l'interesse presupposto dal creditore, il c.d. interesse primario, e l'interesse dovuto, il quale però si distingue sempre dai mezzi, vale a dire dall'attività poietica del debitore, e si appunta piuttosto su un risultato, una modificazione incrementativa della realtà, il quale però è irrimediabilmente segnato dai mezzi dedotti in obbligazione, non aprioristicamente determinabili, ma valutabile solo a posteriori, secondo quello che si è definito «modello teleologico a posteriori»<sup>37</sup> consistente nel assumere il risultato in concreto ad oggetto di una valutazione comparativa tra il contegno assunto dal debitore e quello astrattamente richiesto dal debitore.

Oltretutto, il richiamo all'obbligazione di mezzi risulta smentita dalla stessa dottrina in un passaggio ove, superando l'obiezione che l'interesse legittimo si appiattisca sull'interesse alla legittimità degli atti amministrativi, riconosce tra i vantaggi discendenti dall'adempimento dell'obbligazione c.d.

<sup>36</sup> L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, ora in *Scritti giuridici II*, Milano, 2011, 142. In senso critico sulla distinzione cfr. F. Piraino, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 83 s.; Id., *Adempimento e responsabilità*, cit., 509 s. e, ancora, di recente, Id., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *I contratti*, 2014, 888 s.

<sup>37</sup> L'espressione è di F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 574 s., spec. 576

“di comportamento”, «il conferimento oppure (a seconda della fattispecie e/o della prospettiva) della “conservazione della chance”<sup>38</sup>; ciò che rappresenta proprio l’oggetto di un’obbligazione senza prestazione orientata non alla modificazione, anche in senso incrementativo, della sfera giuridica del creditore, ma soltanto alla conservazione della possibilità di conseguire tale risultato. Sul presupposto in se corretto che l’interesse del privato non si esaurisca nella correttezza del provvedimento conclusivo ma abbraccia anche tutto l’arco procedimentale, quelli che sono obblighi di correttezza, diventano secondo un’autorevole opinione<sup>39</sup> obblighi di risultato, sul riconoscimento che i beni della vita che ne sono oggetto avrebbero addirittura copertura costituzionale. Il riferimento alla fundamentalità<sup>40</sup> si rivela però poco persuasivo poiché, più che altro evocativo della necessità di una maggiore tutela, risulta privo di un riscontro effettivo in punto di tutela, dal momento che, i beni oggetto degli obblighi di informazione, non riguardano l’individuo in sé, e dunque perdono quel carattere dell’assolutezza che caratterizza i diritti fondamentali, anche quelli concepiti nella forma del diritto ad una prestazione, tipica dei diritti sociali, ma quel procedimento in cui si sviluppa l’esercizio del potere dell’amministrazione nella misura in cui coinvolge utilità dei privati; l’idea che però essi siano, per il carattere di strumentalità che rivestono, rispetto al provvedimento finale, “obbligazioni di mezzi” e nel contempo per la loro assolutezza “obbligazioni di risultato” oltre ad essere in sé contraddittorio si rivela anche, per quanto detto, scorretta.

4. – Proprio l’erroneo convincimento che diritto di credito e interesse legittimo siano situazioni assimilabili ha potuto ingenerare il convincimento che «l’emersione dell’interesse legittimo come situazione giuridica sostanziale [abbia portato] con sé la necessità dell’effettiva tutela della pretesa del ricorrente alla base della situazione stessa»<sup>41</sup>, ampliando il novero dei rimedi esperibili fino a comprendervi anche l’azione di adempimento, ricavabile dal

<sup>38</sup> Ferrara, op. cit., 178.

<sup>39</sup> Si fa riferimento a M. Renna, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2012, 557 s.

<sup>40</sup> In questo senso anche L. Perfetti, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 850 s.

<sup>41</sup> Per es. A. Carbone, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 25.

combinato<sup>42</sup> degli art. 31, co. 3 e 34 comma 1 lett. c), del codice del processo amministrativo, accanto al risarcimento in forma specifica, previsto dall'art. 30, co. 2, riconoscendo la possibilità al giudice amministrativo di condannare la p.a. all'adozione del provvedimento a seguito dell'annullamento dell'atto illegittimo dell'interesse pretensivo.

Ad opinione comune<sup>43</sup>, l'azione di adempimento avrebbe istituito così un rafforzamento sul piano processuale della tutela dell'interesse legittimo cosiddetto pretensivo, al quale gli sarebbe riconosciuto anche un rimedio in forma specifica al pari dell'annullamento per le posizioni di carattere oppositivo, consistente nell'ottenimento in via giudiziale dell'attribuzione dell'utilità dovuta, una volta che la discrezionalità amministrativa si sia, nel corso del procedimento, esaurita. Poiché l'azione di adempimento presuppone anch'essa l'azione di annullamento, che rileva sul piano pubblicistico, essa si colloca piuttosto sullo stesso piano dell'effetto ripristinatorio che consegue all'annullamento nei casi di interessi oppositivi; questo è propriamente quello che si è definito la variante reintegratoria delle tutele specifiche, la quale è finalizzata a restaurare una situazione soggettiva in seguito a una lesione che la riguardi sotto il profilo della disponibilità.

<sup>42</sup> In realtà nel testo provvisorio del Codice del processo amministrativo, nell'art. 40 si faceva espressa menzione dell'azione di adempimento, attraverso la previsione di una «condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto». Ciononostante, come si è detto nel testo un provvedimento di condanna atipica è ricavabile dagli artt. 30 e 34 e più in generale dal complesso delle disposizioni riguardanti il nuovo assetto processuale. Una conferma la si ricava, del resto, dalla Relazione finale al D.lgs. n. 104/2010, ove si legge che «il Codice detta un'articolata disciplina per l'azione di condanna quando (...) debba comunque provvedersi mediante l'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva. Il carattere residuale della condanna atipica («all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva») è esplicitato dalla previsione secondo cui deve trattarsi di una misura «non conseguibile con il tempestivo rimedio ad altre azioni». Un'ulteriore conferma è venuta dalla giurisprudenza che con l'Adunanza Plenaria n. 3 del 23 marzo 2011, in un lungo *obiter dictum*, ha affermato che «deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, 1° co., che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione e i relativi contenuti (...) e dell'art. 34, 1° co., lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio».

<sup>43</sup> Sull'azione di adempimento nel processo amministrativo lo studio più completo è quello di A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit.

Si parla infatti, in proposito di un giudizio di spettanza, evocando in modo inequivocabile la pretesa del cittadino ad un risultato dovuto, vale a dire quella dimensione di intersoggettività propria del rapporto di credito, la quale si incentra tutta sulla particolare forma di *agere licere* che gli è propria, la quale si articola in una pluralità di comportamenti materiali e di atti giuridici finalizzati alla realizzazione in natura dell'interesse creditorio, e che si potrebbero racchiudere nella formula di prerogativa al conseguimento del bene dovuto. L'azione di adempimento partecipa, infatti, della tensione realizzativa del rapporto di credito, evocando un vincolo di prestazione rimasto inadempito ma ancora suscettibile di attuazione e che, pertanto, resta nella fase esecutiva del rapporto non essendo ancora sfociato in un danno – nell'accezione corretta di perdita – tale da consentire l'accesso al piano risarcitorio, conseguente al giudizio di responsabilità<sup>44</sup>.

Ciò significa che l'inadempimento non sempre si identifica con il danno, perlomeno tutte le volte in cui la mancata o inesatta prestazione non è ancora irreversibilmente pregiudicata, e dunque la perdita, che non sia il mero ritardo, non si è ancora cristallizzata, ma anzi permane la possibilità di adempiere o correggere l'adempimento e il risultato dunque resta recuperabile. Sicché parlare di risarcimento appare una forzatura poiché non si tratta di eliminare un effetto consolidato, la definitiva perdita della prestazione, ma di realizzare quell'interesse rimasto inattuato o inesattamente attuato così da evitare che la realizzazione diventi impossibile o non più utile per il creditore. Tant'è che di risarcimento in

---

<sup>44</sup> In questo senso, per la priorità dell'adempimento in natura, v. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 1s.; S. Mazzamuto, *L'inattuazione dell'obbligazione e l'adempimento in natura*, in *Rimedi specifici e responsabilità*, cit., passim; G. Grisi, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Art. 1218*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli. Delle obbligazioni, a cura di Cuffaro, artt. 1218-1276, Torino, 2013, 39 s.; A. di Majo, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, in *Europa. dir. priv.*, 2007; A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa. dir. priv.*, 2011, 567 s.; in questo senso, anche L. Nivarra, *I rimedi specifici*, in *Europa. dir. priv.*, 2011, 157 s.; e ancora, Id., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa. dir. priv.*, 2014, 45 s., specie 91 s.; di diverso avviso resta Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 811 s. il quale ritiene, invece, che una volta realizzatosi l'inadempimento la regola pervasiva sia quella del risarcimento in natura, non essendovi più spazio per l'adempimento, sia pure coattivo. Da segnalare come l'A., colga ulteriori argomenti per giustificare l'identificazione dell'azione di adempimento con il risarcimento in forma specifica proprio nell'ambito del diritto amministrativo, a seguito dell'esplicita introduzione di quest'ultimo ad opera dell'art. 35 l. 80/1998 e art. 7 l. 205/200; op. cit., 810.

forma specifica in ambito contrattuale non è dato parlare con riferimento alla prestazione inadempita per un'impossibilità strutturale di far convivere il danno, che cristallizza l'impossibilità di ottenere la prestazione, con la possibilità di una sua recuperabilità in natura<sup>45</sup>. Di risarcimento in forma specifica si può invece parlare con riferimento alle eventuali conseguenze dell'inadempimento che non possono essere fatte rientrare neppure in termini oggettivi nella prestazione. L'azione di adempimento costituisce, così, il naturale corredo della posizione sostanziale del creditore sul piano del rapporto prima e appartiene dunque alle cosiddette forme di tutela specifica delle quali rappresenta la variante per così dire soddisfacente, l'altra delle quali è quella ripristinatoria, propria dei diritti reali e il cui tratto comune è rappresentato dalla circostanza che, in entrambi i casi il pregiudizio dell'interesse oggetto di tutela da parte dell'ordinamento esaurisce il novero degli elementi di cui si compone il fatto antiggiuridico non residuando alcuno spazio per il giudizio di responsabilità. Costituisce invece un antico equivoco ancora non superato la sovrapposizione dell'azione di adempimento con l'esecuzione in forma specifica<sup>46</sup> secondo una linea di pensiero incline peraltro ad accomunare le azioni in un tutto rimediale, subordinandone l'ammissibilità alla possibilità della sua esecuzione in forma specifica, a tal punto da restringerne l'ambito di applicazione ai soli casi di inadempimento di obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni per l'appunto coercibili. Va invece ribadito che l'azione di adempimento prescinde dal giudizio di responsabilità e dal conseguente obbligo risarcitorio, che se inadempito è suscettibile di esecuzione in forma specifica, prospettando un epilogo dell'inadempimento ancora all'interno del vincolo obbligatorio; mentre assimilarla all'esecuzione forzata rappresenta un salto mortale dalla cognizione alla fase di esecuzione.

Se così è la presunta forza evocativa dell'azione di adempimento rischia di rivelarsi nient'altro che un'inversione logica, scorretta come qualunque proposta ricostruttiva che intenda ricavare il contenuto della situazione giuridica

---

<sup>45</sup> Lo rileva assai opportunamente Piraino, *Adempimento*, cit., 649, «Il risarcimento in forma specifica mira alla riparazione della modificazione peggiorativa della situazione di fatto preesistente tramite il suo ripristino, ove possibile e non eccessivamente oneroso, e una tale funzione non risulta prospettabile nel contesto dell'obbligazione dove non v'è nulla da rimuovere, ma tutt'al più, qualcosa da attuare. Quel qualcosa è il *vinculum iuris* rispetto al quale si pone un problema di imposizione della sua realizzazione, piuttosto che di eliminazione in forma specifica delle conseguenze negative»

<sup>46</sup> V. F. Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 53 s.

soggettiva dalla forma di tutela che gli si è disposti a riconoscere, anziché far discendere quest'ultima dal contenuto che sul piano sostanziale gli è propria: se una situazione giuridica è infatti qualificabile tale in ragione della legge sostanziale, e non esclusivamente *ex post* in virtù dei meccanismi di ordine processuale, ciò significa che se di fronte al potere discrezionale non vi è nessuna garanzia di risultato, ma piuttosto una mera *chance*, non basta l'attribuzione del risultato al termine del giudizio amministrativo per riconoscere sussistente quel risultato nel patrimonio del titolare, alla stregua di un diritto di credito.

L'opzione ricostruttiva a favore della qualificazione dell'azione di adempimento esige infatti una conferma proveniente dalla struttura della posizione soggettiva postulata in tale ottica in capo al cittadino, per sfuggire al rischio di soluzioni tutte sbilanciate sul piano rimediabile<sup>47</sup>. Sussiste infatti sempre una correlazione tra l'ampiezza ed il contenuto specifico dell'ombrello di tutela offerto dal rimedio ed il fascio di facoltà, dei poteri, delle prerogative riconosciuto dalla situazione giuridica lesa. Se è vero che l'azione di adempimento mira a conseguire il risultato specifico cui è preordinato il vincolo ob-

<sup>47</sup> Puntualmente F. Piraino, op. cit., 308 a proposito della configurazione delle azioni di riparazione e sostituzione nel contesto della vendita di beni di consumo al genere dell'obbligazione piuttosto che a quello della garanzia, laddove riconosce che ogni opzione ricostruttiva dei rimedi «esige però una conferma proveniente dalla struttura delle posizioni soggettive postulate in tale ottica in capo all'acquirente e all'alienante, per sfuggire al rischio di soluzioni tutte sbilanciate verso il profilo della tutela e destinate a fare violenza alle categorie concettuali. Ogni rimedio presidia una o più corrispondente situazioni soggettive e la correlazione è data dall'adattamento del mezzo di tutela alle caratteristiche della posizione sostanziale, secondo una logica di reciproco condizionamento, che non ammette forzature». Ma v. già, Id., *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa. dir.priv.*, 2006, 543 s.; e nello stesso senso S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita di beni di consumo*, in *Europa. dir.priv.*, 2004 e, ora, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 267 s.; diversamente di Majo, *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, cit., 10-12, che propende invece per la rottura della correlazione tra l'azione di adempimento e l'obbligazione grazie al grimaldello dell'approccio rimediabile, e ciò, peraltro, per l'indisponibilità a concepire la garanzia come mezzo idoneo a veicolare l'effetto primario del contratto. Rileva giustamente Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 62 s., che «(...) la tutela specifica e l'azione di adempimento richiedono, allora, in questa prospettiva, una situazione giuridica tale che, o sin dall'origine o per i modi in cui si è sviluppata la vicenda, sia riconosciuta al cittadino la spettanza del bene primario oggetto della sua pretesa»; ciò su cui non si concorda è la configurazione dell'interesse legittimo pretensivo come situazione di vantaggio, perlomeno se intesa come stato di tensione verso la realizzazione dell'utilità finale.

bligatorio, ecco allora che, sul piano sostanziale, andrebbe ricostruito l'impegno dell'amministrazione nei termini di un'obbligazione dal contenuto congruente rispetto a quello del rimedio specifico, almeno fintanto che si accetta la prospettiva della reciproca influenza tra posizioni sostanziali e figure rimediali e non si sia disposti, sfruttando il grimaldello dell'approccio rimediale ad aderire, invece, all'idea, sempre più in voga, del piano mobile di tutele il quale non solo prescinde dalla rispondenza con il piano sostanziale, ma tende anche al superamento delle distinzioni fondate sulla natura del rimedio.

Se infatti la pretesa all'utilità finale risulta fuori dall'oggetto dell'interesse legittimo, appuntandosi questa unicamente sul provvedimento, o come sembra da ulteriori riflessioni, sullo svolgimento corretto dell'azione amministrativa prodromica al provvedimento, tant'è che, correttamente si riconosce che «in quanto le lesioni inferte all'interesse legittimo siano causa di danno, tale danno va considerato ingiusto, perché (e solo perché) *contra ius*, ossia in contrasto con l'interesse legittimo, almeno fino a quando si consideri quest'ultimo un interesse giuridicamente tutelato, a prescindere cioè dalla c.d. meritevolezza, dell'interesse al bene della vita..»<sup>48</sup>, dovrebbe risultare smentita l'affermazione secondo cui l'ampliamento degli strumenti di tutela, grazie anche all'inclusione dell'azione di adempimento e il conseguente scorporamento del giudizio di legittimità verso il giudizio di spettanza, non avrebbe mutato la natura della situazione soggettiva che nel processo viene tutelata, ma avrebbero inciso soltanto «sull'oggetto del giudizio, sull'ampiezza della materia del contendere»<sup>49</sup>. Se ciò fosse vero si dovrebbe piuttosto concludere, con le teorie personali dell'obbligazioni, che una volta aperta la strada della responsabilità vi sia margine solo per il risarcimento del danno, altrimenti l'inclusione dell'azione di adempimento tra i rimedi esperibili corre il rischio di creare una frattura tra la posizione sostanziale affermata e le forme di tutela che ad essa si vorrebbero riconnettere.

