

GIURISPRUDENZA ITALIANA

► edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Agosto-Settembre 2015

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Benedetto Conforti - Giovanni Conso
Claudio Consolo - Gastone Cottino
Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Pietro Rescigno
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Soppravvenuta identità di sesso e sopravvivenza
del matrimonio

Diritto del minore ad essere ascoltato nel processo

Impresa artigiana e riforma del diritto concorsuale

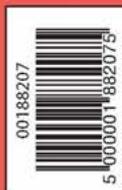
Responsabilità precontrattuale della P. A.

Sequestro preventivo di una testata
giornalistica *on line*

Percorsi di giurisprudenza

La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.

Pagine Italiane s.p.a. - operazione in abb. post. - D.L. 353/2003 conv. in L. 27/2/2004, n. 463 art. 1, comma 1, DCB MI - ISSN 0017-0623



GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Benedetto Conforti - Giovanni Conso - Claudio Consolo - Gastone Cottino - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher - Francesco Tesaurò

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Pasquale Costanzo - Vincenzo Cuffaro - Maria Cecilia Fregni - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Sandro Mainardi - Michel Martone - Roberto Pessi - Mariano Protto - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Achille Saletti - Marcella Sarale - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Marco Aiello - Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Angela Bruno - Mia Callegari - Roberto Calvo - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano A. Cerrato - Daniela Chinnici - Alessandro Ciatti - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Margherita Dominici - Giorgio Frus - Filippo Giunchedi - Silvia Ingegnatti - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Enrico Marellò - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Luciano Oliviero - Paolo Patrìto - Annalisa Pessi - Barbara Petrazzini - Rossella Rivaro - Alberto Ronco - Marco Russo - Anna Saraceno - Marina Spiotta - Vittorio Squarotti - Eugenia Tonello - Alessandro Turchi

Recentissime

Paolo e Vincenzo Carbone - Claudio Contessa - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - Guido Bonfante - David Brunelli - Piera Campanella - Francesco Caprioli - Angelo Carmona - Federico Carpi - Giuseppe Cataldi - Gino Cavalli - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Silvia Cipollina - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Giovanni D'Amico - Giovannangelo De Francesco - Francesco Delfini - Enrico Del Prato - Maria Valeria Del Tufo - Pasquale De Sena - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Carlo Focarelli - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Enrico Gabrielli - Novella Galantini - Alberto Gargani - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Enrico Gragnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Valerio Maio - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Enrico Marzaduri - Agostino Meale - Elena Merlin - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Paolo Morozzo della Rocca - Stefano Pagliantini - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Marco Pellissero - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Giuseppe Santoro Passarelli - Laura Salvaneschi - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Giovanna Visintini - Giuseppe Zanmarone

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Domenica Distefano presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1, Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI).

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

DIRETTORE RESPONSABILE

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Antonella Loporchio

Registrata al n. 321 della Cancelleria del Tribunale di Torino in data 7 settembre 1948

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori - Assago (MI)

REDAZIONE

Ines Attorresi, Francesco Cantisani, Domenica Distefano
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

GRAFICA VENETA S.p.A.

Via Malcantone, 2 - 35010 Trebaseleghe (PD)

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a: domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti

V.le M. Illo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA

Telefono: 199.100.120

(costo massimo € 0,1425 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)

Fax: 199.100.150

e-mail: servizioclienti@wolterskluwer.giuridica.com

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile indicare il codice cliente.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Abbonamento per il 2015

Italia: € 287,00

Triennale Italia: € 731,00

Estero: € 574,00

Fascicolo singolo: € 36,00

Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista nelle versioni online su edicolaprofessionale.com/giurist, tablet (iOS e Android) e smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale.

Le richieste possono essere inoltrate:

- alle Agenzie operanti sul territorio nazionale
- a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Ufficio Abbonamenti

La richiesta di abbonamento deve essere corredata dell'indirizzo di spedizione e della prova dell'avvenuto pagamento.

Le richieste prive di pagamento non saranno prese in considerazione.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento può essere effettuato attraverso:

- versamento mediante bollettino postale: c/c postale n. 467100 intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - UTET Giuridica Abbonam. Periodici - V.le M. Illo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA
- bonifico bancario: INTESASANPAOLO - Ag. 14 ROMA - IBAN IT 32

K030 6905 0706 15222314167.

Importante: indicare la causale del versamento.

La ricevuta o il bollettino di c/c postale comprovante l'avvenuto pagamento costituisce documento liberatorio per il cliente ed ha valore a tutti gli effetti di legge e/o fiscali.

ARRETRATI

I titolari di abbonamento hanno diritto a ricevere eventuali fascicoli non recapitati per disguidi postali se richiesti direttamente all'Ufficio Abbonamenti entro i quattro mesi successivi alla data di pubblicazione, salva la disponibilità dei medesimi.

RINNOVO DELL'ABBONAMENTO

L'abbonamento si intende rinnovato se non viene disdetto a mezzo raccomandata A.R. da inviare entro 60 giorni dal mese di scadenza a Wolters Klu-

wer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti - Viale Marsciallo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA.

Il rinnovo comporterà il pagamento del prezzo di abbonamento alle condizioni di vendita in vigore all'atto del rinnovo stesso.

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n.196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.

Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n.196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art.7 del D.Lgs. n.196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	<p>Rimpatrio di minore richiesto dal padre ed effettività del diritto di custodia Cassazione civile, Sez. I, 29 luglio 2015, n. 16043 1777</p> <p>Incendio del bene locato: fatto non imputabile anche se i responsabili non sono identificati Cassazione civile, Sez. III, 27 luglio 2015, n. 15721 1778</p> <p>Danno tanatologico o da morte immediata: superamento del contrasto giurisprudenziale Cassazione civile, Sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350 1780</p> <p>Interesse di tutti i condomini per la tutela della cosa comune Cassazione civile, Sez. II, 21 luglio 2015, n. 15327 1781</p> <p>Il controllo della fattura da parte dell’Agenzia è limitato alla regolarità formale del documento Cassazione civile, Sez. V, 21 luglio 2015, n. 15302 1782</p> <p>Esproprio non seguito da atto traslativo: giurisdizione Cassazione civile, Sez. un., 21 luglio 2015, n. 15208 1784</p> <p>Per rettificazioni anagrafiche da maschio a femmina non occorre l’intervento chirurgico Cassazione civile, Sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138 1785</p> <p>Equa durata del processo e danno non patrimoniale effettivamente subito Cassazione civile, Sez. VI, 2, 17 luglio 2015, n. 15117 1787</p> <p>Prova nel processo del lavoro: documenti irrualmente prodotti Cassazione civile, Sez. lav., 10 luglio 2015, n. 15043 1788</p> <p>Prove allegate al decreto ingiuntivo, non prodotte nell’opposizione, ma nell’appello Cassazione civile, Sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475 1790</p> <p>L’ICI è dovuta dalla scuola cattolica i cui utenti versano un corrispettivo Cassazione civile, Sez. V, 8 luglio 2015, n. 14226 1791</p> <p>Espulsione dopo la richiesta di regolarizzazione del datore di lavoro e giurisdizione Cassazione civile, Sez. un., 2 luglio 2015, n. 13570 1793</p>
Cassazione penale	<p>Illegittimità sopravvenuta della norma sanzionatoria e giudizio di cassazione Cassazione penale, Sez. un., 28 luglio 2015 (ud. 26 febbraio 2015), n. 33040 1794</p> <p>Estinzione per prescrizione e confisca del prezzo e del profitto del reato Cassazione penale, Sez. un., 21 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015), n. 31617 1796</p> <p>Ancora sugli effetti dell’incostituzionalità della disciplina degli stupefacenti Cassazione penale, Sez. un., 9 luglio 2015 (ud. 26 febbraio 2015), n. 29316 1799</p>
Consiglio di Stato	<p>Obblighi di bonifica e posizione del proprietario incolpevole dell’inquinamento Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 luglio 2015, n. 3544 1800</p> <p>Ricorsi straordinari ante “Codice del processo” e ottemperanza Consiglio di Stato, Ad. plen., 14 luglio 2015, n. 7 (ordinanza) 1801</p> <p>Termine decadenziale per l’actio risarcitoria da lesione di interessi legittimi Consiglio di Stato, Ad. plen., 6 luglio 2015, n. 6 1802</p> <p>Affidamento diretto dei servizi di trasporto con ambulanza Consiglio di Stato, Sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208 1803</p>
Corti Europee	<p>Compatibilità del programma OMT con i Trattati Corte di Giustizia dell’Unione europea (Grande Sezione), 16 giugno 2015, causa C-62/14 1805</p> <p>L’incompatibilità con il diritto UE dell’obbligo di sede legale in Italia per le SOA Corte di Giustizia dell’Unione europea (Grande Sezione), 16 giugno 2015, causa C-593/13 1806</p> <p>Ancora sulle quote latte... Tribunale (Terza Sezione), 24 giugno 2015, causa T-527/13 1807</p> <p>Unioni civili tra persone dello stesso sesso e diritto al rispetto della vita privata e familiare Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. IV, 21 luglio 2015, ricorsi n. 18766/11 e 36030/11 1808</p>

Diritto Civile

Risarcimento del danno	<p>Cassazione civile, Sez. III, 30 giugno 2015, n. 13328 1810</p> <p>Il contenuto della domanda di risarcimento del danno da fatto illecito di Paola Valore</p>
Divorzio imposto	<p>Cassazione civile, Sez. I, 21 aprile 2015, n. 8097 1812</p> <p>Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio (sub condicione) di Benedetta Agostinelli</p>

Diritti di prelazione e riscatto agrari	Cassazione civile, Sez. III, 7 aprile 2015, n. 6904	1820
	Il diritto di prelazione e di riscatto agrari del confinante nudo proprietario di Alessia Galdo	
Compossesto ed usucapione	Cassazione civile, Sez. II, 18 marzo 2015, n. 5412	1825
	Compossesto ed usucapione: il limite imposto dagli atti di tolleranza di Marianna Aureli	
Condominio - Riscaldamento	Cassazione civile, Sez. II, 13 novembre 2014, n. 24209	1829
	Condominio e servizio di riscaldamento (e di refrigerazione): dal distacco dall'impianto comune alla contabilizzazione individuale dei consumi di Nino Scripelliti	
Cancellazione della trascrizione di domande giudiziali	Corte d'Appello Roma, 11 novembre 2014	1836
	La cancellazione della trascrizione abusiva di domande giudiziali , di Tereza Pertot	
Procreazione medicalmente assistita	Tribunale Roma, 22 aprile 2015 (ordinanza)	1847
	Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità , di Angela Mendola	

Diritto Processuale Civile

Spese giudiziali	Cassazione civile, Sez. lav. VI, 21 gennaio 2015, n. 930	1853
	Accoglimento parziale dell'appello con riduzione nel quantum della domanda, soccombenza reciproca e regime delle spese giudiziali , di Alberto Renzi	
Ascolto del minore	Cassazione civile, Sez. I, 21 novembre 2014, n. 24863	1865
	Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo ex art. 250, 4° comma, c.c. di Carlo Vittorio Giabardo	
Quietanza – Prova contraria	Cassazione civile, Sez. un., 22 settembre 2014, n. 19888	1870
	Quietanze di pagamento e prova contraria , di Antonio Mondini	
Negoziante assistita	Tribunale Termini Imerese, 24 marzo 2015	1879
	Prime riflessioni sui poteri presidenziali ex art. 6, 2° comma, D.L. 132/2014 convertito nella L. n. 162/2014 , di Francesca Tizi	
Mediazione delegata	Tribunale Vasto, 9 marzo 2015	1885
	Sull'onere di comparizione personale delle parti nel procedimento di mediazione "delegata" , di Camilla Mottironi	
Intervento volontario	Tribunale Verona, 9 febbraio 2015 (ordinanza)	1888
	Cassazione civile, Sez. II, 20 febbraio 2015, n. 3461	1888
	Cassazione civile, Sez. un., 23 gennaio 2015, n. 1238	1888
	Le incertezze sulle preclusioni a carico dell'interveniente e l'obiter delle Sezioni unite , di Davide Castagno	
<i>Translatio iudicii</i>	T.A.R. Toscana, Sez. II, 3 marzo 2015, n. 367	1894
	Translatio iudicii per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare di Giacinto Parisi	

Diritto Commerciale

Invenzioni biotecnologiche	Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 18 dicembre 2014, causa C-364/13	1897
	La brevettabilità del materiale biologico ottenuto da partenoti di Roberto Romandini	
Dovere di vigilanza e società di revisione	Cassazione civile, Sez. I, 7 maggio 2015, n. 9193	1906
	Dovere di vigilanza e società di revisione , di Federico Riganti	
Impresa artigiana – Privilegio	Cassazione civile, Sez. un., 20 marzo 2015, n. 5685	1910
	Brevi note sull'impresa artigiana alla luce della riforma del diritto concorsuale di Maurizio Cavanna	
Società pubbliche	Cassazione, Sez. un. civili, 23 gennaio 2015, n. 1237	1914
	Sussiste la giurisdizione ordinaria sulla revoca di amministratori di società pubbliche , di Francesco Salinas	
Perdita del diritto di voto del socio moroso di s.r.l.	Cassazione civile, Sez. I, 15 gennaio 2015, n. 585	1922
	L'esclusione del socio moroso di s.r.l. , di Giada Emanuela De Leo	
Azione revocatoria e società	Cassazione civile, 30 dicembre 2014, n. 27546	1924
	Revocatoria ordinaria e partecipatio fraudis della società acquirente di Eva Desana	
<i>Warrant</i>	Corte d'Appello Milano, 24 febbraio 2015	1927
	Portatori di warrant e risarcimento del danno nella vicenda Telecom-Tecnost di Paolo Rainelli	

Clausola <i>simul stabunt simul cadent</i>	Tribunale Milano, 13 marzo 2015	1931
	“Simul stabunt simul cadent” e revoca (mascherata) di un amministratore di Alessandro Monteverde	
Diritto del Lavoro		
Licenziamento	Cassazione civile, Sez. lav., 17 aprile 2015, n. 7899	1934
	Il recesso dal contratto di lavoro dirigenziale a termine, di Paolo Tosi Il rapporto di lavoro dirigenziale a termine: recesso ante tempus ed età pensionabile, di Ilaria Bresciani	
Previdenza complementare	Cassazione civile, Sez. un., 9 marzo 2015, n. 4684	1943
	Contributi datoriali ai fondi complementari e TFR: una retribuzione che non c'è di Elisa Puccetti	
Retribuzione virtuale nel <i>part-time</i> in edilizia	Tribunale Reggio Calabria, Sez. lav., 24 marzo 2015, nel proc. n. 418/2014	1950
	Part-time in edilizia e contribuzione dovuta, di Irene di Spilimbergo	
Arbitrato		
Convenzione d'arbitrato	Cassazione civile, Sez. II, 20 febbraio 2015, n. 3464	1957
	L'efficacia della rinuncia implicita ad avvalersi di una clausola compromissoria di Elena Canale	
Arbitrato societario	Tribunale Napoli, Sez. civ. VII, 10 novembre 2014	1960
	Potere degli arbitri e dell'Ago di sospendere le decisioni sociali di Federica Porcelli	
Diritto Amministrativo		
Responsabilità precontrattuale	Cassazione civile, Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636	1963
	Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni di Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio	
Società <i>in house providing</i>	Consiglio di Stato, Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298	1976
	Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660	1977
	Prime pronunce giurisprudenziali sull'<i>in house</i> nella Dir. 2014/24/UE: il caso CINECA, di Antonio Bartolini	
Accesso ai documenti amministrativi	T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 aprile 2015, n. 918	1983
	Spunti di riflessione sulla natura del “diritto” di accesso e dell'<i>actio ad exhibendum</i>, di Alberto de Chiara	
Diritto Penale		
Dolo eventuale e colpa cosciente	Cassazione penale, VI Sez., 26 maggio 2015 (ud. 26 febbraio 2015), n. 22065 ...	1990
	La (residua?) validità dell'accettazione del rischio quale criterio identificativo del dolo eventuale, di Simona Raffaele	
Confisca penale “corporativa” e fallimento	Cassazione penale, Sez. un., 17 marzo 2015 (ud. 25 settembre 2014), n. 11170 .	1994
	Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare, di Davide Bianchi	
Diritto Processuale Penale		
Sequestro preventivo di una testata giornalistica <i>on line</i>	Cassazione penale, Sez. un., 17 luglio 2015 (ud. 29 gennaio 2015), n. 31022	2002
	Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica <i>on line</i>, di Sergio Lorusso	
Il <i>ne bis in idem</i> tra Corte EDU e Corte costituzionale	Cassazione penale, Sez. V, 15 gennaio 2015 (ud. 16 ottobre 2014), n. 1782 (ordinanza)	2006
	Il <i>ne bis in idem</i> tra Corte EDU e Corte costituzionale, di Maria Teresa Sturla	
Percorsi di giurisprudenza		
Denuncia al tribunale	La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., di Angelo Bertolotti	2017