È evidente infatti, che l'apertura del giudizio di cognizione all'azione di adempimento presuppone la relativa domanda<sup>50</sup> la quale, com'è noto, anno-

<sup>48</sup> Così, F. G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 412 s.; v. i rilievi critici di G.D. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, spec. 301 s.

<sup>49</sup> F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo*, cit., 413.

<sup>50</sup> Lo riconosce Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 209 il quale però parte della conclusione, non condivisibile, che l'interesse legittimo si indirizzi verso la spettanza dell'utilità finale,

vera tra i suoi requisiti quello dell'interesse ad agire, inteso come bisogno di tutela giurisdizionale che consegue all'affermata lesione di un diritto, il quale dunque rappresenta, per così dire, la possibilità giuridica dell'azione, il presupposto implicito dello stesso interesse ad agire; questa presuppone dunque l'esistenza di una norma che contempli in astratto il diritto che si vuol far valere, quale, nel nostro caso, dovrebbe essere il diritto di credito.

Così infatti lo intende quella dottrina<sup>51</sup> la quale ritiene che laddove l'interesse legittimo venga risarcito è il segno del suo spostamento «dal piano subordinato a quello nel quale sono soggettivati nell'amministrazione gli interessi pubblici che deve perseguire, sul quale la protezione degli interessi individuali non può essere concettualizzata che in termini di interessi legittimi; a quello pari ordinato, o quasi: sul quale la medesima protezione deve essere concettualizzata, viceversa, in termini di diritti soggettivi».

Che questo sia del resto il modo intendere l'interesse legittimo da parte della dottrina civilistica<sup>52</sup> lo si vede nel momento in cui a rilevare sul piano risarcitorio non è l'interesse legittimo, che pure trovi il suo presupposto nel diritto assoluto preesistente, ma proprio quest'ultimo. Nel tentativo di giustificare la maggiore tutela che è riservata agli interessi oppositivi, tutelati a prescindere dal diritto alla conservazione del bene, la giustificazione viene rinvenuta sul piano della titolarità del bene, a conferma della convinzione che la tutela sorga solo ove si sia consolidato un collegamento con il bene della vita. Il ragionamento si rivela però scarsamente condivisibile poiché negli interessi oppositivi la conservazione del bene della vita non appare meno incerta della sua acquisizione nel caso degli interessi pretensivi, e allora coerenza vorrebbe, dal momento che il titolare del diritto oppositivo nutre al

---

per poi coerentemente attribuire, attraverso un'analisi complessa, all'azione di adempimento il ruolo di necessario completamento della tutela offerta agli interessi legittimi pretensivi. Vedi però i rilievi critici di Ferrara, *Dal giudizio*, cit., 183 s. secondo cui «[...] se è vero che di fronte al potere discrezionale non vi è nessuna garanzia di risultato, ma piuttosto una chance (più o meno consistente) non basta l'attribuzione del risultato al termine del giudizio di amministrativo (sede di definizione dell'esercizio del potere in caso di controversia) per riconoscere sussistente quel risultato nel patrimonio del titolare dell'interesse legittimo identificandolo con quello».

<sup>51</sup> Il riferimento è ad A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 s; Id., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro.it.*, 1999, 1, 3222 s.

<sup>52</sup> E. Navarretta, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Diritto civile*, Volume IV, III, La responsabilità e il danno, Milano, 2009, 211 s.

pari di quello di un diritto pretensivo un mero affidamento alla conservazione, che fosse negata tutela anche al primo se non laddove dovesse risultare certo il diritto alla conservazione del bene indebitamente sottrattogli<sup>53</sup>.

Dal momento che, tuttavia, il discorso viene condotto in ambito extracontrattuale, come lo stesso codice del processo amministrativo suggerisce laddove parla di danno ingiusto, l'azione di adempimento sembra evocata a sproposito poiché qui è di risarcimento del danno in forma specifica che si dovrebbe parlare il quale tuttavia non è misura di attuazione di un rapporto già sorto, come vorrebbe il legislatore del processo amministrativo richiamando l'azione di condanna, bensì un diverso modo di essere dell'obbligazione risarcitoria che sorge *ex post* come reazione al danno conseguente all'invasione distruttiva di una sfera giuridica altrui, onde di prestazione da adempiere non è lecito parlare per il fatto che non preesiste una prestazione rispetto all'obbligazione risarcitoria<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> È quanto afferma Barcellona, *Trattato della responsabilità civile* cit., 550 secondo cui il c.d. "giudizio prognostico", «proprio perché attiene propriamente all' "ingiustizia" del danno[...] è indipendente dal carattere "oppositivo" o "pretensivo" dell'interesse la cui lesione vi ha dato luogo». Ciò che in entrambi i casi va dimostrata è la spettanza in concreto, vale a dire che l'amministrazione, a prescindere dall'illegittimità dell'atto, «non aveva comunque il potere di togliere quel che ha tolto o di negar quel che ha negato». Ciò significa che in caso di attività discrezionale, a seguito di un'illegittimità procedimentale dell'amministrazione (ma lo stesso discorso vale nelle ipotesi di abuso della discrezionalità quando esso si presenti intrinseco e manifesto, op. cit., 584), il risarcimento potrà essere concesso solo se, a seguito di riedizione del potere, risulti dimostrato la spettanza del bene prima negata, limitatamente al «[...]danno per il ritardo con il quale ha visto soddisfatta la sua aspettativa, a misura che l'esito positivo della (nuova) determinazione assunta nel rispetto del relativo procedimento fa imputare alla sua originaria inosservanza il contenuto negativo del provvedimento reso in prima battuta» (op. cit., 581); e a meno che «[...]sopravvengano ragioni materiali o giuridiche che impediscano che la nuova pronuncia della P.A. assuma, in tutto o in parte, il contenuto favorevole che diversamente avrebbe potuto presentare», nel qual caso il risarcimento si estenderà al valore-capitale del vantaggio tolto o negato.

<sup>54</sup> In questo senso v. le giuste osservazioni formulate da A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 222 s, il quale, riconoscendo l'uso improprio che la giurisprudenza amministrativa fa delle due categorie, afferma chiaramente, a proposito dell'art. 35 che «la norma non vale, e non può valere, per introdurre un'azione di adempimento. Infatti l'azione di adempimento e l'azione risarcitoria sono azioni distinte e non vanno confuse fra loro[...]» (op. cit., 225). Id., *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, spec. 1019 rileva che: «L'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 non ha istituito alcuna azione di adempimento, neppure in seguito alle modifiche introdotte dalla legge n. 205/2000. La rivoluzione copernicana che si sarebbe attuata nel nostro processo amministrativo attraverso l'introduzione di un'azione

Se nell'idea del legislatore e di certa giurisprudenza l'azione di adempimento e il risarcimento in forma specifica sono rimedi equivalenti idonei a rimuovere il pregiudizio in natura, e l'aggiunta dell'azione di adempimento tra i rimedi esperibili dal cittadino meglio adattarsi alla natura propria dell'interesse legittimo nelle ipotesi ampliative della sua sfera giuridica, il presupposto tuttavia rimane differente. Laddove infatti negli interessi oppositivi tra la lesione della situazione giuridica preesistente e il danno, inteso però come perdita, non sembra esservi alcuno spazio intermedio, onde si tratta soltanto di riparare un danno, indifferentemente in natura o per equivalente, negli interessi pretensivi, attesa la natura para-contrattuale del vincolo, non può parlarsi di danno fintanto che l'ottenimento del risultato resta possibile e nell'interesse dell'amministrato, sicché, attesa la diversa natura satisfattiva l'una, risarcitoria l'altra, si rivela scorretto porre sullo stesso piano risarcimento per equivalente e adempimento in natura.

Il risarcimento in forma specifica presuppone poi l'esistenza di un danno che sia conseguenza della lesione di una situazione giuridica soggettiva esistente nel patrimonio del danneggiato, onde poi si tratta di porlo nella stessa situazione qualitativa o quantitativa che esso avrebbe ove non si fosse verificato il fatto illecito<sup>55</sup>. Per questo si è generalmente concordi per la sua invocabilità solo in presenza di interessi oppositivi, quando all'attività giuridica abbia fatto seguito un'attività materiale, che del fatto lesivo costituisce diretta conseguenza e di cui si voglia rimuovere in natura gli effetti. La sfera degli interessi pretensivi ne risulterebbe, invece, sottratta giacché le condotte scorrette dell'amministrazione incidono su una situazione che era insoddisfatta già prima dell'intervento della p.a. e che rimane tale anche dopo l'illecito, sicché non vi è bene giuridico suscettibile di reintegrazione, ma semmai di attuazione; d'altronde poi di danno non è lecito parlare finché il conseguimento del risultato resta ancora possibile.

Né dalla propensione restitutiva che il risarcimento in forma specifica ha

---

di adempimento non trova fondamento, a mio giudizio, in una norma». Nello stesso senso, cioè dell'impossibilità di ricavare l'azione di adempimento dal risarcimento in forma specifica, Carbone, *L'azione di adempimento*, cit., 151 s., spec. 180 s. Rileva l'ambiguità dell'art. 2058 e dell'interpretazione dell'art. 35, M. Carrà, *Risarcimento in forma specifica e folgenbeseitigung: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento per equivalente*, in *Dir. amm.*, 2004, 783 s.

<sup>55</sup> In questo senso C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit, spec. 806 s.

può ulteriormente dedursi la sua attitudine a coprire unicamente il danno emergente, per il tramite del conferimento dell'utilità, lasciando il risarcimento del lucro cessante alla misura per equivalente. Anzitutto si confonde il risarcimento in forma specifica con le misure restitutorie, sul presupposto di una doppia natura del danno<sup>56</sup>, ora come situazione giuridica lesa cui corrisponderebbe il risarcimento in forma specifica volto a ripristinare la situazione di fatto antecedente<sup>57</sup>, con una torsione in senso restitutorio del rimedio, ora come perdita cui corrisponderebbe invece il risarcimento vero e proprio, vale a dire quello per equivalente; laddove quello che viene descritto come prima voce di danno è in realtà il danno ingiusto come lesione di una situazione giuridica soggettiva alla quale consegue un ammanco, la quale è tale a prescindere dal mezzo risarcitorio che il danneggiato sceglierà. La dottrina civilistica ha infatti chiarito che il risarcimento in forma specifica non è mai mera restituzione della situazione lesa ma reazione al danno, onde contiene sempre qualcosa di aggiuntivo, idoneo a porre il patrimonio del soggetto, non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se il danno non si fosse verificato. Oltretutto la restituzione di qualcosa che non sia ha appare logicamente impossibile, dal momento che si tratta di attuare qualcosa che è rimasto inattuato, funzione alla quale è deputata proprio l'azione di adempimento, a meno di non voler accedere all'idea che il valore della prestazione sia già presente nel patrimonio del soggetto sin dal momento del sorgere del credito, ed allora in caso di

<sup>56</sup> In questo senso di A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 261 s., secondo cui il danno risarcito in forma specifica è qualcos'altro da quello risarcito per equivalente: e precisamente «la violazione del diritto e/o di interesse giuridicamente protetto», rispetto alla quale il risarcimento «ha come scopo la reintegrazione del diritto». Nello stesso senso C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, 35 s. il quale, rispetto al risarcimento in forma specifica, ritiene doversi parlare di danno materiale, mentre solo rispetto al risarcimento per equivalente sarebbe lecito parlare di danno patrimoniale in senso proprio, misurato con il criterio della differenza e dunque frutto di un computo meramente ideale». Ancor prima R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, Responsabilità civile e danno, Torino, 2010, 270, pur escludendo che il risarcimento in forma specifico possa fungere da reintegrazione del diritto violato, accede all'idea del danno in senso naturalistico o materiale, rispetto al quale il r.f.s avrebbe la funzione di ricostituire lo status quo ante. V. però, in senso critico, C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 819 s.; L. Nivarra, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *The Cardozo, Electronic Law Bulletin*, 1997, passim.

<sup>57</sup> Così ad es., Cons. St. 21-05-2013, n. 2776.

inadempimento parlare più propriamente di restituzione o in natura o in equivalente, ma nel primo caso come sinonimo dell'azione di adempimento e non certo del risarcimento in forma specifica.

Affermata poi la natura risarcitoria del rimedio reintegratorio in forma specifica la sua applicazione conduce ad esiti poco coerenti, poiché esso dovrebbe consentire la riparazione del medesimo valore di danno<sup>58</sup> e di ciò ci si avvede nella perdita di *chance* di aggiudicazione di un appalto, laddove il risarcimento in forma specifica viene detto consistere nel ripristino della gara; così Consiglio di Stato 6281/2001 laddove si legge: «Il risarcimento in forma specifica della *chance* consiste nella riammissione in gara del concorrente escluso, ovvero nella ripetizione della procedura; nel caso di illegittimo affidamento di appalto mediante trattativa privata, il risarcimento in forma specifica consiste nella indizione di pubblica gara per l'appalto in questione». E proseguendo: «L'annullamento dell'atto e il conseguente rinnovo conforme a legge, è di per sé una forma di risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento. In particolare, in caso di annullamento di illegittima aggiudicazione, il rinnovo della gara, con la partecipazione dell'impresa ricorrente, costituisce risarcimento in forma specifica della *chance* di successo». E pure, sulla stessa scia, di recente, Consiglio di Stato 5837/2011 dove si legge: «Il risarcimento per perdita di *chance*, secondo i principi, può avvenire, in astratto, in forma specifica oppure per equivalente. La prima forma di riparazione, che in via generale consiste nella riammissione in gara del concorrente escluso, ovvero nella ripetizione della procedura, nel particolare caso dell'illegittimo affidamento di una commessa mediante trattativa privata consiste nell'indizione di una pubblica gara per il conferimento del medesimo appalto». Ora però se il danno è sempre uguale a sé stesso, il valore da risarcire per equivalente non potrebbe superare quello in forma specifica, ciò che avviene laddove nell'un caso il risarcimento ripristina il danneggiato nella possibilità di conseguire il vantaggio derivante dalla futura possibile aggiudicazione, mentre per equivalente si risarcisce in via equitativa un valore connesso all'utilità finale.

Sbaglia allora il Consiglio di Stato a chiamare risarcimento in forma specifica ciò che invece prescinde del tutto dal danno, poiché posto logicamente prima del suo verificarsi; solo ove non sia possibile ripristinare la situazione

<sup>58</sup> Lo rileva C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 824s.

lesa, acquista rilievo il risarcimento del danno. Se la torsione restitutoria, al limite, è concepibile nella prospettiva statica della restaurazione dello *status quo ante*, essa diventa difficilmente conciliabile con quella attributiva propria degli interessi pretensivi ove il bene consegue all'attività dell'amministrazione.

Peraltro anche dalla prospettiva degli interessi oppositivi non v'è margine per una torsione in senso restitutorio del risarcimento del danno dal momento che qui l'effetto ripristinatorio che consegue alla pronuncia di annullamento è in senso proprio una forma di restituzione, per lo meno tutte le volte in cui si pone un problema di spostamento patrimoniale, lesivo del potere di disposizione<sup>59</sup>, la cui attribuzione è già risolta altrove dal titolo che ha provveduto al conferimento del diritto, mentre solo se residua un danno ulteriore, nel senso di perdita patrimoniale, è lecito parlare di risarcimento, sia pure in forma specifica e troverà spazio il giudizio di responsabilità, aquiliano o contrattuale, a seconda che la lesione sia o meno maturata nell'ambito di un rapporto. Tanto ciò è vero che pure l'equivalente monetario del valore del bene in luogo della restituzione, laddove questa sia impossibile, acquista una funzione squisitamente accessoria rispetto all'attribuzione del diritto, già risolta altrove dal titolo, e ne risulta peraltro smentita la natura risarcitoria, dal momento che il passaggio a tale forma di tutela è sottratto al meccanismo della responsabilità, come dimostra inequivocabilmente l'art. 948, cui invece è sottoposto qualunque giudizio sulla dislocazione del danno, compreso quello più stringato che consegue all'inadempimento.

Laddove invece si è al cospetto di un'attività *lato sensu* attributiva come avviene negli interessi pretensivi ciò che nella prospettiva statica è restituzione o risarcimento, in quella dinamica diventa adempimento, ponendosi qui un problema di attuazione del diritto e non di un suo ripristino, con un inevitabile spostamento dall'area extracontrattuale a quella contrattuale, ove

---

<sup>59</sup> L'invito è allora a non appiattare qualsiasi reazione al danno sul risarcimento, considerato che non solo la responsabilità civile trova il suo nucleo originario nel danno, ma pure l'arricchimento ingiustificato. Si tratta infatti di distinguere il danno inteso come lesione del potere di godimento dal quello inteso, invece, come lesione del potere di disposizione. V. in proposito i rilievi critici di Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 246 s.; 643 s; lo studio più significativo a riguardo resta quello di A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento ingiustificato. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, 11 s. e 34 s.

solo vi è margine per la correzione di un risultato rimasto inadempito. Non vi è dunque compatibilità, in tale sede, tra risarcimento del danno, anche in forma specifica e azione di adempimento poiché il primo presuppone un danno a seguito della lesione di una situazione giuridica soggettiva, di cui al massimo è possibile concepire un ripristino; la seconda presuppone un inadempimento di un vincolo di prestazione da attuare anche per via giudiziale.

Se l'interesse legittimo pretensivo assume consistenza solo ove il risultato appaia dovuto al punto da prevedere anche forme di attuazione in natura esso andrebbe correttamente ascritto alla responsabilità contrattuale, mentre dalla prospettiva extracontrattuale il risarcimento in forma specifica, potrebbe coinvolgere gli interessi pretensivi, solo immaginando una situazione giuridica patrimoniale, in cui risulti già acquisito il risultato, sicché il risarcimento, avrebbe ora la funzione di ripristinare la situazione giuridica lesa, mediante il conferimento del risultato, ora invece di risarcire per equivalente il danno, qualora esso risulti impossibile. Ma dal momento che il danno consiste nella mancata attribuzione di un'utilità dovuta emerge l'inadeguatezza della prospettiva aquiliana, anche nell'ipotesi astratta della lesione del credito, poiché il fatto intrusivo della sfera giuridica altrui coincide in tutto e per tutto con l'inadempimento della prestazione.

5. – Proprio la convinzione che l'interesse legittimo sia una situazione di vantaggio è alla base del ragionamento che ruota attorno alla tutela dell'affidamento, introdotto dalla dottrina<sup>60</sup> come soglia necessaria e sufficiente per un giudizio sull'ingiustizia del danno, con il fine di creare una rete di contenimento che discriminasse tra gli interessi legittimi c.d. procedurali, che si risolverebbero nella perdita di *chance* come tali irrisarcibili, e quelli pretensivi, nei quali l'interesse sostanziale del privato si connoterebbe diversamente integrando, per l'appunto, «una situazione di affidamento oggettivamente valutabile». L'idea è stata a più riprese sviluppata con l'intento esplicitamente dichiarato di attribuire alla responsabilità aquiliana un nuovo moto di

---

<sup>60</sup> F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno resp.*, 1997; successivamente alla sentenza l'A. è tornato sul tema e, a riguardo, si segnalano *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi* in *Riv. dir. civ.*, 2000, nonché, più di recente, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa rivista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012.

espansione, proprio quando dottrina e giurisprudenza<sup>61</sup>, hanno imboccato per tutta una serie di fattispecie, a partire dalla responsabilità precontrattuale, la più corretta via contrattuale.

Dal momento che è su tale distinzione che si è sviluppato l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla risarcibilità dell'interesse legittimo, a partire da quando Cass. 500/99 la ha introdotta, è necessario, nonostante i contenuti siano sin troppo noti, ripercorrere i passaggi essenziali che ne hanno supportato l'argomentazione.

È noto come la Cassazione muova dall'assunto che il sintagma danno ingiusto sia una clausola generale, il cui significato viene detto essere quello di danno arrecato *non iure*<sup>62</sup>, vale a dire in difetto di una causa di giustificazione, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, intendendo il superamento dell'identificazione dell'ingiustizia con il diritto soggettivo come necessario superamento dell'identificazione del danno come *contra ius* oltre che *non iure*. Non è questa la sede per riproporre critiche già svolte<sup>63</sup>: dalla confusione concettuale che assume l'assenza di una causa di giustificazione come qualifica della meritevolezza dell'interesse, laddove questa precede quella e ne rimane distinta a riprova di come *contra ius* e *non iure*

<sup>61</sup> A dire il vero non sempre convintamente, come dimostra, proprio in tema di responsabilità precontrattuale, la recente Cass. 17-09-2013, n. 21255, in *Europa .dir. priv.*, 2013, 1118 s., con nota di F. Piraino, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*. In quest'occasione la Corte, a dispetto del precedente orientamento, di cui si segnalano Cass. 21-11-2011, n. 24438, e Cass. 20-12-2011, n. 27648, che aveva qualificato, correttamente, secondo l'insegnamento di L. Mengoni (*Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 360 s., ora in *Scritti II*, cit., 267 s; ma in commento delle sentenze si segnala anche C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa. dir. priv.*, 2012, 1233 s.), contrattuale la responsabilità ha inopinatamente virato verso la responsabilità precontrattuale.

<sup>62</sup> Con il richiamo alla qualificazione *non iure* viene ripresa la lettura dell'ingiustizia concepita in dottrina agli inizi degli anni sessanta da P. Schlesinger, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 342, secondo cui «danno ingiusto significa danno *non giustificato*, danno arrecato senza che il fatto lesivo sia autorizzato da una norma, senza che il comportamento pregiudizievole sia posto in essere nell'esercizio di una facoltà concretamente attribuita dall'ordinamento. Il tradizionale requisito dell'*iniuria*, va quindi inteso non nel senso di *contra ius*, di contrarietà ad un diritto od interesse protetto del danneggiato, bensì nel senso, storicamente più corretto di *non iure*, di assenza, vale a dire, di un diritto del danneggiante al compimento dell'atto che ha causato il danno».

<sup>63</sup> C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 23 s.

fossero elementi distinti; alla conclusione, del tutto fuori segno, che, dopo aver ribadito il carattere primario dell'ingiustizia, la risolve «nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento», onde la norma sarebbe secondaria e non primaria poiché condizionata ad una norma che tuteli quell'interesse. Una doppia ingiustizia, perché, - aggiunge subito dopo la Corte, in maniera del tutto arbitraria, quanto inutile - «la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo». Se così è, si potrebbe subito dire, l'adesione all'idea della clausola generale non appare così sicura come sembra suggerire l'accoglienza che ha ricevuto in dottrina: «L'approccio sostenuto dalla Corte è di rilevanza effettivamente rivoluzionaria, in piena coerenza con l'ottica della clausola generale e della norma primaria»<sup>64</sup>.

Qui i contorni dell'ingiustizia<sup>65</sup> come clausola generale risultano, invece pienamente delineati, al punto da rintracciarne l'essenza in una valutazione comparativa degli interessi che guardi al loro peso in concreto e si sviluppi ad un doppio livello, a priori, ove definire la consistenza e il peso dell'interesse, e a posteriori, ove, invece, verificare se l'interesse sostanziale così ricostruito sia o meno suscettibile di risarcimento. L'ingiustizia del danno come clausola generale si apre così già sul piano a priori a quella doppia valutazione che conduce ad attribuire alla forma un mero indice di rilevanza sostanziale dell'interesse il cui accertamento in concreto rimane rimesso alla valutazione del giudice. La predicata divaricazione tra forma e sostanza, che giungerebbe a maturazione con la responsabilità extracontrattuale da lesione degli interessi legittimi, ma che stranamente non riguarderebbe il diritto soggettivo

<sup>64</sup> E. Navarretta, *La tutela risarcitoria*, cit., 199 s. Assai meno entusiastico è il commento di A. Luminoso, *Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 76 s.; forti perplessità esprimono anche A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 487 s.,

<sup>65</sup> E. Navarretta, *Dikaion come nomimon e dikaion come ison: riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, 617 s.; Id., *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno e i suoi lineamenti attuali*, in *Diritto civile*, cit., 137 s.; Id., *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1999, 949 s., anche in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit. 322 s.

vo, sottende però un'arbitraria definizione dell'interesse legittimo come situazione giuridica di vantaggio, tutt'altro che condivisibile, da cui discende che il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo c.d. pretensivo si avrebbe solo «quando l'interesse sostanziale sottoposto al giudizio sull'ingiustizia del danno assume i connotati di una situazione di affidamento oggettivamente valutabile».

Ne risulta indebitamente svalutata la portata normativa delle situazioni giuridiche soggettive che nel rendere giuridicamente rilevante un interesse materiale ne prefigurano anche la forma di realizzazione e quindi di tutela. Così è a dire per gli interessi legittimi nei quali, non meno che nei diritti soggettivi, la sostanza non sopravanza la forma ma ne resta confinata; al più la sostanza potrà smentire la forma, laddove, a seguito di una valutazione in concreto l'atto di esercizio non risulti giustificato dalla *ratio* delle norme.

Il ragionamento che conduce il passaggio della Cassazione alla valutazione a posteriori non risulta però del tutto consequenziale, poiché la valutazione della consistenza in concreto dell'interesse rilevante, quella che, risolto il problema sulla qualificazione dell'interesse, dovrebbe risolvere il problema della sua risarcibilità viene affidata ad «un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza». Accolta l'idea del giudizio comparativo in sede di concretizzazione dell'ingiustizia del danno, la Corte ne fraintende però il significato laddove soggiunge che «comparazione e valutazione [...] non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma [...] vanno condotte alla stregua del diritto positivo».

In questa prospettiva la comparazione perde di rilievo, troncando il giudizio comparativo di quello che è la sua ragion d'essere, vale a dire una valutazione rimessa in ultima istanza al criterio discrezionale del giudice; tant'è vero che la valutazione di ingiustizia si risolve sostanzialmente nella verifica della lesione di un diritto soggettivo<sup>66</sup>. Se ne avvede la stessa dottrina, che per prima ne ave-

<sup>66</sup> In senso critico A. Thiene, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, 272 s.; nello stesso senso M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 527 secondo cui l'interpretazione dell'ingiustizia come clausola generale, se presa sul serio «implica che la selezione degli

va affermato il modello, riconoscendo che «con tale passaggio la Cassazione tradisce l'ottica comparativa che la dottrina aveva proposto come comparazione non solo normativa, ma anche giudiziale»<sup>67</sup>; nel primo senso infatti la concretizzazione si riduce ad una selezione di interessi già tipizzati dal legislatore, rendendo del tutto superfluo il giudizio dell'interprete sul grado di protezione dell'interesse leso, che invece assume assoluta rilevanza nella diversa prospettiva, dove alla prima valutazione condotta, a priori, attraverso una prognosi normativa – e perciò inutile, perché risolta già dall'attribuzione di un diritto – segue una seconda valutazione, a posteriori, assai più rilevante, all'esito della quale può addirittura risultare smentita la prima valutazione. In realtà il giudizio che l'ingiustizia mette capo pur articolandosi in una duplicità di livelli risulta essere sincretico poiché la verifica della consistenza sostanziale dell'interesse, una volta verificata la sua giuridicità, è condizionato dalle risultanze del giudizio comparativo alla stregua della buona fede, solo all'esito del quale può dirsi sorto un affidamento legittimo; solo in questo caso l'interesse pretensivo evidenzia una base sostanziale in cui risulta giuridicamente protetto non solo l'interesse ad una condotta legittima e corretta della p.a. ma direttamente l'interesse a conseguire dalla p.a. il risultato<sup>68</sup>.

Il richiamo alla correttezza, come fondamento del divieto di abuso del diritto, si rivela, a ben vedere, funzionale ad introdurre, a dispetto di quanto la norma suggerisce, un'ulteriore manifestazione dell'antigiuridicità in seno al sindacato di ingiustizia<sup>69</sup>, allo scopo di istituire un ulteriore controllo

---

interessi ammessi alla tutela aquiliana venga rimessa ad una valutazione: a) di natura eminentemente extrasistemica; b) naturalmente permeabile ad istanze metagiuridiche e c) operabile dal giudice solo attraverso concretizzazioni legate allo specifico conflitto su cui, di volta in volta, è chiamato a pronunciarsi».

<sup>67</sup> E. Navarretta, *La tutela risarcitoria*, cit., 207; M. Barcellona, op. cit., 527 ritiene che, la comparazione così intesa, significa «da un lato, che l'ammissione di un pregiudizio alla tutela aquiliana vien fatta dipendere da considerazioni attinenti alla struttura della situazione soggettiva lesa e al tipo di protezione che la caratterizza, e dall'altro, che il principio di solidarietà non è chiamato a giocare alcun ruolo e che l'apprezzamento de conflitto tra privati e P.A. rimane chiuso in una cifra assolutamente sistemica e positiva».

<sup>68</sup> E. Navarretta, *La tutela risarcitoria*, cit., 218 ove esplicitamente la ricostruzione dell'affidamento non si arresta alla valutazione della normativa esistente ma si estende, e qui il momento a posteriori diventa assorbente, alla verifica «delle circostanze concrete, sia alla capacità della stessa condotta della p.a., di ingenerare di fatto un affidamento».

<sup>69</sup> Rileva F. Piraino, «Ingiustizia del danno» e antigiuridicità, in *Europa. dir. priv.*, 2008, 734: «È il tripudio dell'antigiuridicità elevata a pietra angolare della fattispecie di responsabilità extra-

sull'esercizio del diritto, formalmente *iure*, che tenga conto delle modalità in concreto, secondo una valutazione che prescinde dalla congruenza teleologica con la *ratio* della norma, e si risolve invece in un giudizio di meritevolezza, secondo la tecnica del bilanciamento, degli interessi in gioco<sup>70</sup>. Il danno risulta infatti *contra ius*, ossia lesivo dell'interesse legittimo, già qualificato a priori dall'ingiustizia, solo se la condotta del danneggiante abbia superato quel limite, consentito dall'ordinamento di invasione alla sfera giuridica di controparte, qualificandosi come *non iure*; la qualifica *non ius* risulta però totalmente recessiva rispetto a quella *non iure* al punto da rimanerne indebitamente condizionata. E ciò diviene particolarmente evidente nella responsabilità precontrattuale, laddove il giudizio sulla consistenza dell'affidamento diviene non solo il presupposto per il risarcimento dell'interesse leso ma, a differenza di quanto avviene nell'interesse legittimo, addirittura il presupposto per la sua giuridicità.

Si rischia però una certa circolarità logica<sup>71</sup> interna laddove per un verso si riconosce all'ingiustizia il compito di individuare la sfera di conflitto come presupposto per l'applicazione della buona fede e per altro verso si fa discendere l'ingiustizia proprio dal giudizio di buona fede. Ne risulta svilito il ruolo dell'ingiustizia che non necessita di essere affiancata da una qualificazione della condotta in termini di abusività, come testimonia inequivocabilmente l'art. 2043 che individua il momento rilevante ai fini della qualificazione della prima quello oggettivo della verifica della lesione di un interesse giuridicamente rilevante: là dove è lesa una situazione soggettiva «l'ingiustizia è

---

contrattuale e per di più in un'accezione lata, capace di abbracciare non solo la condotta contrastante con le norme positive dell'ordinamento giuridico (le c.d. norme a priori), ma anche la condotta difforme dalle regole enunciate dal giudice in applicazione delle regole operative dell'abuso del diritto (la c.d. valutazione a posteriori) e dunque in grado di colpire anche quei contegni formalmente *iure* ma sostanzialmente abusivi, e pertanto, *non iure*».

<sup>70</sup> F. D. Busnelli – E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto Privato*, 1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 171 ss, pubblicato anche in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. V, Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998, 77 s; spec. 104 s. ove viene attribuito prima all'ingiustizia il compito di specificare il dato della «relazionalità», dunque di individuare le sfere giuridiche coinvolte, e quindi di fornire il presupposto per la comparazione di interessi, ispirata ai parametri costituzionali e attenta alle modalità concrete dell'esercizio del diritto, «la cui soluzione, oltre a coinvolgere la natura e il contenuto concreto degli interessi in conflitto, attribuisce rilevanza a posteriori alla tipologia d'impatto tra le due sfere soggettive».

<sup>71</sup> V. i rilievi critici sempre di F. Piraino, «*Ingiustizia del danno*», cit., 759.

*in re ipsa* senza che occorra alcun bilanciamento da parte dell'interprete, perché questo è stato già fatto dal legislatore vestendo l'interesse di una valutazione soggettiva»<sup>72</sup>.