Indice degli Autori

- Benedetta Agostinelli**, *Sopravvenuta identità di sesso e sopravvivenza del matrimonio* (sub condicione), 1814.
- Marianna Aureli**, *Compossesto ed usucapione: il limite imposto dagli atti di tolleranza*, 1826.
- Antonio Bartolini**, *Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso CINECA*, 1977.
- Angelo Bertolotti**, *La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, 2017.
- Davide Bianchi**, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex D.Lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, 1995.
- Ilaria Bresciani**, *Il rapporto di lavoro dirigenziale a termine: recesso ante tempus ed età pensionabile*, 1937.
- Elena Canale**, *L'efficacia della rinuncia implicita ad avvalersi di una clausola compromissoria*, 1958.
- Davide Castagno**, *Le incertezze sulle preclusioni a carico dell'interveniente e l'obiter delle Sezioni unite*, 1889.
- Maurizio Cavanna**, *Brevi note sull'impresa artigiana alla luce della riforma del diritto concorsuale*, 1912.
- Alberto de Chiara**, *Spunti di riflessione sulla natura del "diritto" di accesso e dell'actio ad exhibendum*, 1984.
- Giada Emanuela De Leo**, *L'esclusione del socio moroso di s.r.l.*, 1923.
- Eva Desana**, *Revocatoria ordinaria e participatio fraudis della società acquirente*, 1925.
- Irene di Spilimbergo**, *Part-time in edilizia e contribuzione dovuta*, 1952.
- Alessia Galdo**, *Il diritto di prelazione e di riscatto agrari del confinante nudo proprietario*, 1821.
- Carlo Vittorio Giabardo**, *Il minore e il suo diritto a essere ascoltato nel processo ex art. 250, 4° comma, c. c.*, 1866.
- Sergio Lorusso**, *Un'innovativa pronuncia in tema di sequestro preventivo di testata giornalistica on line*, 2003.
- Angela Mendola**, *Sostituzione di embrioni e disconoscimento di paternità*, 1849.
- Antonio Mondini**, *Quietanze di pagamento e prova contraria*, 1873.
- Alessandro Monteverde**, *"Simul stabunt simul cadent" e revoca (mascherata) di un amministratore*, 1932.
- Camilla Mottironi**, *Sull'onere di comparizione personale delle parti nel procedimento di mediazione "delegata"*, 1885.
- Giacinto Parisi**, *Translatio iudicii per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, 1894.
- Tereza Pertot**, *La cancellazione della trascrizione abusiva di domande giudiziali*, 1838.
- Federica Porcelli**, *Potere degli arbitri e dell'Ago di sospendere le decisioni sociali*, 1961.
- Elisa Puccetti**, *Contributi datoriali ai fondi complementari e TFR: una retribuzione che non c'è*, 1945.
- Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio**, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, 1965.
- Simona Raffaele**, *La (residua?) validità dell'accettazione del rischio quale criterio identificativo del dolo eventuale*, 1991.
- Paolo Rainelli**, *Portatori di warrant e risarcimento del danno nella vicenda Telecom-Tecnost*, 1930.
- Alberto Renzi**, *Accoglimento parziale dell'appello con riduzione nel quantum della domanda, soccombenza reciproca e regime delle spese giudiziali*, 1854.
- Federico Riganti**, *Dovere di vigilanza e società di revisione*, 1907.
- Roberto Romandini**, *La brevettabilità del materiale biologico ottenuto da partenoti*, 1897.
- Francesco Salinas**, *Sussiste la giurisdizione ordinaria sulla revoca di amministratori di società pubbliche*, 1918.
- Nino Scripelliti**, *Condominio e servizio di riscaldamento (e di refrigerazione): dal distacco dall'impianto comune alla contabilizzazione individuale dei consumi*, 1830.
- Maria Teresa Sturla**, *Il ne bis in idem tra Corte EDU e Corte costituzionale*, 2009.
- Francesca Tizi**, *Prime riflessioni sui poteri presidenziali ex art. 6, 2° comma, D.L. 132/2014 convertito nella L. n. 162/2014*, 1880.
- Paolo Tosi**, *Il recesso dal contratto di lavoro dirigenziale a termine*, 1936.
- Paola Valore**, *Il contenuto della domanda di risarcimento del danno da fatto illecito*, 1811.

to di evidenza pubblica, a tutela dell'affidamento delle imprese concorrenti nel rispetto delle prescrizioni della *lex specialis*. [...] Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione con caducazione del contratto (fenomeno assimilabile alla mancata registrazione da parte della Corte dei conti), la giurisprudenza amministrativa ha ammesso la tutela dell'imprenditore che, a norma dell'art. 1338 c.c., abbia fatto legittimo affidamento nell'aggiudicazione dell'appalto e nella successiva stipulazione del contratto e che abbia ignorato, senza sua colpa, una causa di invalidità, con conseguente responsabilità dell'Amministrazione appaltante per non essersi astenuta dalla stipulazione del negozio che doveva sapere essere invalido, rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittimità dell'aggiudicazione e, tuttavia, ingenerando nell'impresa l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto. [...] Può essere enunciato il seguente principio di diritto: accertare se un contraente abbia confidato colpevolmente o incolpevolmente nella validità ed efficacia del contratto (concluso o

da concludere) con la Pubblica Amministrazione [...] è un'attività propria del giudice di merito, il quale deve verificare in concreto se la norma (di relazione) violata sia conosciuta o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto (e sia quindi causa di invalidità "autoevidente"), tenuto conto della univocità dell'interpretazione della norma e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità; in presenza di norme (di azione) che l'Amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere ed applicare in modo professionale (come, ad esempio, quelle che disciplinano il procedimento di scelta dal contraente), essa ha l'obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare la invalidità, o inefficacia e, comunque, incidere negativamente sulla eseguibilità del contratto, pena la propria responsabilità per colpa in contraendo, salva la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche. – *Omissis*.

Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni

Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio*

La pronuncia riprende talune questioni ancora aperte sulla responsabilità precontrattuale delle amministrazioni pubbliche affermando l'instaurazione di trattative parallele con i partecipanti alla gara pubblica che non devono risultare contraddittorie, in violazione dei principi di correttezza e buona fede. Il comportamento complessivamente tenuto dalla parte pubblica può determinare responsabilità precontrattuale ove si ponga in violazione di obblighi informativi che fra parti professionalmente qualificate vanno osservati.

I fatti e l'individuazione del comportamento scorretto

La sentenza in commento riguarda una gara di appalto pubblico aggiudicato mediante licitazione privata avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di costruzione di strade, piazzali di deposito e opere ausiliarie nel porto laguna di Venezia e di costruzione di viadotti sul naviglio Brenta. La stazione appaltante (Ministero dei lavori pubblici) a seguito dell'aggiudicazione del contratto ad un'ATI, aveva proceduto alla consegna dei lavori "sotto le riserve di legge" per ragioni di urgenza (in data 6 maggio 1987) disponendo l'esecuzione di rilevamenti topografici nonché di sondaggi e prove volti a controllare la natura dei terreni. Il contratto veniva stipulato (in data 19 giugno 1987) e approvato con decreto ministeriale (il 22 luglio 1987). La Corte dei Conti negava la registrazione, per ragioni di carattere ambientale¹ e il Ministero dei Beni Culturali e Ambientali esprimeva parere sfavorevole al progetto², circostanza di cui l'amministrazione non informava l'aggiudicataria. La stazione appaltante sospendeva i lavori a distanza di 17 mesi dalla loro consegna (10 ottobre 1988) rilevando il carattere vincolante del parere sfavorevole espresso dal Ministero

dei Beni Culturali e Ambientali, con scelta che è parsa evidenziare un comportamento contraddittorio nella stipulazione e approvazione del contratto e nella successiva sospensione dei lavori che, anche in ragione del tempo trascorso, è sembrata qualificarsi come recesso scorretto dalle trattative, giunte, nel caso di specie, ad uno stadio particolarmente avanzato.