Il richiamo alla correttezza in ambito extracontrattuale<sup>73</sup> si rivela, peraltro, poco persuasivo poiché la sua nozione è coesistente a quella di rapporto giuridico, dal momento che incarna quella cooperazione rappresentativa dell'essenza del vincolo obbligatorio, al punto di consentirne la sopravvivenza pur in assenza della prestazione. Certo, nella prospettiva in esame un rapporto sorgerebbe proprio a seguito dell'individuazione delle sfere giuridiche, e su di esso, infatti, poi si inserisce la valutazione secondo buona fede; e però tale rapporto si instaura solo a seguito della lesione, come obbligazione risarcitoria, e non presenta la consistenza di un rapporto giuridico, privo della preordinazione a modificare lo stato giuridico in vista della realizzazione di

<sup>72</sup> C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione in Europa. dir.priv.*, 2009,700

<sup>73</sup> Altrettanto criticabile appare la conclusione di chi, Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 151 s., pur considerando l'art. 2043 una norma generale, e quindi, affidando all'ingiustizia la verifica della titolarità di una situazione giuridica in capo al danneggiato, vi affianca un'ulteriore valutazione incentrata non solo sulla verifica della presenza di una causa di giustificazione, ma, a seconda che tale conflitto sia occasionale o modale, in questo secondo caso, sulla «riferibilità del danno ad un esercizio di tali poteri "sviato" o "sproporzionato", e dunque, rispettivamente, della sua imputabilità a dolo del danneggiante o alla violazione degli altri criteri modali previsti dal sistema quali la malafede, la scorrettezza, la slealtà professionale, ecc.» (op. cit., 171). Ad ulteriore riprova della circostanza che l'ingiustizia del danno sia soltanto un segnalatore sistemico di un conflitto in atto, non esaustivo ai fini della risarcibilità del danno, sta il rilievo attribuito al divieto di abuso del diritto il quale (op. cit., 192) fungerebbe, nell'ambito dei conflitti modali, da criterio di soluzioni di antinomie tra principi (e/o regole) infrasistemiche a seconda che l'esercizio dei poteri privati sia avvenuto in modo "sleale", "sproporzionato", "sviato". In alte parole «nell'ambito aquiliano il paradigma dell'abuso è chiamato a dirimere antinomie tra il generale principio proibitivo, nel quale si esprime la funzione conservativa suscitata dal pregiudizio della sfera interferita, e i molteplici principi permissivi speciali nei quali si iscrivono le attività interferenti che la hanno pregiudicata: "sviamento", "sproporzione" e "slealtà" sono deputati a determinare quale di questi principi antinomici debba prevalere, e dunque a decidere[...]della ingiustizia del danno». A differenze dell'opinione criticata nel testo, però, l'A. esclude che l'abuso del diritto possa operare nella dimensione a posteriori, affermando, secondo una prospettiva rigidamente infrasistemica, che «i limiti che esso fa emergere non dipendono da un bilanciamento in concreto degli interessi contrapposti, da un soppesamento singolare del sacrificio imposto rispetto al vantaggio perseguito; dipendono, invece, dalla ricombinazione di rationes tutte interne al sistema giuridico, ossia dipendono da rationes che, immancabilmente, si danno a priori e da loro composizioni reciproche che si determinano secondo parametri normativi (dolo, correttezza professionale, ecc.) le cui concretizzazioni sono sempre prefigurabili».

determinati interessi, costituendo piuttosto la conseguenza di una modificazione dello *status quo ante*, lesiva di interessi protetti.

Non che non vi sia una relazione tra le parti, prima del sorgere del danno, e la stessa dottrina è disposta almeno a rintracciarvi un collegamento informale, o per meglio dire un rapporto di complementarietà, mentre vi è l'indisponibilità assoluta ad identificarvi la struttura di un formale rapporto giuridico tale giustificare l'applicazione della disciplina normativa della responsabilità da inadempimento.

Ascrivere, però, a responsabilità extracontrattuale un danno che è conseguenza di una lesione di un interesse che viene individuato in virtù di una «destinatarietà ragionevolmente prevedibile»<sup>74</sup>, e dunque si specifica in virtù di una relazione che preesiste al danno e non può essere ricondotta all'incontro occasionale, si rivela intimamente contraddittorio e tutto ciò risente dell'indisponibilità non solo a concepire un rapporto obbligatorio che si articoli nella forma dell'obbligo di prestazione, ma anche in quella assai più scarna degli obblighi di protezione, attribuendo alla buona fede la sola funzione di criterio valutativo della condotta del danneggiante per verificare l'insorgere dell'affidamento. Tutto ciò si riflette poi sulla fisionomia dell'interesse leso idoneo ad ingenerare l'affidamento che coincide non nell'interesse a non subire danni o scorrettezze nel corso del procedimento o delle trattative precontrattuali, ma con quello alla conclusione del contratto o al conseguimento dell'utilità finale<sup>75</sup>.

Se dunque la correttezza non costituisce regola di comportamento nell'ambito delle relazioni non vincolanti, l'invocazione di essa come regola di responsabilità in vista del controllo a posteriori della condotta in chiave di accertamento del danno, si rivela inutile e depotenzia, oltretutto, la portata

<sup>74</sup> Così F.D., Bunselli, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr.impr.*, 1990, 574.

<sup>75</sup> Se così fosse la responsabilità precontrattuale sorgerebbe a tutela dell'aspettativa in senso proprio, contestualmente con la lesione di determinati effetti preliminari – l'obbligo di irrevocabilità e di non impedire il completarsi della fattispecie – funzionali alla realizzazione degli effetti definitivi, con le conseguenze in punto di risarcimento che ne discendono, rispetto ai quali dovrebbe però già potersi dire sorta una manifestazione impegnativa di volontà. Sulla impossibilità di concepire degli effetti preliminari nella fase delle trattative e pure al semplice manifestarsi della proposta, dal momento che la definizione degli effetti definitivi è contestuale alla manifestazione vincolante della volontà la quale può dirsi tale solo con l'accettazione v. Rubino, *La fattispecie*, cit., 174 s.

della clausola generale, una volta che così si è intesa l'ingiustizia del danno. Se l'affermata spettanza risulta del resto limitata alle ipotesi in cui l'attività sia sin dall'inizio vincolata l'affidamento diventa categoria perfettamente inutile, dal momento che già la dottrina amministrativistica aveva configurato come diritti soggettivi le posizioni giuridiche che fronteggiano un'attività vincolata dell'amministrazione<sup>76</sup>; e pure inutile lo è di fronte ad un giudizio prognostico dal momento che la clausola generale, se proprio di essa si parla quando la si evoca, non necessita di una tale edulcorazione dato che nessuno dubita che necessiti di un criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela.

Oltretutto l'idea di affiancare la valutazione della condotta alla lesione di un interesse meritevole di tutela, come criterio complementare dell'ingiustizia del danno, sul presupposto che «la responsabilità contrattuale si attiva semplicemente in presenza di una condotta *non iure* [...] viceversa nella responsabilità extracontrattuale è sempre necessario dimostrare anche il danno *contra ius*»<sup>77</sup>, si rivela poco credibile, perché la differenza, al di là di ogni matrice unitaria, passa piuttosto tra l'offesa del diritto altrui, che costituisce l'ingiustizia del danno, e la violazione di un obbligo preesistente; mentre rintracciare nella violazione di una regola di condotta l'elemento comune alle due forme di responsabilità significa recuperare ancora una volta l'idea giuridicistica di stampo legalistico, della correlazione tra situazione di vantaggio e situazione di svantaggio, per di più di carattere deontico (dovere, obbligo), e che potrebbe indicarsi anche come l'«ideologica del rapporto», vale a dire la pretesa, di ascendenza pandettistica, di concepire ogni situazione di vantaggio nella dimensione del rapporto sino ad ipotizzare un dovere generale di astensione che fronteggia i diritti assoluti e le libertà: un dovere dotato della medesima consistenza della *Grundnorm* kelseniana, vale a dire la consistenza di un'ipotesi<sup>78</sup>. La condotta infatti non sempre si lascia ricondurre

<sup>76</sup> A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1988, 1 s.

<sup>77</sup> E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine*, cit., 238-239,

<sup>78</sup> In questo senso Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 23-24 il quale, a proposito del dovere generale di astensione, rileva: «Questa somma indeterminatezza priva il presunto dovere della benché minima attitudine ad orientare la condotta dei consociati, essendo destinato a produrre effetti soltanto a seguito della violazione del diritto, la quale conferisce attualità al divieto astratto e determina la sua concentrazione in capo alla persona che si è macchiata della lesione». La concezione dell'*alterum non laedere* come sintesi dei doveri specifici che incombono su ciascun consociato è propria di F. Carnelutti, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv.dir.comm.*, II, 1912, 743 s., e da essa deriva la limitazione originaria della ri-

nella forma dell'agire necessitato, qual è l'obbligo, anche nel senso tenue degli obblighi di protezione, ma assume sovente la funzione di sindacato delle omissioni o delle azioni a posteriori; in questa accezione in entrambe le forme di responsabilità ma, mentre in quella contrattuale come causa di esonerazione della responsabilità, una volta che questa sia sorta per l'inadempimento dell'obbligo, nell'altra come uno degli elementi costitutivi, il criterio di imputazione, che si affianca a quello dell'ingiustizia ma che con esso non si identifica. Non è la diversa direzione della violazione del dovere, dunque, a giustificare la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, a seconda che riguardi un soggetto determinato o soggetti indeterminati, né tantomeno l'occasionalità in sé per sé, ma la preesistenza o meno di un'obbligazione che possa dirsi sorta prima del danno e che collochi la relazione tra i due soggetti in una dimensione precettiva, di cui la responsabilità può dirsi, semmai l'epilogo, e non la fonte<sup>79</sup>.

6. – Su un altro profilo però, quello che riguarda i criteri di imputazione la Cassazione si è mostrata assai più convincente di quanto non lo sia stato il Consiglio di Stato, che pure di recente, sollecitato dal giudice comunitario, quanto mai devoto al principio di effettività, ha ritenuto di dover superare l'orientamento inaugurato da Cass. 500/99 e ciò nel senso di non ritenere più necessaria la prova della colpevolezza dell'amministrazione. Quest'ultima, superando l'orientamento precedente secondo cui la colpa della struttura sarebbe in *re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di un atto amministrativo, aveva affermato, coerentemente con il superamento della pregiudizialità amministrati-

---

sarcibilità ai soli diritti assoluti; tale assunto è il frutto, infatti, della c.d. concezione imperativistica del diritto che individuava il diritto soggettivo a partire dall'insieme di comandi e di divieti emanati al fine di assicurare la protezione dell'interesse. Com'è stato sottolineato, C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 23, «Nell'ambito di questa concezione, il rapporto tra la norma e i soggetti si esaurisce nella imposizione di obblighi: e l'obbligo, elevato a momento centrale dell'esperienza giuridica, assume una posizione di priorità logica rispetto al diritto soggettivo, che dell'obbligo risulta un mero riflesso e da questo ripete il suo ambito di estensione». La principale conseguenza di questa impostazione è la riconduzione di ogni diritto soggettivo nell'ambito di un rapporto giuridico alla cui estremità si colloca un obbligo; mentre l'obbligo che fronteggia il diritto di credito non ha efficacia *erga omnes*, essendo funzionale alla realizzazione esclusivamente dell'interesse del creditore, diversamente accade per i diritti assoluti nei confronti dei quali si impone un generalizzato dovere di astensione.

<sup>79</sup> Così C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione*, cit., 701.

va, che la colpa sarà da ritenersi laddove l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo, sola in grado di determinare il danno, sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità di correttezza e di buona amministrazione «alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

Una volta, infatti, che il giudice ordinario sia messo in grado di conoscere del danno a seguito della lesione di un interesse legittimo, a prescindere dall'annullamento dell'atto, la fattispecie illecita extracontrattuale dovrebbe riemergere in tutti i suoi elementi, compreso quello soggettivo della colpa o del dolo che va verificato in ogni singola fattispecie concreta. E ciò non, però, secondo quanto Cassazione ha affermato, per l'incompatibilità del precedente modello con l'allargamento della risarcibilità agli interessi legittimi, quasi possa darsi differenza, sotto tale profilo, tra le situazioni giuridiche, ma per la semplice constatazione che la sola illegittimità dell'atto non equivale a colpa; è infatti propriamente la violazione delle regole procedurali a dover essere accertata, la quale si distingue dall'illegittimità dell'atto come la causa si distingue dall'effetto, nella specie la condotta colpevole dal fatto materiale lesivo di una situazione giuridicamente rilevante.

La violazione di tale regole se per un verso determina l'illegittimità sotto il profilo dell'atto per altro verso integra il requisito della colpevolezza, sotto quello della condotta; dalla prima discende l'annullamento dell'atto, dalla seconda il risarcimento, una volta chiarito che la lesione, in cui consiste l'ingiustizia è perpetrata dalla semplice illegittimità dell'atto, dalla cui esecuzione deriva il danno. Pertanto «colpa e illegittimità manifestano, secondo profili diversi, rispettivamente della condotta e dell'atto, la stessa inosservanza: l'illegittimità è la colpa dalla prospettiva dell'atto e la colpa è la violazione di una norma dalla prospettiva della condotta»<sup>80</sup>. Dal punto di vista risarci-

<sup>80</sup> Così C. Castronovo, *La «civilizzazione»*, cit., 655. Del resto, C. Castronovo, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa. dir. priv.*, 2010, 2 s., la stessa ambivalenza si registra in tema di responsabilità precontrattuale, laddove a seguito di un comportamento scorretto che è fonte di invalidità dell'atto, la responsabilità che ne deriva non discende da quella, «perché avremmo una qualificazione che ne genera un'altra data che la responsabilità è a sua volta qualificazione di fatti», ma dal la condotta che mette capo all'invalidità. «Quando quest'ultima e il danno che ne deriva sono da ricondurre alla condotta dell'altra parte, all'invalidità che l'ordinamento prevede per se stesso, si può dire per autotutela, corrisponde la responsabilità in favore di colui che per la condotta dell'altra parte si trova deluso a causa di tale invalidità».

torio è l'atto che è idoneo a ledere la situazione giuridica del privato, o meglio, l'effetto che, secondo la disciplina che lo riguarda, si collega alla statuzione in esso contenuta, e non le regole violate, poiché queste, danno corso all'illegittimità del provvedimento, ma nella fattispecie dell'art. 2043, si riferiscono propriamente alla condotta; sicché non è vero che accertata l'illegittimità dell'atto, idonea ad integrare l'ingiustizia, ne risulta superflua l'indagine sulla colpa come momento distinto nella verifica degli elementi costitutivi dell'illecito<sup>81</sup>, questa determinandosi sempre come momento autonomo rispetto all'atto che può dirsi esserne una conseguenza.

Da parte sua, a riprova di un legame mai reciso con l'illegittimità dell'atto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>82</sup>, almeno fino alla recente pronuncia 5685/2012, aveva inteso la prova della colpevolezza nei termini di una presunzione di responsabilità, gravando l'amministrazione dell'onere di dimostrare che il danno prodotto dall'illegittimità, in astratto riconducibile alla violazione delle regole di condotta, dalla quale la prima pur poteva discendere, non fosse in concreto prevedibile; dunque una presunzione di responsabilità o, più correttamente una presunzione di colpevolezza, la cui assenza diviene oggetto di prova per il convenuto e non la sua presenza oggetto di prova per l'attore, analogamente a quanto avviene nelle ipotesi di cui agli artt. 2047-2048, ove la trasgressione delle regole di condotta non integra automaticamente il requisito della colpa. Si tratta, precisamente, della distinzione tra la valutazione in astratto e in concreto della prevedibilità, la prima, fondata su un giudizio *ex post* a bocce ferme, sull'idoneità della violazione delle regole di condotta a provocare quel danno; l'altra, incentrata su un giudizio *ex ante* sulla condotta del danneggiante volta a verificare, la possibilità per quest'ultimo di prevedere l'evento dannoso<sup>83</sup>. È

<sup>81</sup> In questo senso F. Trimarchi Banfi, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008, 73-74.

<sup>82</sup> Ad es. Cons. St. 9-6-2008, n. 2751, ove si afferma: «Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata».

<sup>83</sup> In questo senso C. Castronovo, *Danno biologico Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 210.

proprio sulla base della prospettata distinzione che, altrove, nell'ipotesi del danno subito ai congiunti per l'uccisione di un loro familiare ne è stata esclusa la risarcibilità in quanto «il criterio soggettivo di imputazione del danno ivi indicato si ridurrebbe a mera finzione, non essendo possibile, per difetto di concreta prevedibilità dell'evento, una valutazione autonoma della colpa. L'evento di danno ai familiari sarebbe messo in conto all'autore in base a una valutazione "allargata" della colpa commessa nei confronti di un altro soggetto, titolare del bene (vita) protetto dalla regola di condotta violata[...]: valutazione compiuta *ex post* dal giudice assumendo a referente l'elemento soggettivo di un'altra fattispecie e con ampio margine di arbitrio»<sup>84</sup>, che si risolverebbe, di fatto, in una forma di responsabilità oggettiva, nella quale, cioè, il problema del criterio di imputazione, vale a dire la scelta del soggetto deputato a rispondere del danno, è risolto a monte dal legislatore, mediante una scelta di politica del diritto che individui il soggetto più idoneo a prevenire il danno.

Se è tale la qualificazione che della responsabilità si voglia dare, vale a dire oggettiva, essa dovrebbe sempre risultare dal modo di configurare la fattispecie da parte del legislatore; non la si può far discendere, come ha fatto la Corte di giustizia<sup>85</sup>, nella materia che ci interessa, dalla semplice constatazione che «il rimedio risarcitorio[...] può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata [...] alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice». Occorrerebbe infatti dimostrare che la direttiva imponga un modello di responsabilità magari oggettiva, nel quale risulti irrilevante la colpa del funzionario, non potendosi, invece, ricavare dall'art. 2 n. 5, c) della direttiva, data la sua natura non vincolante, niente più che l'obbligo per gli stati membri di prevedere un risarcimento del danno, lasciando agli Stati, giusto il riferimento all'art. 288 *tfue*, comma 3, la libertà di determinare i requisiti della fattispecie dai quali farlo discendere.

<sup>84</sup> Corte cost. 372/1994.

<sup>85</sup> Corte Giust. UE 30-09-2010 C-314/09, Stadt Graz/Strabeg in *Europa. dir. priv.*, 2011, 313 con nota di L. Guffanti Pesenti. *Cfr.* sul punto C. Castronovo, *La «civiltà»*, cit., 650 s.

Quella che per la Corte di giustizia è una responsabilità non fondata sulla colpa, e dunque oggettiva, diventa, del tutto inopinatamente, una responsabilità senza criterio di imputazione per il Consiglio di Stato, che nell'affermare l'irrelevanza del criterio di imputazione sul presupposto che «l'ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza», ha riportato sul punto la regola di diritto assai vicino a quella che preesisteva alla sentenza n. 500/1999. Qui però si confondo i diversi, dal momento che l'ingiustizia del danno non è concorrente con il criterio della colpevolezza, quasi se ne potesse fare a meno, ma rappresenta un elemento essenziale della fattispecie di responsabilità dell'art. 2043; mentre affermare l'irrelevanza della colpa, come ha ritenuto di argomentare la Corte di giustizia, non conduce a lasciare l'ingiustizia sola a pencolare nel vuoto ma porta ad escludere solo uno dei criteri di imputazione della fattispecie di responsabilità, obbligando l'interprete a rintracciarne degli altri.

Se veramente si volesse intendere che il risarcimento si deve produrre per effetto esclusivo della constatata illegittimità dell'atto, idonea ad integrare l'ingiustizia, escludendo qualsiasi indagine sul criterio di imputazione, non più di responsabilità si dovrebbe parlare, bensì di garanzia, il cui referente nell'ambito extracontrattuale è l'assicurazione, la quale per definizione è il conferimento al garantito di uno stato di sicurezza, consistente nella mancata incidenza negativa nella sfera giuridica di un evento dannoso; la traslazione del costo del danno sul garante che dovrebbe ricadere sul garantito prescindere da un criterio di attribuzione del danno che non sia la causa stessa del contratto di garanzia, e che, invece, caratterizza qualsiasi forma, pur minimale, di responsabilità. Né tantomeno si comprende perché dell'irrelevanza della colpevolezza dovrebbe essere indice insuperabile la priorità che l'ordinamento comunitario riserva al risarcimento in forma specifica dal momento che esso è pur sempre una misura risarcitoria e come tale epilogo di un giudizio di responsabilità.

La proclamata irrilevanza della colpevolezza sul presupposto della priorità della tutela in forma specifica costituisce, allora, piuttosto un indice sottaciuto, peraltro avvalorato dall'indebita sovrapposizione di risarcimento in forma specifica e annullamento, dell'ascrizione della responsabilità all'ambito contrattuale, ove, il risarcimento del danno è solo un surrogato dell'azione di adempimento (e non dell'inefficacia), e come tale non necessita della prova

della colpa; ciò però non per accreditare un modello di responsabilità di diritto pubblico, nel quale il risarcimento dei danni è considerato un'alternativa e un completamento alla tutela di annullamento, come vorrebbe una certa dottrina amministrativistica<sup>86</sup>, ma come carattere proprio della responsabilità contrattuale la quale non abbisogna della colpa per fondarsi, ne tantomeno richiede un collegamento eziologico, lo si voglia tra la condotta del danneggiante e l'evento<sup>87</sup>, data l'impossibilità di qualificare l'inadempimento come un evento, ovvero tra l'evento e il danno, inteso come conseguenza di cui all'art. 1223, dal momento che il danno non è un evento, rispetto al quale ha senso porsi un problema causale, ma una qualificazione economica di tale evento, tanto è vero che quello che dovrebbe mettere capo ad un criterio causale fondato sulla regolarità di certi accadimenti è allora, più corretta-

<sup>86</sup> V. ad esempio Cons. St. 31-1-2012, n. 482 in *Urb. app.* 2012, con nota di E. Follieri, 689 s. il quale ritiene che «Il giudice amministrativo si pone in una diversa ottica poiché il suo sindacato è centrato sulla legittimità dell'atto amministrativo, e in mancanza di una norma positiva che stabilisca la natura giuridica della responsabilità in cui incorre la pubblica amministrazione[...], avrebbe potuto ben costituire una responsabilità di diritto pubblico[...]. L'irrelevanza del criterio di imputazione non può però predicarsi come conseguenza del fatto che il risarcimento sia ancillare rispetto all'azione di adempimento nel senso che (op. cit., 699) «se per quest'ultima si prescinde dalla colpa o dal dolo, non ha alcuna giustificazione richiederli quando il ricorrente si deve accontentare del risarcimento dei danni[...]; esso è infatti unicamente conseguenza della struttura del rapporto obbligatorio nel quale l'azione di adempimento si inserisce e rispetto al quale si è già detta l'irrelevanza del criterio di imputazione e di un nesso causale. Nello stesso senso, E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, spec. 20 s.

<sup>87</sup> In tal senso Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno* (Milano 1969), 89 s.; C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile *"Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale"*, Treviso 23-24-25 marzo 2006 (Padova 2006), cit., 88, nel quale si riconosce come «l'inadempimento... è un puro giudizio di difformità del fatto rispetto all'effetto (l'obbligazione come vinculum iuris), difformità che come tale non può essere considerata alla stregua di un accadimento con riguardo al quale possa avere senso un inquadramento in termini di causalità cioè di connessione tra fatti»; Id., *La nuova responsabilità civile* cit., 512, nt. 154 ribadisce che nell'inadempimento non si prospetta un problema di causalità del fatto, ma soltanto di c.d. causalità giuridica ex art. 1223 c.c., che però non è una vera regola causale ma esclusivamente un criterio di determinazione dell'ammontare del danno. V. pure, ampiamente, G. Grisi, *Art. 1223. Risarcimento del danno*, Delle obbligazioni in generale cit., 158 s.; Piraino, *Adempimento e responsabilità*, 645-646.

mente, un giudizio per un verso, tipologico, fondato sulla classe di eventi ordinariamente riconducibili all'inadempimento, e per altro verso, concreto, tutto ripiegato sul piano dell'obbligazione.

Discorso più complesso va fatto per i danni consequenziali, e in particolare modo per quelli conseguenti alla violazione dei doveri di protezione, ancor più se ipostatizzati in un'obbligazione priva della prestazione: se infatti in riferimento ai primi, si pone il problema della determinazione del grado di connessione<sup>88</sup> che l'interesse leso abbia con quello oggetto della prestazione, al fine di delimitare l'area dei danni risarcibili, quindi sul versante della c.d. causalità adeguata, dal momento che quantomeno in sede fondativa, il problema del nesso di causalità materiale è assorbito dall'oggettività della violazione dell'obbligo, non meno che nell'inadempimento, laddove la prestazione neppure sussiste, come tipicamente avviene nell'obbligazione senza prestazione, diventa decisivo il valore da assegnare alla relazione preesistente che pur viene detta essere la fonte del danno.

Se infatti la disponibilità ad un'assimilazione con la struttura del rapporto obbligatorio è minima, se non per il contesto in cui il danno matura e la qualifica che della responsabilità ne discende, al punto di ritenere che si tratti sostanzialmente di un illecito sottratto al regime della responsabilità aquilia-

---

<sup>88</sup> Il semplice nesso di occasionalità tra il danno e l'esecuzione della prestazione è stato ritenuto in dottrina criterio troppo debole per giustificare il sorgere della responsabilità, dal momento che l'innesto della dimensione protettiva nel contesto dell'obbligazione «deve avvenire nel rispetto della logica propria del rapporto obbligatorio, il quale non è un mero contenitore, ma una vera e propria struttura normativa agglutinata attorno alla coppia prestazione-interesse» (L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, *Europa dir. priv.*, 2012, 489). Ciò significa che è necessario un collegamento più stretto e che, oltretutto, si riveli coerenti con l'essenza del rapporto obbligatorio, della cui dimensione funzionale, partecipano tanto la prestazione quanto gli obblighi accessori di protezione. Secondo L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato»* cit., 369, nt. 15; Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, *Eur.dir.priv.*, 2011., 67 è «necessario [...] che il danno, subito dalla persona o dalle cose di una delle parti, sia causato da un'attività dell'altra parte, essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto»; secondo L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno* cit., 486 nt. 14, 489-490, il quale interpreta il nesso funzionale in modo più restrittivo, «soltanto i comportamenti riconducibili al piano d'azione finalizzato all'esecuzione (o alla ricezione) della prestazione assumono rilevanza nell'ottica del vincolo, il quale potrà dilatarsi, sino ad accogliere al suo interno gli obblighi di protezione scaturenti dall'art. 1175 c.c. nei limiti della coerenza con sé medesimo, e dunque, nei limiti della rilevanza e della censurabilità delle sole condotte attuative dell'interesse primario».

na tanto da evocarne l'immagine dell'*enclave* in un territorio estraneo, ne discende come necessaria l'individuazione del nesso causale tra la condotta e il fatto dannoso<sup>89</sup>. Ove si fosse, invece, disponibili a rintracciare nei doveri di protezione la fonte di obblighi che non esauriscono la loro portata nella dimensione della tutela dell'appartenenza ma attingono pure quella dimensione promozionale propria del rapporto obbligatorio, che pur in assenza di una prestazione si apre ad una certa precettività a priori si potrebbe, forse, riconoscere che la funzione del giudizio causale torna in rilievo in una versione del tutto peculiare rispetto a quella extracontrattuale, dal momento che la preesistenza di un obbligo, purché la portata precettiva ne sia sufficientemente definitiva, non richiama, almeno in sede di fondamento della responsabilità, la funzione di qualificazione dei criteri di imputazione né di conseguenza quella dell'accertamento del nesso causale, ma si colloca piuttosto sul piano dell'esatta individuazione degli interessi rilevanti, distinti rispetto a quello alla prestazione, rinvenibili all'interno del piano dell'obbligazione.

7. – Le considerazioni che precedono si fondano, tuttavia, su due premesse, finora soltanto accennate e di cui va data, invece, a questo punto, dimostrazione analitica: che la relazione tra cittadino e amministrazione sia configurabile alla stregua di un rapporto obbligatorio nel senso minimale di sfera relazionale improntata alla correttezza e, di conseguenza, che trovi, nel diritto amministrativo, applicazione il principio di buona fede<sup>90</sup>. È noto come due degli ostacoli principali all'estensione dell'operatività della buona fede oltre i rapporti privati fossero ravvisati: nella mancanza di parità tra le

<sup>89</sup> C. Castronovo, *Il risarcimento del danno* cit., 90, nt. 40 secondo cui «Una questione causale si pone con riguardo alla violazione di obblighi di protezione(...); ma tale responsabilità contrattuale non è però responsabilità per inadempimento». Anche di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 169 ritiene che la dinamica causale torni in campo per il risarcimento dei c.d. danni consequenziali, quali sono tipicamente i pregiudizi da violazione degli obblighi di protezione, rispetto ai quali sorge l'esigenza «di una chiara delimitazione sul terreno del risarcimento, visto che, in tal caso, non sussiste aspettativa di prestazione alcuna ma solo quella di essere tenuti indenne da accadimenti dannosi che dall'inadempimento possono conseguire».

<sup>90</sup> Sulla buona fede nel diritto amministrativo, cfr. U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 274 s.; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; Id., *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, Scritti per Mario Nigro, vol. II, Milano, 1991, 228 s.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, passim.

parti, e nel sostanziale assorbimento della buona fede nell'interesse pubblico<sup>91</sup>. Nessuna delle due obiezioni si è rivelata, a dire il vero, particolarmente persuasiva: la seconda, infatti, presupponeva una concezione, ormai svalutata, di interesse pubblico coincidente con l'interesse soggettivo dell'amministrazione la cui realizzazione non poteva, per questo, prescindere dalla buona fede del soggetto agente, sicché una volta riguadagnata la prospettiva del coinvolgimento del privato nella determinazione dell'interesse in concreto si è imposta come necessaria la verifica della correttezza del comportamento del soggetto agente. Il passaggio ad una visione funzionale del potere e in particolare ad una concezione dell'interesse pubblico quale terminazione di una funzione oggettiva dell'ordinamento giuridico, riferibile alla collettività e non più all'amministrazione ha presto contribuito a rilanciare il ruolo della buona fede; sulla scia dell'imparzialità, nella quale si identifica e della quale diviene garanzia, la buona fede assume, in uno dei primi studi dedicati *ex professo* all'argomento, una valenza etico-morale e viene ricostruita come «la conformità del comportamento alla coscienza, la sua verità e sincerità»<sup>92</sup>, al fine di «dimensionare in maniera concreta, con precisione e insieme con duttilità, l'atteggiarsi di questi rapporti (tra autorità e parti) nell'ambito della causa e della funzione»<sup>93</sup>, in un'accezione che non distingue il profilo oggettivo da quello soggettivo, entrambi, infatti, riferibili «ad un principio unitario scaturente da una matrice squisitamente morale»<sup>94</sup> e con ciò evocando la comune matrice dell'agire fiducioso di chi è consapevole che la propria azione assuma una validità necessaria. Il valore della riflessione, al di là dei risultati cui è approdata, può dirsi intatto, specie nell'identificazione della buona fede con l'imparzialità, e nonostante nel frattempo la distinzione tra la buo-

---

<sup>91</sup> E. Guicciardi, *Recensione a KH. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht*, in *Arch.-Dir..Pubbl.*, 1936, 561 s.; M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'amministrazione*, Milano, 1939, 373 s.; per un approfondimento si rinvia a F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 115 s.;

<sup>92</sup> U. Allegretti, *L'imparzialità* cit., 274: «Considerata in termini generali, la buona fede esprime la conformità del comportamento alla coscienza, la sua verità e sincerità. Vi è in essa una "veritas dicti" ed una "veritas facti", cioè una conformità alle dichiarazioni giuridicamente rilevanti alle conoscenze del soggetto, ed una impegnatività delle sue manifestazioni di volontà, con la conseguente conformità ad esse dell'agire discendente da una intenzione retta».

<sup>93</sup> Id., op. cit., 274..

<sup>94</sup> Id., op. cit., 277.

na fede oggettiva e la buona fede soggettiva<sup>95</sup> sia divenuta un punto fermo del dibattito attuale, identificando la prima con lo stato soggettivo di chi versa nella convinzione incolpevole di agire *iure*<sup>96</sup> e nella seconda tanto la fonte di regole di azione e quanto il criterio di un sindacato *a posteriori* sulla condotta dei soggetti di un rapporto giuridico; anche se proprio dalla tutela dell'affidamento<sup>97</sup>, come dimostra inequivocabilmente l'art. 1338, emerge il tratto unitario della buona fede, al punto che lo stato gnoseologico appare l'indispensabile premessa dell'applicazione della regola di condotta desunta dal dovere di agire secondo buona fede; nell'un caso a rilevare però è la doverosità della condotta idonea ad innescare l'affidamento a prescindere dallo stato psicologico, nell'altro, diviene invece determinante, il retroterra psicologico del soggetto che sta dietro lo stato gnoseologico

L'altra obiezione, fondata sull'idea che la buona fede non fosse esportabile oltre l'ambito dei rapporti contrattuali, come nel diritto amministrativo non si è rivelata risolutiva, né più vera, se limitata ad asseverare che nel diritto amministrativo manchino rapporti contrattuali, dovendosi superare, invece, un'obiezione assai più fondata, vale a dire se la buona fede sia concepibile fuori dai rapporti contrattuali e addirittura fuori dai rapporti privati.

Già in quest'ambito, peraltro, la dottrina<sup>98</sup> è oramai pressoché concorde nell'attribuire alla buona fede la veste del principio generale dell'ordinamento, che manifesterebbe la sua portata espansiva nell'abuso del diritto, e come tale, secondo alcuni, applicabile non solo nel settore dei diritti reali ma anche nell'ambito della responsabilità extracontrattuale<sup>99</sup>. Il rischio è però quel-

<sup>95</sup> L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv. Sez. Civ.*, Torino, 1988, 159, 188, distingue le due nozioni sul piano sia ontologico sia funzionale, ma vi scorge una dimensione comune. In questo senso anche L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino* (Milano 1975), 315 s.; A. Nicolussi, *Appunti sulla buona fede soggettiva con particolare riferimento all'indebito*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 265 s., spec. 278 s.

<sup>96</sup> L. Bigliazzi Geri, *Buona fede*, cit., 159 suggerisce la definizione evidenziata nel testo che sembra più ampia e, dunque, preferibile rispetto a quella tradizionalmente formulata in negativo, incentrata sull'erroneo convincimento di non ledere un interesse altrui protetto.