L'impresa risultata aggiudicataria agiva in giudizio rilevando la mancata ripresa dei lavori, richiedendo la risoluzione del contratto (per inadempimento) evidenziando una colpa nell'inerzia dell'amministrazione pubblica per la mancata erogazione dell'anticipazione e l'aggravamento dei costi sostenuti. Si richiedeva altresì la condanna dell'amministrazione pubblica al risarcimento dei danni che venivano individuati nel mancato utile (pari al 10% dell'importo contrattuale)³, negli interessi maturati sull'anticipazione di cui si lamentava la mancata disponibilità (per il periodo 6 maggio 1987 – 10 ottobre 1988), nonché nelle spese sostenute. In subordine, ove non instaurato un rapporto contrattuale, si chiedeva il riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale, precontrattuale ovvero dell'obbligo di restituzione di quanto dovuto a titolo di indebito arricchimento.

* Il presente commento è frutto di riflessioni comuni, tuttavia i paragrafi 1, 2 e 6 sono di S. Ponzio; i paragrafi 3, 4 e 5 sono di G. M. Racca.

¹ R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19.

² *Ibidem*.

³ La richiesta risarcitoria comprendeva 67.518,16 Euro a titolo di interessi sull'anticipazione, 575.098,21 Euro per l'ammortamento macchinari, 36.447,91 per i costi relativi alla fideiussione, 61.644,29 per attività esproprie, rilievi ed esami.

In primo grado⁴, veniva accolta la sola domanda del pagamento delle somme versate dall'ATI aggiudicataria per il mantenimento della polizza fideiussoria sul presupposto che "in pendenza dell'approvazione della competente autorità di controllo (...) il contratto stipulato dalla p.a. con il privato, pur essendosi perfezionato con l'incontro dei consensi e pur essendo vincolante per il privato" non sarebbe suscettibile di esecuzione, attesa la qualificazione degli atti di approvazione e controllo come condizioni di efficacia dello stesso, necessari a formare la volontà contrattuale dell'amministrazione. L'inefficacia del contratto escluderebbe la responsabilità dell'amministrazione pubblica, ravvisabile solo in presenza di contratti approvati dall'autorità competente secondo le norme di contabilità generale (contratti "esecutori")⁵. In primo grado non si ritiene raggiunta la prova delle spese sostenute. Si esclude inoltre la sussistenza di una responsabilità precontrattuale ravvisabile solo in presenza di un comportamento doloso o colposo della parte pubblica, tenuta al rispetto del principio di buona fede in pendenza dell'approvazione da parte della competente autorità di controllo, che non poteva riscontrarsi nel caso in esame in ragione della consegna dei lavori in via d'urgenza che era tale da escludere "ogni intento di vanificare l'intesa raggiunta", con un giudizio che non considerava il comportamento complessivo dell'amministrazione prima della stipula del contratto per verificarne l'effettiva eseguibilità.

In sede di appello⁶ veniva confermata la pronuncia di primo grado escludendo non solo la responsabilità da inadempimento, non risultando il contratto esecutivo e perciò vincolante per l'amministrazione, ma anche quella precontrattuale che veniva ricondotta al *genus* della responsabilità extracontrattuale con conseguente onere a carico del danneggiato di provare l'esistenza e l'ammontare del danno subito⁷.

La sentenza che si commenta, confermando la decisione di secondo grado rigetta la domanda di risoluzione del contratto inefficace, mentre cassa con rinvio tale decisione nella parte in cui esclude la responsabilità precontrattuale a prescindere da una valutazione complessiva del comportamento tenuto dall'amministrazione committente con riferimento ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1337 e 1338 c.c.), rilevando, al contrario che tale responsabilità non è

esclusa dalla legittimità degli atti della procedura di licitazione privata⁸. In particolare integra gli estremi del comportamento scorretto l'inadempimento degli obblighi informativi cui la parte pubblica è tenuta per evitare alla controparte contrattuale pregiudizi connessi agli sviluppi del procedimento di controllo sul contratto. Nel caso di specie la mancata tempestiva comunicazione del diniego di registrazione da parte della Corte dei Conti e la sospensione dei lavori, intervenuta dopo diciassette mesi dalla consegna in via d'urgenza, sono elementi capaci di qualificare come scorretto il comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione la cui responsabilità precontrattuale sembra possa riscontrarsi nella stessa consegna anticipata dei lavori, accettando il rischio di un successivo mancato avveramento della condizione di efficacia del contratto, consolidando l'affidamento del privato nell'eseguibilità del contratto.

La formazione progressiva della volontà contrattuale della pubblica amministrazione

La complessa vicenda esaminata consente di ritrovare nella più recente evoluzione giurisprudenziale l'accoglimento di posizioni da tempo affermate in dottrina⁹ sulla correttezza fra pubbliche amministrazioni e operatori economici nelle trattative che precedono la stipulazione di contratti pubblici. La pronuncia in epigrafe esclude il diritto dell'aggiudicataria ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento qualificando la registrazione o il visto dell'autorità di controllo non come elemento che incide sulla validità del contratto, ma come *condicio juris* dell'efficacia dello stesso. Tale principio è stato da tempo enunciato dalla giurisprudenza civile che ritiene inammissibili le domande di risoluzione per inadempimento ove manchi una "condizione legale di efficacia del contratto"¹⁰, che non sono invece precluse ove la registrazione o l'approvazione intervengano tardivamente integrando così la richiamata condizione di efficacia¹¹.