<sup>97</sup> Lo rileva, F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, in corso di pubblicazione.

<sup>98</sup> U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t 1, Il comportamento del creditore, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo (Milano 1974), 7-8; M. Bessone – A. D'Angelo, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 3-4;

<sup>99</sup> Busnelli – Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., 109 s.; ma v. pure, specificamente sul tema, già A. Galoppini, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia*

lo di svalutare il significato che essa riveste, vale a dire quello di regola di condotta che presuppone sempre una relazione idonea ad ingenerare un affidamento, al quale fornisce la veste del rapporto giuridico di natura obbligatoria<sup>100</sup> pur nella versione minima di protezione dell'altrui sfera giuridica. Ancor meno convincente si rivela, allora, la proposta, maturata nella riflessione amministrativistica sul tema, di attribuire alla buona fede la veste di un principio generale non scritto, funzionale alla piena realizzazione dello Stato di diritto<sup>101</sup> ricavabile dal complesso delle norme costituzionali, e in grado perciò di acquistare quella valenza generale che ne consente l'applicazione in ogni ambito normativo. L'idea di attribuire alla buona fede una valenza etica massima, in quanto idonea ad incarnare l'istanza superiore di giustizia, tralascia, infatti, di considerare che la giustizia rappresenta quell'orizzonte epistemico istitutivo dell'ordine complessivo e quindi si colloca al di là di ciò che è istituibile come un semplice fine, presentandosi come un'esigenza costante e per così dire allo stato diffuso. La dimensione orientativa verso un fine autoevidente è invece propria dei principi fondamentali, ossia di quelle norme che enunciano valori, ideali, obiettivi concepiti come validi e legittimi in se, come approdi finali ma ad essi risulta però estranea la buona fede la quale non è un fine in se ma è piuttosto evocativa di una condotta strumen-

---

*di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 365 s.; E. Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 173 s.

<sup>100</sup> L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità*, cit., *Scritti* II, 267 s.; Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 458; Id., *La responsabilità precontrattuale*, Manuale di diritto privato europeo a cura di C. Castronovo – S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 325 s.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 679 s.; Id., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa dir. priv.*, 1 s.

<sup>101</sup> F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, in *Buona fede e affidamento*, cit., 41 s.; spec., 59 ove si legge «Esclusa la riconduzione dell'affidamento nell'ambito di uno specifico diritto fondamentale riconosciuto nella Costituzione, il fondamento logico della tutela delle aspettative del cittadino non può essere colto se non in un principio non scritto di buona fede oggettiva operante nei confronti del legislatore». Di qui l'estensione del principio anche ai rapporti amministrativi; in particolare v. 107 s. C'è da dire che l'A., tornando ulteriormente sul tema in un'opera, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 279 s., che raccoglie, integrandoli, gli scritti originari, ha affermato che la buona fede è «un principio di integrazione del diritto legislativo richiamato da quasi tutti i codici civili, ma vigente, per accertamento e applicazione giurisprudenziale, indipendentemente da tale richiamo, nello stesso modo nei confronti di tutte le altre fonti del diritto legislativo e perciò anche nel diritto pubblico, costituzionale e amministrativo, in cui si «tingerebbe» delle caratteristiche peculiari di tali diritti».

tale, rispetto alla quale il fine risulta recessivo o comunque non necessario<sup>102</sup>, ponendosi, semmai, come ulteriore giustificazione della scelta, la quale risulta però di per se già giustificata per l'intrinseca necessità che la condotta secondo buona fede implica. Oltretutto, va sottolineato, come la coloritura in senso finalistico, oltre ad appiattare la buona fede su un valore determinato, si traduce in un fraintendimento della sua portata dogmatica, la quale proprio per la natura di clausola generale, vive in contesto, quello del rapporto obbligatorio, già fortemente connotato in senso valoriale, onde il richiamo ai valori fondamentali si rivela giustificato solo a posteriori, dopo aver scontato quella che potrebbe definirsi compatibilità sistemica, assumendo allora più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante<sup>103</sup>.

Più in generale, l'impressione che si ricava è quella di un forte debito di ispirazione nei confronti della dottrina privatistica e in particolar modo di quella della scuola pisana; anche laddove la prospettiva non è esplicitamente quella del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, l'indagine si sviluppa attorno alla tutela dell'affidamento da un lato, nel quale si è disposti a rintracciare una situazione giuridica soggettiva autonoma, e al principio di buona fede, dall'altro, il quale verrebbe in rilievo nel diritto amministrativo, come aspettativa generica alla «correttezza»<sup>104</sup>, come criterio integrativo dell'esercizio del potere – e di qui la sovrapposizione con la categoria dell'eccesso di potere – idoneo ad ampliare la sfera degli interessi da coinvolgere nella valutazione discrezionale. La prospettata distinzione – alla quale

---

<sup>102</sup> Questi rilievi sono di F. Pirano, *La buona fede oggettiva*, in corso di pubblicazione. Su un piano più generale, a sostegno di questa impostazione, si può richiamare la riflessione di E. Severino, *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Milano, 1999, 107 s., il quale, richiamandosi all'insegnamento di Kant riconosce nella «buona volontà», di cui la buona fede è sinonimo, «l'agire nel quale chi agisce è appunto convinto[...] che ciò che egli compie sia qualcosa a cui un qualsiasi essere razionale non può assolutamente sottrarsi e che dunque è universale e necessaria»; la buona fede esprime dunque la necessaria tensione della propria volontà e dunque del proprio agire alla forma della ragione epistemica universale e necessaria.

<sup>103</sup> L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, ora in *Scritti I*, Metodo e teoria giuridica, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (Milano 2011), 10, il quale riconosce comunque il ruolo di rinnovamento della precomprensione della dottrina del diritto privato prodotto dall'art. 2 Cost. e di rivalutazione della clausola generale di buona fede.

<sup>104</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 126-127.

anche la dottrina privatistica non è estranea – tra l'affidamento, come situazione giuridicamente rilevante che impone la coerenza col precedente comportamento e la semplice aspettativa alla correttezza dell'agire discrezionale non convince, né tantomeno persuade la prospettata distinzione tra tutela della buona fede in senso ampio e in senso stretto: non risultano, infatti, margini per concepire una distinzione all'interno di una categoria che si presenta unitaria. Tale dissociazione torna anche in studi più recenti<sup>105</sup> e proprio al fine di giustificare il risarcimento del danno, attribuendo alla buona fede la tutela della correttezza in sé del comportamento dell'amministrazione con effetti solo sul piano dell'annullamento, e affidando, per contro esclusivamente all'affidamento il sorgere della tutela risarcitoria. Anche se, va detto, in maniera non del tutto coerente, poiché torna sempre in rilievo, in una prospettiva rigorosamente aquiliana, la valutazione di buona fede, non nella veste di fonte di obblighi, la cui violazione è idonea ad innescare di per sé sola la responsabilità, ma in quella di criterio oggettivo di valutazione della legittimità o meno della lesione dell'affidamento cui soltanto si riconosce, però, il fondamento della tutela risarcitoria.

Il rilievo attribuito alla buona fede, nella veste di criterio di giudizio a posteriori, che interviene all'esito di una vicenda che si protrae nel tempo, da cui far discendere eventualmente il risarcimento del danno, rappresenterebbe, invece, secondo una recente riflessione<sup>106</sup>, un'ulteriore manifestazione della responsabilità contrattuale in senso debole, nella sua versione massima, connessa cioè non alla violazione degli obblighi di protezione ma ad interessi strumentali alla generica correttezza dell'azione dell'altro soggetto del rapporto; sintomatiche sarebbero le ipotesi della responsabilità da direzione e coordinamento<sup>107</sup> e di quella della p.a. A proposito della posizione della controllante – ma il discorso è estendibile alla Pubblica Amministrazione

---

<sup>105</sup> Cfr. ad es., L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, passim.

<sup>106</sup> S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 123 s. ora in *Rimedi specifici e responsabilità*, cit., 622.

<sup>107</sup> La formula "responsabilità contrattuale in senso debole" è stata adottata dall'A. per connotare la responsabilità da direzione e coordinamento nei gruppi di società su cui originariamente S. Mazzamuto, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2006, 1491 s., in part., 1494-1495.

–,<sup>108</sup> la dottrina in esame esclude l'operatività degli obblighi di protezione sul presupposto che l'immediata precettività e istantaneità tra la loro violazione e il danno mal si concilierebbe con la natura prolungata e complessa del rapporto che rimette al momento conclusivo la valutazione del danno, rintracciandovi piuttosto una regola di condotta a contenuto precettivo attenuato, qual è per l'appunto la buona fede nella sua versione valutativa, alla quale si è disposti tuttavia a riconnettere anche l'effetto del risarcimento del danno. Tale conclusione non risulta però pienamente condivisibile né risulta avvalorata dal riferimento all'art. 2497 c.c.: l'obbligo di protezione, infatti, non andrebbe valutato rispetto alla singola operazione che compone l'attività o meglio la verifica dell'insorgenza del danno risarcibile dovrebbe necessariamente essere posticipata al termine della complessiva operazione. La norma infatti rende rilevante ai fini del giudizio risarcitorio non la singola temporanea perdita patrimoniale, bensì il danno (anch'esso meramente patrimoniale) inteso come diminuzione del valore della quota sociale all'esito dell'operazione e tutto ciò smentisce l'assunto che il verificarsi di un danno prima dello spirare del termine, non assistito dall'immediato innescarsi del rimedio risarcitorio, sia ostativo ad inquadrare la fattispecie come un'obbligazione senza prestazione. Oltretutto la protrazione temporale del rapporto obbligatorio crea le condizioni per reagire alla singola perdita patrimoniale con un intervento sanante volto a precludere che la perdita infraprocedimentale divenga definitiva così da diventare all'esito dell'operazione un danno risarcibile. L'analogia con la responsabilità dell'Amministrazione non può spingersi, però, fino ad assimilare la posizione del socio/creditore a quella del cittadino; se, infatti, rispetto al primo ha senso una tutela occasionale rispetto a quella del gruppo, il che giustificerebbe l'irrisarcibilità del danno *medio tempore* prodottosi, non altrettanto può dirsi del secondo, rispetto al quale la correttezza del provvedimento finale non è in grado di obliterare la precettività dell'obbligo procedimentale cui l'amministrazione è tenuta.

Parlare di funzione valutativa in chiave di protezione contribuisce, tuttavia, a mettere in discussione l'assunto dell'irriducibilità dell'una all'altra funzione, quella valutativa da un lato e integrativa dall'altro, spesso ricondotte a due moduli argomentativi interscambiabili ma non sovrapponibili poiché

---

<sup>108</sup> S. Mazzamuto, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, cit., spec., 1495

differenti, e di per sé esaustivi, in funzione della tipologia di rimedi cui si vuole attingere. Si sarebbe allora tentati di assegnare alla buona fede la veste di una clausola generale con potenzialità rimediale<sup>109</sup>, la quale a partire dal bisogno di tutela orienta di conseguenza il dispositivo teorico mediante il quale essa opera: laddove l'esigenza è di rimuovere un pregiudizio di qualunque natura ad essere richiamata sarà la responsabilità che è come tale categoria dell'obbligazione, onde sarà giocoforza riconnettere alla buona la funzione integrativa; laddove invece l'obiettivo è quello di paralizzare l'esercizio di un diritto, per le modalità concrete con cui è stato esercitato, essa assumerà la veste dell'eccezione di dolo e dunque del sindacato a posteriori.

La diversa articolazione dei rimedi però non avvalorava l'idea della fungibilità argomentativa, pur se di per sé esaustiva, della buona fede, e smentisce pure quei tentativi volti a predicare l'incoerenza degli obblighi di protezione – nella più ampia critica mossa alla funzione integrativa –, accusati di essere privi di un'autentica portata precettiva a priori, e di sorgere di riflesso all'accertata responsabilità<sup>110</sup>. Se non se ne trascura la portata, proprio la natura di clausola generale consente alla buona fede di assumere una duplice prescrivibilità, articolata ad un primo livello, come direttiva di condotta, in

<sup>109</sup> Lo rileva F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, in corso di pubblicazione.

<sup>110</sup> U. Natoli, *L'inattuazione del rapporto obbligatorio*, t.1, cit., 14 s.; L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171, la quale rileva che «[...] attribuire al principio di buona fede funzione lato sensu integrativa a priori equivale a ridurre il complesso gioco delle relazioni intersubietive ad una serie standardizzata di comportamenti preidentificati, in virtù di una sorta di *ars divinandis*, nella quale è assai improbabile che sia esperto il giudice»; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 85 s. il quale, nonostante il rifiuto della categoria dell'obbligo integrativo, riconosce comunque alla buona fede il ruolo di concorrere alla definizione dell'obbligazione, ampliandone il contenuto oppure allungando o restringendo l'iter di attuazione. L'obiezione è stata riproposta nell'ambito della critica all'obbligazione senza prestazione da Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita*, cit., 155 secondo cui «l'obbligazione senza prestazione» si ridurrebbe ad un rapporto «in cui il legame tra soggetti determini il sorgere non di un dovere di comportamento, ma di un solo dovere secondario di risarcire il danno che una parte deve patire». Secondo l'A. (op. cit., 145 s.) sarebbe impossibile concepire un'obbligazione priva della prestazione ed infatti questa viene rintracciata come oggetto di un'obbligazione in cui il creditore non vanta un diritto ad un'utilità da conseguire mediante un contegno cooperativo del debitore, ma si limita a pretendere che quest'ultimo lo tenga indenne da un'eventuale pregiudizio (op. cit., 157-158); tale obbligo di garanzia non assumerebbe un valore autonomo, ma sarebbe pur sempre accessorio a un regolamento contrattuale o almeno ad un altro vincolo obbligatorio (op. cit., 159,168) V. i rilievi critici di Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 467 nt. 54, 56 e Piraino, *Adempimento e responsabilità*, cit., 680 s.

una veste, però, assai meno generica del divieto di *neminem laedere* destinato a produrre effetti solo a seguito della violazione del diritto, se non altro perché inserita in un contesto ben definito e contrassegnato da una serie di regole desumibili anche dal particolare *status* professionale del soggetto agente; e ad un secondo livello, in una veste assai più puntuale, come criterio integrativo della liceità della condotta, sanzionabile a posteriori nei termini di un inadempimento, nelle ipotesi in cui la doverosità del comportamento pretendibile abbia assunto dei contorni sufficientemente definiti, addirittura perché positivizzati dalla legge o perché riferibili a comportamenti che non da ultimo la coscienza sociale ha fatto propri con un grado di univocità abbastanza elevato<sup>111</sup>.

A fronte della prospettata idea della fungibilità argomentativa della buona fede a seconda del bisogno di tutela, va opposta invece una prospettiva più rigorosa che fa discendere il rimedio dalla diversa funzione che la buona fede di volta in volta assolve: il risarcimento del danno dove viene in rilievo la buona fede in funzione integrativa di obblighi, rimedi differenti, quali, ad esempio, l'inefficacia, intesa non come sanzione ma come criterio di riduzione teleologica della norma, laddove, viceversa, la buona fede operi in funzione valutativa, pena un cortocircuito logico con la nozione di liceità, su cui la valutazione di legittimità, propria dell'abuso del diritto, si appunta. L'inefficacia presenta, infatti, un ambito operativo più ampio dell'invalidità, la quale, invece, presuppone, anche ove riferita a violazione di regole comportamentali, un certo tasso di tipicità che mal si concilia con l'elasticità della valutazione propria delle clausole generali<sup>112</sup>; significativo è l'art. 1438 nel quale l'invalidità del contrat-

<sup>111</sup> La doppia natura della buona fede si può, ad esempio, cogliere nella distanza che separa l'art. 1439 c.c., nel quale il dolo costituisce una violazione della buona fede a livello di liceità, dal 1438 c.c. nel quale il dolo rileva non come ulteriore parametro di liceità, ma come elemento che autorizza un esito diverso da quello cui si arriverebbe nell'esclusiva ottica dell'illiceità; è vero che nella fattispecie si fa riferimento alla minaccia ma questa si colloca per così dire a margine del dolo, dal momento che la minaccia riguarda l'esercizio del diritto con l'intenzione di raggiungere un fine diverso da quello per cui è stato conferito.

<sup>112</sup> Lo rileva F. Piraino, *Le invalidità dei contratti a difesa dei consumatori*, in corso di pubblicazione, *passim*. Significativo è l'art. 1438 nel quale l'invalidità del contratto consegue alla minaccia e non all'esercizio del diritto tanto è vero che, sebbene la norma sul punto taccia, laddove il contratto non venga concluso perché il destinatario non cede al ricatto, la controparte eserciti il diritto esattamente come aveva minacciato di fare, ciò non toglie che questo possa essere paralizzato perché comunque connotato da un fine abusivo.

to consegue alla minaccia e non all'esercizio del diritto tanto è vero che, sebbene la norma sul punto taccia, laddove il contratto non venga concluso perché il destinatario non cede al ricatto, ma controparte eserciti il diritto esattamente come aveva minacciato di fare, ciò non toglie che questo possa essere paralizzato perché comunque connotato da un fine abusivo.

Il controllo sull'esercizio del potere dell'amministrazione partecipa della doppia natura della buona fede: per un verso la doverosità della condotta si apprezza nella valutazione del margine di discrezionalità autentico che residua nella determinazione in concreto dell'interesse pubblico e che può essere sindacato non a livello della liceità ma a quello, meno stringente, della legittimità per le particolari modalità – ingiuste, sproporzionate, irragionevoli, secondo l'uso che ne fa la giurisprudenza amministrativa. In questo caso a rilevare è la buona fede in funzione valutativa, come fondamento del principio di divieto di abuso del diritto – da non confondersi con il bilanciamento di interessi – e che trova, nel diritto amministrativo, espressione nel vizio di eccesso di potere e in particolare nelle sue figure sintomatiche, in concorrenza, laddove vengano in rilievo criteri esclusivamente logici e di proporzionalità, con il principio di ragionevolezza.

Si pensi, nell'ambito di un procedimento espropriativo, alla scelta delle aree da espropriare per la realizzazione di opere pubbliche che pur presentandosi ineccepibile, sotto il profilo della liceità, può tuttavia essere censurato sul piano della meritevolezza in concreto; in tal caso, il sindacato condotto alla stregua della buona fede, a prescindere dalla valutazione che l'amministrazione ne dà in termini di annullamento dell'atto, se guardato sotto il profilo dell'esercizio del potere, pone capo all'inefficacia dalla quale consegue poi il solo obbligo restitutorio a carico dell'amministrazione, dal momento che prioritariamente il danno viene in rilievo come lesione del potere di disposizione, e che rappresenta un effetto neutro, indipendente dal giudizio di responsabilità, e che preclude dunque l'accesso al risarcimento del danno.

Per altro verso gran parte della relazione che si instaura col cittadino si sviluppa mediante obblighi procedurali, alcuni dei quali addirittura positivizzati nella legge sul procedimento amministrativo, che assolvono ad un'immediata funzione precettiva; si pensi, per fare un esempio, all'obbligo di motivazione, dall'inadempimento del quale ben potrebbe darsi che il cittadino subisca dei danni, per aver in ipotesi compiuto degli investimenti sul

terreno, anche se all'esito del provvedimento il procedimento risulti pienamente legittimo, distinti dunque dal danno di cui avrebbe potuto dolersi in caso di provvedimento illegittimo. Ma anche nelle ipotesi in cui la condotta scorretta dell'amministrazione si concretizza nella lesione dell'affidamento nutrito verso un determinato esito del procedimento, sperato ma illegittimamente frustrato, la tutela risarcitoria trova fondamento nella buona fede in funzione integrativa, quale vincolo precettivo che si impone alle parti di un rapporto fortemente procedimentalizzato, qual è quello tra amministrazione e cittadino, e che grava la parte munita di uno *status*<sup>113</sup> particolarmente qualificato di una serie di obblighi strumentali alla conservazione della possibilità di raggiungere il corretto esito. Resta superato il problema di rinvenire una regola espressa che faccia riferimento alla buona fede, né, tantomeno, attribuire a quest'ultima il valore di un principio generale, valevole per tutto l'ordinamento, dal momento che essa trova applicazione in via analogica, sul modello dell'art. 1337, in virtù del principio dell'affidamento. Una precisazione è però necessaria: il giudizio di somiglianza su cui poggia l'analogia non riguarda i singoli elementi del fatto regolato posti a confronto con il fatto sprovvisto di una propria disciplina, ma il problema regolativo posto dal fatto regolato e risolto dalla disposizione che si estende per analogia, e il problema regolativo o bisogno di regolamentazione sollevato dalla lacuna, vale a dire la protezione dell'affidamento oggettivo e legittimamente nutrito da un soggetto coinvolto in una relazione rilevante<sup>114</sup>.

Si assiste così ad un ulteriore allargamento dell'area della responsabilità contrattuale portata avanti in dottrina, ora attraverso la figura dell'obbligazio-

<sup>113</sup> Critico Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., 389 s. secondo cui lo status non potrebbe estendersi analogicamente come fonte dell'affidamento dal momento che esso non lo è nella responsabilità precontrattuale. Qui la critica è già ingenerosa dal momento che lo status viene individuato come criterio alternativo proprio in quelle ipotesi in cui l'affidamento non può dirsi sorgere in virtù di un rapporto orientato funzionalmente alla conclusione di un contratto. Anche le altre due obiezioni restano però prive di fondamento; sia quella secondo cui «chi è munito di uno status può trovarsi ad osservare obblighi di protezione che poco, o nulla, hanno a vedere con la propria qualifica dell'esercizio di questa»; sia l'altra, secondo cui «in una società come quella moderna, che ravvisa e pretende in ogni mestiere un bagaglio di conoscenze essenziali per esercitarlo si potrebbe considerare ogni lavoratore (dipendente o autonomo che sia) come soggetto portatore di uno status rilevante».

<sup>114</sup> In tal senso L. Nivarra, *Alcune precisazioni*, cit., 58 sulla scia di Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., 462 s.

ne senza prestazione, ora quella della responsabilità contrattuale in senso debole e alla quale sembra approdata con convinzione anche la giurisprudenza, per dare veste, tra le altre, anche alla responsabilità della p.a.<sup>115</sup>. Non senza un equivoco di fondo che conduce ad equiparare la prima alla teoria del contatto sociale<sup>116</sup>, una figura che ha, invece, una valenza esclusivamente descrittiva e per di più incerta perché lascia nell'ombra l'elemento decisivo dell'affidamento che rappresenta l'unico elemento in grado di innescare – sul modello della responsabilità precontrattuale – il ruolo precettivo della buona fede<sup>117</sup>, ingenerando talvolta addirittura l'idea che sia lo stesso fatto a dare fondamento agli obblighi di protezione. «Ma il fatto in sé non in grado di andare oltre sé, se non si assortisce di una dimensione normativa che lo proietti verso l'effetto»<sup>118</sup>. E proprio rispetto all'idea comune che il fatto costitutivo dell' sorgere del vincolo obbligatorio in fase precontrattuale coincidesse con l'instaurazione delle trattative, dunque con il contatto tra le parti, già Mengoni esprimeva perples-

<sup>115</sup> Cass., 10.1.2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss.; ma ancor prima la giustizia amministrativa: v. Cons. St. sez. V6.8.2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 1 ss.; Cons. St. sez. VI 20.1.2003, n. 204, in *Giur. it.*, 2003, 794; Cons. St. 2.9.2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, 457 ss.; Cons. St. sez. IV 12.3.2010, n. 1467, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1542 ss.; Cons. St. sez. IV 31.1.2012, n. 482 e 483, in *Danno resp.*, 2012, 731 ss.; Cons. St. sez. VI 16.4.2012, n. 2138, in *Danno resp.*, 2012, 858 ss., con commento di R. Foffa, *Il danno da bocciatura*; Cons. St. sez. VI 4.7.2012, n. 3897;

<sup>116</sup> Critico nei confronti della figura del contatto sociale si rivela Lambo, *Obblighi di protezione*, cit., 343 ss., in part. 357. Ne riconosce l'equivocità, ma in definitiva vi aderisce, S. Rossi, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)* in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., Agg. V, Torino, 2010, 352. E' invece la via percorsa da M.C. Nanna, *professionali di status e protezione del cliente-consumatore. Contributo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione*, Bari, 2012, 67 s., 82 s., in part. 85 s; con specifico riguardo alla responsabilità della P.A., 202 s. Riguardo alla responsabilità dell'amministrazione, aderisce al contatto sociale V. Antonelli, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2005, 601 s. M. Protto, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb.App.*, 2000, 993 s. fa riferimento al contatto amministrativo ma assai opportunamente riconduce la fonte della responsabilità al legittimo affidamento (op. cit, 1006).

<sup>117</sup> C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 87, 93 e 94 nt. 59; Id., *La nuova responsabilità civile*, cit., 573, 579, che pure ne fa ricorso, colloca correttamente la figura del "contatto sociale" sul piano del fatto e, dunque, nella teoria dell'«obbligazione senza prestazione» il contatto riveste un ruolo marginale, per lo più di carattere descrittivo della fenomenologia dei contesti in cui si innesca la clausola generale di buona fede in funzione precettiva.

<sup>118</sup> C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale*, cit., 61; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 679 s.,

sità rilevando come «Anche la semplice offerta di contratto, la semplice dichiarazione di voler trattare, può integrare il presupposto della norma dell'art. 1337, quando sia di tale contenuto o accada in circostanze tali da determinare immediatamente un affidamento dello stesso dichiarante verso il destinatario dell'offerta (cfr. art. 1718, comma 4) oppure di quest'ultimo nei confronti del primo, indipendentemente dall'avvio di una trattativa»<sup>119</sup>; laddove risulta chiaro che il vincolo obbligatorio si instaura nel momento in cui sorge nei confronti di una, o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte, cui la buona fede attribuisce giuridica rilevanza. Oltretutto rintracciare nel fatto la fonte dell'obbligazione conduce ad un ulteriore fraintendimento, laddove si abbandona la logica della protezione a favore del riconoscimento in capo al danneggiante di un vero e proprio diritto alla prestazione, come emblematicamente avviene in tema di responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, ove questa viene addirittura a precedere l'obbligazione<sup>120</sup>, evocando figure tanto eterogenee quanto poco pertinenti, dalla gestione d'affari altrui, ai rapporti contrattuali di fatto.

8. – La strutturale preordinazione del rapporto obbligatorio<sup>121</sup> al soddisfacimento di un interesse *lato sensu* promozionale, lo rende la sede elettiva del risarcimento di quei danni meramente patrimoniali, quali la *chance*, categoria che si incontra con quella degli interessi legittimi pretensivi, i quali, pur partecipando della dimensione conservativa del rapporto obbligatorio esibiscono una certa «tensione realizzativa». Si tratta propriamente del lucro cessante di quell'interesse di protezione che trova nel rapporto obbligatorio il proprio presupposto e che fatica ad essere risarcito dalla prospettiva aquiliana, difettando, dalla prospettiva del danno emergente, una situazione giuridica soggettiva autonoma, e da quella del lucro cessante, la stretta correlazio-

<sup>119</sup> L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 279

<sup>120</sup> È, com'è noto, l'impostazione di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 441 s., spec. 448 s., il quale, non a caso, individua il baricentro della sentenza non tanto nel contenuto del rapporto obbligatorio, quanto piuttosto sulla fonte di esso.

<sup>121</sup> Sul punto v. C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa. dir.priv.*, 2008, 325; Id. *La nuova responsabilità civile*, cit., 545, in particolare nt.112; più diffusamente Id., *Vaga culpa in contrahendo*, cit., 30 s.; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Rimedi specifici*, cit., 396 s.

ne con il danno emergente tale per cui la possibilità sfumata sia inclusa nella posizione sostantiva tutelata quale suo normale epilogo. Il che peraltro, dalla prospettiva del nesso causale, equivale a riconoscere la mancanza di prevedibilità in capo al danneggiante. Tanto ciò è vero che non sempre dall'esame della giurisprudenza risulta chiaro se la *chance* sia essa stessa una bene giuridicamente rilevante o se questo vada rintracciato pur sempre nell'interesse pretensivo, rispetto al quale la possibilità di incremento risulta assai rilevante, se non certa, quantomeno secondo il criterio del "più probabile che non"; il che però risulta pure distante da quelle ipotesi nelle quali comunemente si parla di *chance*. Tutto ciò dovrebbe rendere convinti che la sede propria della risarcibilità della generica aspettativa patrimoniale sia la responsabilità contrattuale, ove non si tratta di limitare la rilevanza dell'interesse sostanziale ai casi in cui il conseguimento del bene risulti dovuto o quantomeno assai probabile, quanto piuttosto riconoscere che l'interesse materiale della situazione giuridica soggettiva altro non è che quell'istanza di correttezza in cui l'affidamento, qualificato dalla buona fede, propriamente consiste, e nel quale sin dall'inizio del procedimento si identifica l'interesse legittimo. Quel giudizio di meritevolezza, impropriamente riferito al se della tutela, che impone di rendere risarcibile l'interesse pretensivo solo quando risulti certa la spettanza del bene finale, interessa, invece, propriamente la prova del danno, di chi si lamenta della perdita della possibilità di conseguimento di un risultato e deve dimostrare un rilevante grado di probabilità di poterlo conseguire<sup>122</sup>.

È quanto propriamente si verifica, per l'appunto, nelle ipotesi di aggiudicazione di una gara tramite affidamento privato, successivamente giudicato illegittimo, ove l'incertezza circa la spettanza o meno del risultato, non priva l'interesse legittimo di un valore sostanziale, limitando la tutela al piano ripristinatorio mediante annullamento del provvedimento illegittimo: una volta dimostrato che l'esclusione dalla gara abbia determinato il venir meno di una rilevante possibilità di conseguire il bene della vita risultano integrati tutti i requisiti del danno da perdita di *chance*. Il pregiudizio, infatti, com'è stato fatto notare, non investe il risultato sperato e irrimediabilmente compromesso, ma si volge alla possibilità di conseguirlo che è un vantaggio collocato logicamente prima nell'ipotetica catena degli eventi che conduce al risultato sperato, dotato di presupposti costitutivi suoi propri, sorretto da un

<sup>122</sup> C. Castronovo, *Vaga culpa in contahendo* cit., 33.

nesso di causalità autonomo e, infine, munito di un valore economico sensibilmente inferiore, a quello dell'interesse finale. Fraintende allora il significato della *chance* Consiglio di Stato, 2974/2012<sup>123</sup> che ritiene di individuarla nella rilevante probabilità del risultato utile, con ciò distinguendo «la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile». I giudici correttamente rilevano che è risarcibile il danno che «presuppone la titolarità di un interesse apprezzabile, differenziato, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela e che inerisce al contenuto stesso della posizione sostanziale». Evidentemente però essi non hanno in mente un interesse alla correttezza procedimentale, il quale, si porrebbe, a detta dei giudici, «come situazione meramente strumentale alla tutela di una posizione di interesse risarcibile», subordinato dunque, in punto di rimedi, alla sorte dell'interesse legittimo pretensivo, né tantomeno un interesse all'ammissione a partecipare al procedimento, ovvero alla valutazione delle prove svolte, o dell'offerta presentata immune da vizi di legittimità – che poi non si comprende ben in cosa debba distinguersi dall'interesse meramente procedimentale – il quale, per contro, riceverebbe tutela «eminentemente sul piano ripristinatorio, mediante annullamento del provvedimento illegittimo, e prima ancora, mediante l'adozione di provvedimenti cautelari da parte del giudice». È chiaro a questo punto che l'interesse giuridicamente in grado di integrare l'ingiustizia del danno, si ha quando la legge, o il giudice a seguito di una valutazione prognostica, riconoscano al privato, con certezza o con rilevante probabilità, la spettanza del bene della vita; tanto è vero che il nesso di causalità immediato e diretto, in grado di integrare la fattispecie di responsabilità, non può che intercorrere tra il danno e «l'ingiusto diniego o la ritardata emanazione di un provvedimento amministrativo richiesto». A tale impostazione non può che replicarsi aderendo a quanto un anno prima, in un analogo fattispecie, aveva affermato il Consiglio di Stato con la pronuncia 5837/2011<sup>124</sup>, individuando correttamente il danno da perdita di *chance*, non nel mancato conseguimento di un risultato probabile, ma «nella mancata possibilità per la ricorrente di partecipare ad una gara per l'affidamento della commessa», una volta dimostrata con un grado rilevante di probabile la possibilità di conseguire quel risultato. L'adu-

<sup>123</sup> Cons. St. 22-05-2012, n. 2974.

<sup>124</sup> Cons. St. 2-11-2011, n. 5837

nanza sbaglia però laddove ritiene, replicando un orientamento consolidato della giurisprudenza, che la prima forma di riparazione della *chance* sia data dal risarcimento in forma specifica, e che questo sia rappresentato, nel caso specifico, dalla riammissione nella gara, ovvero dalla ripetizione della procedura, a seguito dell'annullamento. Ne risulta tratteggiato un quadro rimediabile a tinte fortemente fosche nel quale si confondono annullamento, risarcimento in forma specifica e reintegrazione del diritto violato.