La capacità di affidare contratti pubblici è stata tradizionalmente ricondotta alla "capacità di diritto privato della pubblica amministrazione" che tuttavia trova il proprio limite nell'esigenza di perseguire i fini istituzionali per i quali la persona giuridica pubblica è stata istituita¹². Di qui l'assoggettamento della capacità di contrattare del soggetto pubblico non solo alle

⁴ Trib. Roma n. 21159 del 2003.

⁵ L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, art. 337.

⁶ App. Roma, I, 29 settembre 2008, n. 3787.

⁷ Cfr. in tal senso: Cass., Sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172.

⁸ Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro Amm. CdS.*, 2005, 9, 2515.

⁹ Sia consentito il rinvio a: Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*. Più di recente: Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig* (Milano, 19 aprile 2013), Napoli, 2014, 67 e segg.

¹⁰ Trib. Roma, Sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 437, in *Red. G.*, 2015, relativa a un contratto di sublocazione mai registrato all'Agenzia delle entrate. Trib. Verona, Sez. IV, 11 luglio 2012, in *Giur. di Merito*, 2013, 4, 816. Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, 1238. Sul tema della rilevanza *ex officio* della nullità, se si domanda la risoluzione: Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014. Cfr. Tarantino, *Obbligo di buona fede e correttezza anche per la PA nella fase delle trattative e della formazione del contratto*, in *Dir. e Giust.*, 2015, 34.

¹¹ Trib. Roma, Sez. VI, 23 maggio 2014, n. 11604, in *Red. G.*, 2014.

¹² Così: Miele, *Principi di Diritto Amministrativo*, Padova,

norme cui sono soggetti i privati, ma ad “altre speciali norme e formalità stabilite da leggi e regolamenti” o capitoli d’oneri che regolano la scelta del privato contraente, la formazione e manifestazione della volontà da parte degli organi deliberanti, la stipula del contratto, la sua approvazione e i procedimenti di controllo da parte di appositi organi. In tale contesto l’approvazione del Ministro¹³ si è tradizionalmente configurata come “*condicio juris*” sospensiva dell’efficacia del contratto già stipulato con conseguente inesigibilità dell’obbligazione assunta dall’amministrazione¹⁴, mentre il controllo da parte della Corte dei Conti costituisce una condizione di efficacia del decreto di approvazione, che, nonostante il carattere privato del negozio intervenuto fra le parti, è tale da impedire l’esecuzione del contratto¹⁵. Ne è derivato che in pendenza dell’approvazione¹⁶ così come nelle ipotesi di mancata approvazione o di registrazione della stessa si esclude (come nel caso di specie) la possibilità di configurare una responsabilità della amministrazione pubblica fatta valere dal privato mediante l’azione di risoluzione per inadempimento, che ne presuppone l’eseguitività¹⁷. Nei rapporti tra privati il contratto sottoposto a condizione è pienamente vincolante per entrambe le parti, sicché il comportamento di una parte volto ad impedire l’avveramento della condizione integra una colpa contrattuale, che può essere posta a fondamento dell’azione di risoluzione per inadempimento¹⁸. Diversamente un contratto pubblico in attesa di approvazione non determina l’insorgere di obblighi di esecuzione dello stesso, sicché solamente la presenza di un comportamento, doloso o colposo, volto ad impedire o frustrare l’attività di controllo¹⁹ e, in definitiva, l’avveramento di una condizione imposta dalla legge in violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, può giustificare un’azione di responsabilità precontrattuale²⁰. La definizione di un *iter* così complesso di perfezionamento della volontà contrattuale della pubblica amministrazione in un momento

successivo all’individuazione della controparte contrattuale, deriva dall’impostazione tradizionale contabile che ha favorito un’interpretazione della disciplina di selezione del contraente come posta nell’esclusivo interesse delle amministrazioni pubbliche e come limite all’autonomia, assimilandola alle regole dell’incapacità. In definitiva per tutelare la stessa amministrazione pubblica come “parte debole” nell’ambito del rapporto contrattuale con gli operatori economici e per assicurarne la “moralità”²¹. Anche nelle attuali previsioni del codice dei contratti pubblici si conferma la necessità di un procedimento complesso che determina la progressiva formazione del consenso contrattuale della parte pubblica con l’instaurazione di trattative con l’amministrazione pubblica che richiedono precisi adempimenti procedurali²² che riprendono in parte regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato e nella disciplina di derivazione europea come interpretata dalla giurisprudenza nazionale. Tale procedimento dovrebbe fondarsi su un’accurata programmazione dell’attività contrattuale, un’analisi di mercato, la definizione della determinazione a contrattare, giungere all’aggiudicazione (provvisoria e definitiva) sino alla stipulazione del contratto ed alla coerente e tempestiva esecuzione²³. L’aggiudicazione provvisoria²⁴ viene qualificata come mero atto endoprocedimentale²⁵ idoneo a produrre effetti costitutivi a favore del destinatario ma prodromico alla definizione del procedimento di gara. Tale atto è soggetto ad approvazione, esplicita o realizzata mediante il meccanismo del silenzio assenso, da parte dell’organo competente²⁶. A tali adempimenti segue l’aggiudicazione definitiva per la quale non è previsto un termine specifico²⁷ in quanto l’offerta (proposta irrevocabile) è vincolante per l’operatore economico per il tempo definito nei documenti di gara (e comunque per un periodo di 180 giorni) e che decorrono dal termine di presentazione. Il provvedimento di aggiudicazione definitiva, pur non soggetto ad approvazio-

1953, 45; Cianflone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, 167; Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, 1914, II, 886 e III, 1266 e Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 270 e segg.

¹³ R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, art. 19.

¹⁴ Cons. di Stato, Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3064.

¹⁵ Cass., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13582; Conformi: Cass., Sez. I, 11 settembre 2008, n. 23393, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1343; Cass., Sez. III, 21 novembre 2001, n. 14724; Cass., Sez. III, 24 aprile 2001, n. 6032, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 876; Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987.

¹⁶ Cass., 23 maggio 1981, n. 3383, in *Foro It.*, 1982, I, 2012. Cfr. Sorace, voce “Approvazione”, in *Digesto Pubbl.*, Torino, 1987, 333-335.

¹⁷ Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255 in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, III.

¹⁸ Art. 1359 c.c.

¹⁹ Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987. Cfr. Bianca, *Diritto Civile*, 2000, III, 179.

²⁰ Cass., Sez. I, 4 marzo 1987, n. 2255, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987; Cass., Sez. I, 17 novembre 1978, n. 5328; Cass., Sez. I, 21

novembre 2011, n. 24438, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 257. *Contra*: Cass., Sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135, ove si ritiene che il diniego dell’approvazione ministeriale del contratto stipulato con la P.A., “non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l’uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato”.

²¹ Rostagno, *Contabilità di Stato. Corso Teorico-Pratico sull’attuale sistema contabile del Regno d’Italia*, 1887, come ricordato in Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 180.

²² D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11.

²³ Sulla violazione del principio di concorrenza nell’esecuzione del contratto in caso di modifiche sostanziali: Cavallo Perin - Racca, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325-354.

²⁴ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 5° comma.

²⁵ Cons. di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482.

²⁶ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 12, 1° comma.

²⁷ T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 6 aprile 2011, n. 172.

ne, comporta un'ulteriore valutazione dell'interesse pubblico²⁸ e diventa efficace dopo la verifica dei requisiti prescritti²⁹, cui segue la stipulazione del contratto decorsi trentacinque giorni dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione definitiva³⁰ e comunque non oltre sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione medesima³¹. Tale termine dilatorio è stato introdotto al fine di consentire l'eventuale presentazione di ricorsi, avverso il provvedimento di aggiudicazione, prima della conclusione del contratto, per favorire la correzione delle violazioni e il conseguente risarcimento in forma specifica. Pare tuttavia di interesse rilevare che il recepimento nazionale del suddetto termine dilatorio (*standstill*) sia andato ben oltre l'indicata previsione europea di minimo dieci giorni previsti per la suddetta attività di verifica e correttiva³².

Il diritto alla correttezza precontrattuale nelle trattative dalla presentazione delle offerte

La decisione ritorna su talune questioni ancora aperte sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni. In adesione a quanto da tempo sostenuto in dottrina si afferma che in fase di selezione dei contraenti la pubblica amministrazione instaura trattative multiple o parallele con i partecipanti alla gara pubblica³³. La responsabilità precontrattuale può dunque configurarsi anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, superando l'orientamento restrittivo in base al quale trattative giuridicamente rilevanti possano essere instaurate dall'amministrazione unicamente con l'aggiudicatario, futuro contraente, poiché solo verso questo soggetto il comportamento "anche meramente colposo della pubblica amministrazione" potrebbe ingenerare un ragionevole

affidamento in ordine alla conclusione del contratto. Infatti, in precedenza si individuavano trattative giuridicamente rilevanti solo tra la stipulazione del contratto e l'adozione dell'atto di controllo o di approvazione. Più di recente la previsione dell'aggiudicazione provvisoria³⁴ aveva indotto ad anticipare tale configurazione individuando trattative giuridicamente rilevanti sin da tale aggiudicazione, pur con una prospettiva che ancora individuava il fondamento nell'assunto in base al quale le trattative possano sussistere solo tra due parti, ammettendo forme di responsabilità precontrattuale solo a seguito della scelta di un'unica controparte contrattuale³⁵. Tale impostazione si innestava sulla configurazione della mera sussistenza di interessi legittimi in capo ai privati nella fase anteriore all'aggiudicazione³⁶. In particolare si escludeva in capo ai partecipanti della gara pubblica (interessati) la qualità di possibili futuri contraenti di cui all'art. 1337 c.c., riconoscendo in capo agli stessi la titolarità di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione, che per ciò stesso non consentiva di configurare una relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento delle trattative, che nella disciplina codicistica assurge a presupposto dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, valido anche per le amministrazioni pubbliche³⁷. In tale prospettiva nella sequenza procedimentale solo l'aggiudicazione determina un significativo avanzamento delle trattative, che apre al sindacato sul recesso dell'amministrazione dalle stesse sotto il profilo della violazione del dovere del "*neminem laedere*" che si specifica nell'inadempimento dei doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, anche in relazione all'affidamento ingenerato nel privato nella conclusione del contratto³⁸, con pretesa irrile-

²⁸ Cons. di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482.

²⁹ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 11° comma, cfr. anche art. 48.

³⁰ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 10° comma. Cfr. anche il 10° bis comma in cui sono previste le ipotesi di deroga. Cfr. Dir. 2007/66/UE.

³¹ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 9° comma. Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 17 giugno 2015, n. 3042; Cons. di Stato, Sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671.

³² In Francia è previsto un termine dilatorio di 16 giorni, ridotto a 11 in caso di comunicazione dell'avviso di aggiudicazione mediante l'utilizzo di strumenti elettronici (*Code des marchés publics*, art. 80). Cfr. Lichère – Gabayet, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules in France*, in S. Treumer – F. Lichère (a cura di) *Enforcement of the EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, 307-308. Nel Regno Unito è previsto un termine dilatorio di 15 giorni, ridotto a 10 giorni in caso comunicazione dell'avviso di aggiudicazione mediante l'utilizzo di strumenti elettronici (*The Public Contracts Regulations 2015*, art. 87). Con riferimento alle deroghe previste dalla disciplina europea per l'applicazione del termine dilatorio cfr. Racca, *Derogations from standstill period, ineffectiveness and remedies in the new tendering procedures: efficiency gains vs. risks of increasing litigation*, in S. Treumer – F. Lichère (a cura di) *Enforcement of the EU public procurement rules*, Copenhagen, 2011, 95 e segg.

³³ Così già: Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 201.

³⁴ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11 e 12,

³⁵ Cons. di Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3383, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 5, 1059; Cons. di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 9, 1850; Cons. di Stato, Sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633 in *Foro Amm. CdS*, 2008, 11, 2990; Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit., 2515; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 novembre 2012, n. 4810 in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 febbraio 2012, n. 305, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 2, 583; T.A.R. Liguria, II, 7 aprile 2011, n. 569, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 4, 1209; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 5 febbraio 2015, n. 230, in *Red. G.*, 2015. Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 63, Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Dir. e Giust.*, 2005, 30, 17; Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 3, 751. In senso sostanzialmente conforme: Cass., 3 luglio 1997, n. 5995; Cass., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. It.*, 1998, 569, con nota di Verzaro, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

³⁶ Per tutti: F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 31 e segg.