A tale confusione va opposta invece la chiarezza della diversità di piani sul quale si muovono provvedimento e rapporto amministrativo, il primo, quello dell'atto, idoneo, in presenza di vizi, a determinarne l'annullamento, il secondo, quello dell'obbligo che, nel caso degli interessi pretensivi, è quello conformativo che consegue all'annullamento e che, in quanto consiste nella ripetizione o nella riammissione alla procedura, data la sua attitudine a collocarsi prima del danno, non appare azzardato configurare come azione di adempimento di obblighi di natura procedimentali volti a preservare lo svolgimento del rapporto verso un epilogo corretto. La possibilità di ricavarne il fondamento dall'art. 1218 è condizionata però dalla disponibilità ad applicare tale norma non in via analogica, ritenendo cioè che «adempimento e inadempimento sono categorie dell'obbligo di prestazione e in tale limite vanno tenute», onde ritenere preferibile «parlare non di inadempimento ma di violazione degli obblighi di protezione»<sup>125</sup>, ma in via diretta, senza con ciò giungere ad evocare l'incerta figura della prestazione di protezione.

Tale scelta si rivela coerente con l'obiettivo, già avviato, per vero, dalla dottrina nel contesto del contratto di lavoro<sup>126</sup>, di valorizzare a pieno il rapporto obbligatorio che si instaura tra cittadino e amministrazione, il quale pur non essendo preordinato all'attribuzione di un'utilità, non esaurisce la portata della cooperazione nel dovere negativo di conservazione dello *status quo*, nella prospettiva del *non facere* propria della responsabilità aquiliana, limitandosi a dare consistenza all'*alterum non laedere*,<sup>127</sup> ma si apre alla logica attributivo/positiva

<sup>125</sup> Così C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione*, cit., 707; Id., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma 1990, 4.

<sup>126</sup> S. Mazzamuto, *Il mobbing*, Milano, 2004, ora in *Rimedi specifici e responsabilità*, cit., 455 s.

<sup>127</sup> Così L. Nivarra, *Alcune precisazioni*, cit., 49 secondo cui il rapporto obbligatorio si riduce, sia nel caso degli obblighi di protezione connessi, sia in quello degli obblighi di protezione "in purezza" «alla pura dimensione del dovere, di un *alterum non laedere* che, collocato all'interno di questa cornice relazionale, acquista finalmente una concretezza inattingibile tutte le volte

propria del rapporto obbligatorio. Non solo – com'è stato detto – non vi sarebbe «più bisticcio, tra l'idea della cooperazione propria del rapporto obbligatorio e l'idea del rispetto dell'altrui sfera giuridica», ma neppure «necessariamente solo convivenza tra diversi nella nuova categoria dell'obbligo di protezione»<sup>128</sup>, il che equivale a svincolare la tutela della sfera giuridica patrimoniale del danneggiato dalla logica dell'*alterum non laedere* per attrarla, anche in punto di rimedi, al contenuto dell'obbligazione della quale finisce per condividere la insopprimibile propensione alla attuazione in natura, relegando il risarcimento del danno a forma di tutela puramente sussidiaria. Occorre, però, evitare indebite generalizzazioni dal momento che non sempre l'obbligo di protezione si apre alla dimensione a priori, dovendo permanere intatto l'interesse alla protezione o giuridicamente possibile la sua realizzazione, il che accade o quando, come nel caso del contratto di lavoro la protezione fa tutt'uno con la prestazione e il rapporto si protrae per un certo arco temporale in cui si pone il problema di ripristinare la corretta dinamica, scongiurando tanto l'aggravamento quanto la rinnovazione di forme diverse di danno<sup>129</sup>, ovvero quando, data la struttura procedimentalizzata del rapporto quale quello che si instaura, ad esempio, tra amministrazione e cittadino o nella più complessa fattispecie del coordinamento di società, l'interesse di protezione della propria sfera giuri-

---

in cui se ne è voluto fare il motivo ispiratore del torto aquiliano».

<sup>128</sup> S. Mazzamuto, *Rimedi specifici*, cit., 467.

<sup>129</sup> V. P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. Commento all'art. 2087 cc., in *Il codice civile. Commentario, a cura di Schlesinger*, Milano, 2008, 260. Tale prospettiva è coerente con quanto previsto dall'art. 4 Cost. ove si fa riferimento alla promozione delle condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, imponendo non tanto «di rispettare astrattamente la sfera personale del prestatore ma, in un'ottica rovesciata, di fungere da mezzo diretto e imprescindibile di ordinario godimento di tale sfera da parte del suo titolare, ossia di concorrere ad amministrarla in modo oculato, promuovendo in via cooperativa la migliore realizzazione sia in termini di compensazione degli effetti pregiudizievoli non altrimenti evitabili [...] sia in termini di sistematica prevenzione di quelli evitabili». Così S. Mazzamuto, *Il mobbing*, cit., 468 ma più recentemente v. *La responsabilità contrattuale in senso debole*, cit., 639 ove riconosciuta la natura finale degli interessi protetti ricava un riorientamento degli obblighi di protezione i quali diventano «veri e propri imperativi di condotta tesi alla predisposizione dei mezzi necessari alla salvaguardia del patrimonio e della persona dell'altra parte del rapporto obbligatorio». Tutto ciò «proietta gli obblighi di protezione in una dimensione anche orientativa della condotta», nella quale a venire in rilievo è il contenuto a priori degli obblighi di protezione. Di qui, le conseguenze in punto di rimedi: «L'analisi a priori consente, invece, l'esaltazione della precettività, in punto di fattispecie, nella dimensione relazionale del contratto, il che può sollecitare forme di tutela preventiva».

dica acquista una tensione dinamica perché proiettata verso il raggiungimento, sequenza dopo sequenza, di un risultato, che pure se non è dovuto, si apre alla condotta positiva del debitore, strumentale a conservarne le possibilità di attingimento. Ovviamente si tratta di fattispecie in cui, oltre la procedimentalizzazione, l'elemento di connessione idoneo a trasformare il semplice contatto in un rapporto giuridicamente rilevante è dato dall'approssimarsi di due sfere caratterizzate da un'asimmetria di posizioni contrattuali, tale da imporre alla parte in posizione "di privilegio" una serie di obblighi funzionali alla conservazione della possibilità di soddisfare l'interesse primario del creditore, sebbene tale esito sia puramente occasionale, giacché ad esso non risulta preordinato il rapporto obbligatorio, e scaturisca dalla semplice coincidenza del risultato corretto con il risultato voluto, ancorché non dovuto.

Risulta di conseguenza, più difficile, configurare uno spazio a priori laddove la violazione degli obblighi di protezione coincida con il venire meno della possibilità di soddisfare l'interesse del creditore e quindi con il danno, ovvero quando essi si presentino in connessione con la prestazione, dal momento che in questo caso la tensione realizzativa è tutta assorbita dalla prestazione, mentre l'istanza di protezione effettivamente è occasionale rispetto all'esecuzione della prestazione e la condotta dovuta dal debitore, al di là del programma d'azione negoziato, non assume contorni definiti tali da poter essere suscettibile di un'attuazione a priori, esibendo la condotta doverosa una precettività non tanto attenuata ma sicuramente meno definita.

9. – La circostanza che ad essere tutelato sia l'interesse meramente strumentale alla conservazione della propria sfera giuridica, pure nell'aspettativa di incremento patrimoniale ad essa connessa, quale tipicamente il lucro cessante, incide sulla determinazione del risarcimento del danno, e impone qualche chiarimento nella materia che qui interessa, perché richiama inevitabilmente la contrapposizione tra interesse negativo e interesse positivo, e potrebbe indurre a ritenere, analogamente all'ipotesi della responsabilità precontrattuale ove dal risarcimento è escluso il valore della prestazione, irrisarcibile l'utilità finale.

Al di là della fattispecie della responsabilità precontrattuale, però, la riproposizione dello schema trattativa-contratto, funzionale a riaffermare la contrapposizione interesse negativo-interesse positivo risulta fuori luogo;

così, ad esempio, l'accostamento che se ne fa per spiegare la complessa e articolata vicenda che ruota attorno all'aggiudicazione dell'appalto, in grado di ingenerare, qualora sia intervenuta una revoca o un annullamento dell'aggiudicazione (provvisoria o definitiva) o della stessa gara, prima che il contratto abbia avuto esecuzione, responsabilità precontrattuale; e ciò sia nel caso in cui tale revoca sia intervenuta legittimamente sia in quello in cui viceversa, sia avvenuta in modo illegittimo, come dichiarato dal Consiglio di Stato n. 6/2005<sup>130</sup>. Ne discende che revocata l'aggiudicazione e quindi eliminati gli effetti del contratto, il cittadino possa ottenere il risarcimento dell'interesse negativo, nelle consuete componenti del danno emergente e del lucro cessante, restando escluso, viceversa, venuto meno il contratto, che possa essere risarcito pure l'utile spettante dall'aggiudicazione dell'appalto.

Parlare di responsabilità precontrattuale, in contrapposizione ad una responsabilità che, oltretutto si dice essere extracontrattuale, quando, avendo di mira l'interesse positivo che discende dall'esecuzione del contratto, dovrebbe propriamente essere contrattuale non pare convincente e il valore dirimente assegnato al contratto risulta fuori luogo, dal momento che questo è una mera appendice del provvedimento, come dimostra la possibilità di revoca anche dopo la sua conclusione. Tale rapporto infatti tende tutt'al più alla emanazione di un provvedimento legittimo rispetto al quale una fase di trattative non può seriamente concepirsi, sicché il richiamo alla responsabilità precontrattuale ha solo il significato di evocare il dovere di comportarsi secondo buona fede che caratterizza tale rapporto e si concretizza nell'obbligo di non arrecare danno alla controparte<sup>131</sup>. È propriamente l'affidamento ciò che rende giuridicamente rilevante il rapporto tra l'amministrazione e il privato, onde limitarlo alla fase precontrattuale<sup>132</sup>, per poi lasciare insorgere,

<sup>130</sup> Cons. St. 5-9-2005, n. 6.

<sup>131</sup> In questo senso già C. Castronovo, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 657 s. secondo cui, in riferimento al rapporto tra cittadino e p.a. «poiché è chiaro che esso non tende alla conclusione di un contratto se non nelle ipotesi effettivamente in tal senso orientate, ma tutt'al più alla emanazione di un atto (provvedimento) legittimo, rispetto alla quale una fase di trattative sembra contrastare in radice con l'autorità dell'atto amministrativo, il richiamo prima ricordato alla *culpa in contrahendo* poteva avere soltanto il significato di evocare il dovere di comportarsi secondo buona fede che permea tale rapporto e si concretizza nell'obbligo di non arrecare danno alla controparte».

<sup>132</sup> V. da ultimo, sulla responsabilità precontrattuale della P.A., Cons. St. 16-01-2014, n. 142; Cons. St. 15-7-2013, n. 3831; Cons. St. 1-2-2013, n. 633.

eventualmente una responsabilità extracontrattuale, appare francamente inaccettabile. In tale contesto l'interesse negativo, privato della sua naturale contrapposizione all'interesse positivo, sta a significare unicamente l'istanza di protezione che il privato fa valere nei confronti dell'amministrazione al punto che sembra più corretto ridefinirlo come interesse di protezione.

Non appare neppure giustificato il diverso trattamento riservato all'ipotesi di illegittima aggiudicazione da quella di revoca o annullamento di un'aggiudicazione illegittima, sul presupposto che, in mancanza di un contratto, l'interesse del soggetto danneggiato non può che rivolgersi, analogamente alle ipotesi propriamente di responsabilità precontrattuali, alle ulteriori occasioni favorevoli sfumate; se tale limitazione è plausibile ove la revoca sia stata legittima, ma esercitata in modo contrario a buona fede, dal momento che non può costituire danno ciò che l'ordinamento deterge dall'antigiuridicità, la perdita del bene finale, non altrettanto può dirsi una volta che la revoca o l'annullamento siano giudicati illegittimi, onde non sussiste preclusione a che il lucro cessante si rivolga anche alla perdita della possibilità di conseguirlo.

Laddove poi il danno sia frutto, ad esempio, dell'illegittima pretermissione in sede di aggiudicazione, poiché in presenza di elementi privi di discrezionalità, l'aggiudicazione sarebbe apparsa dovuta, questa, solo apparentemente colloca il rapporto oltre la fase precontrattuale, quasi che in presenza di un'offerta non più sindacabile si possa parlare di un contratto concluso e dunque di una prestazione da attuare. In realtà il margine di discrezionalità che si esaurisce incide non sulla fisionomia della posizione giuridica del privato che, ove prefiguri la doverosità del conseguimento del bene, magicamente assume la fisionomia del diritto soggettivo, ma, sul margine di probabilità che l'evento auspicato si sarebbe prodotto, e che, pure ove sfiori la certezza, però sempre risulta non dovuto e dunque non pretendibile come se fosse oggetto di una prestazione.

Di conseguenza il risarcimento tenderà ora all'integrale risarcimento dell'utile perduto, senza che la certezza evochi la pretesa al di fuori dei casi una prestazione effettivamente vi sia, ovvero assumerà una più spiccata fisionomia equitativa<sup>133</sup>, coerentemente con la natura probabilistica del lucro cessante.

---

<sup>133</sup> Così S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa*, cit., 415: «Le caratteristiche strutturali della perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale fin qui delineate rendono, inoltre, il relativo pregiudizio per definizione insuscettibile di un apprezzamento obiet-

Se danno vi è però esso dovrebbe lasciare inalterata la natura della misura risarcitoria, il contrario di quello che, avviene nel caso in cui risulti certa la spettanza del bene, ove il risarcimento in forma specifica diventa impropriamente azione di adempimento, mentre ove tale certezza manchi, e si è al cospetto di una mera possibilità, e dunque di una *chance* irrisarcibile, il risarcimento in forma specifica assume un'indebita torsione in senso restitutorio. Conclusione che è il frutto della tendenza a concepire l'interesse legittimo come situazione strumentale all'interesse pretensivo che è tale in quanto spettanza di un bene, e alla quale soltanto è riconnessa una tutela risarcitoria, laddove, per contro, alla posizione strumentale sarebbe concessa unicamente una tutela di tipo ripristinatorio.

In entrambi i casi però quello che viene prospettato come risarcimento in forma specifica rileva sul piano pubblicistico come effetto ulteriore dell'azione di annullamento, mentre sul piano della posizione sostanziale, l'affidamento del privato si configura, più precisamente, per quanto già detto, come un'azione di adempimento, dal momento che si colloca logicamente prima del danno. Così anche quando all'annullamento dell'atto segue il conferimento del bene, la cui mancanza configura per certo un danno, ciò non integra né azione di adempimento di una vera e propria prestazione, che postula come si è detto che il bene sia dovuto, né tantomeno un risarcimento in forma specifica, la cui operatività in ambito *lato sensu* precontrattuale pur non sarebbe ontologicamente preclusa, perlomeno nei casi in cui le trattative sono l'occasione per la commissione di un fatto illecito autonomo e, al di fuori della responsabilità precontrattuale, laddove si è detto essere irrilevante la distinzione tra interesse negativo e interesse positivo, potrebbe astrattamente anche consistere, in luogo della corresponsione di una somma pari all'utile conseguibile, nell'aggiudicazione del bene finale. Tale prospettiva però non solo non lascia margine per concepire uno spazio intermedio tra l'inadempimento e il danno ma conduce pure ad esaurire la portata precetti-

---

tivo e suggeriscono, pertanto, di attribuire alla tutela risarcitoria un carattere non già di riparazione ma di mera compensazione». Analoghe considerazioni in *La responsabilità contrattuale in senso debole* cit., 654 s., ove una delle manifestazioni minime della responsabilità contrattuale in senso debole viene rintracciata nel risarcimento del danno, in particolare, laddove la sua quantificazione impone, vuoi per ragioni di ordine strutturale, com'è per il danno non patrimoniale, o per ragioni di insufficienza della prova, com'è per il risarcimento della *chance*, il ricorso ad un giudizio equitativo.

va dell'obbligo di buona fede nel generico dovere di *neminem laedere* di cui sarebbe impossibile definire a priori il contenuto specifico in modo da poterne prospettare una fase attuativa. Valorizzando, invece, pienamente la funzione orientativa della condotta propria degli obblighi di protezione emerge come il provvedimento di aggiudicazione del bene finale sia propriamente un'azione di adempimento, non di una prestazione dovuta e rimasta inadempita, bensì di una condotta doverosa strumentale alla conservazione della possibilità di conseguimento di quel bene che però continua a risultare non dovuto. Detto altrimenti l'aggiudicazione si pone come l'ultimo anello della catena causale che conduce all'utilità finale, la quale resta non dovuta, e assume, perciò, sempre la fisionomia del lucro cessante dell'interesse negativo, e il cui conseguimento, a seconda della fase in cui il provvedimento si inserisce, acquista via, via maggiore certezza, trattandosi, tuttavia, pur sempre, di una certezza meramente ipotetica, propria di un risultato che continua a non essere dovuto e che dunque è soltanto probabile. In mancanza della violazione della condotta obbligatoria la possibilità di conseguire il risultato sperato è infatti talmente probabile da sfiorare la certezza, ma ciò non incide sulla fisionomia della situazione lesa, trasformando la possibilità in pretesa, ma, semmai, incide soltanto sul diverso piano della quantificazione del danno.