³⁷ A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1 ss.; Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 9 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 3, 751. In senso sostanzialmente conforme: Cass., 3 luglio 1997, n. 5995; Cass., 26 maggio 1997, n. 4673, questa *Rivista*, 1998, 569, con nota di Verzaro, cit.

³⁸ Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477. in *Foro Amm. CdS*,

vanza delle scorrettezze in corso di selezione del contraente.

Prospettazione superata peraltro anche dalla giurisprudenza³⁹ nei casi di evidente contrapposizione tra un comportamento scorretto e degli atti amministrativi legittimi, che aveva permesso di affermare come la responsabilità precontrattuale consideri un comportamento complessivamente tenuto dalla pubblica amministrazione che supera il mero giudizio di legittimità dell'atto amministrativo⁴⁰. La responsabilità precontrattuale non è infatti volta a tutelare l'affidamento nella conclusione del contratto ma nella correttezza e non contraddittorietà delle trattative⁴¹. Invero analogamente a quanto accade nei rapporti tra privati, in capo ai quali normalmente non sussiste un impegno vincolante alla stipulazione, il grado di affidamento nella conclusione del contratto raggiunto durante la fase precontrattuale assume rilevanza solo ai fini della quantificazione del danno cagionato⁴². Nelle procedure di selezione del contraente pubblico le trattative che si instaurano tra i partecipanti e l'amministrazione aggiudicatrice raggiungono subito uno stadio particolarmente avanzato attesa l'irrevocabilità dell'offerta presentata che integra l'obbligazione di eseguire la prestazione come definita nel bando di gara e nei capitoli di appalto. Inoltre tali trattative sono tutte volte alla stipulazione del medesimo contratto, ove l'accettazione dell'offerta migliore determina normalmente il recesso corretto dalle altre trattative escludendo che il rapporto giuridico precontrattuale possa strutturalmente determinare la certezza in ordine alla

conclusione del contratto con più di un soggetto⁴³. L'instaurazione di trattative multiple o parallele determina perciò la costituzione di rapporti giuridici specifici e differenziati da cui discendono obblighi di correttezza e buona fede verso i partecipanti, pur non tali da determinare l'insorgere di obblighi di prestazione⁴⁴. La stessa evoluzione normativa richiamata che qualifica come parte individuata l'aggiudicataria provvisoria non pare escludere che proprio con le altre parti si discuta circa la corretta individuazione dell'aggiudicataria (e conseguentemente della correttezza del recesso dalle altre trattative parallelamente instaurate). Nella sentenza in esame si afferma con chiarezza che le trattative sono comprensive di tutti i rapporti giuridici che precedono l'individuazione del contraente della pubblica amministrazione⁴⁵, sicché si giunge ad ammettere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione⁴⁶ sul presupposto che "tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica si pongono quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale"⁴⁷. Si richiama il necessario rispetto nei confronti della pluralità degli offerenti dei "principi generali di comportamento" definiti dagli articoli 1337 e 1338 cod. civ. come principi "posti a tutela degli interessi delle parti". Si ricorda come la giurisprudenza spesso non abbia riconosciuto la sussistenza di diritti alla correttezza precontrattuale, preferendo assicurare la tutela "all'interesse legittimo (pretenso) allo svolgimento di una corretta gara di cui sono titolari i partecipanti non vincitori", a prescindere

2013, 1, 63; nello stesso senso: Cass., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6.

³⁹ Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Racca, *Vendita di cosa futura e recesso corretto della parte pubblica dalle trattative*, in *Urb. e Appalti*, 2005, 8, 1 e segg. Cfr. anche: Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725; T.A.R. Venezia, Sez. I, 14 aprile 2015, n. 413.

⁴⁰ A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 1 ss.; Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 174-176. Racca, *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in Garofoli - Racca - De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 60 e segg.

⁴¹ Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 99-102; Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 373; Benatti, voce "Responsabilità precontrattuale (diritto civile)", in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, 9; Musy, voce "Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)", in *Digesto Civ.*, XVII, 408-409; Bianca, *Diritto Civile*, cit., 178-180; Iacovelli, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, in *Giur. It.*, 2013, 1675.

⁴² T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 giugno 2009, n. 627, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nello stesso senso: T.A.R. Torino, Sez. I, 18 febbraio 2015, n. 325, in *Red. G. amministrativo*, 2015.

⁴³ Così già: Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pub-*

blica Amministrazione tra autonomia e correttezza, cit., 198.

⁴⁴ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 221; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 147 e segg. Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 1529 e segg.

⁴⁵ Cons. di Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1143; Cons. di Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 6, 1673 con nota di S. Osella, *La colpa delle amministrazioni e l'innovazione nel settore degli appalti pubblici*. Cons. di Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 3, 688; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in *Pubblica*, 2011. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 14 aprile 2015, n. 413, in *Redazione Foro Amm.*, 2015, 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. I, 18 febbraio 2015, n. 325, in *Red. G. amministrativo* 2015; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 giugno 2009, n. 627, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass., Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22370, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 343.

⁴⁶ Sia consentito rinviare a: Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 198 e segg.; Id., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. Rescigno - E. Gabrielli, (dir.), *Trattato dei Contratti*, Tomo I, *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 637. *Contra*: Cons. di Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489.

⁴⁷ Si veda il punto 2.1 della sentenza in commento.

dalla prova di un diritto all'aggiudicazione⁴⁸ e ricollegando la pretesa risarcitoria alla c.d. perdita di "chances", cioè al venir meno, per effetto della condotta illecita (scorretta) dell'amministrazione aggiudicatrice⁴⁹ dell'occasione di ottenere l'utilità patrimoniale conseguibile con la gara. Un più chiaro riconoscimento di trattative precontrattuali si pone in conformità con la disciplina europea che da tempo prevede il risarcimento delle violazioni commesse in occasione della selezione dei contraenti pubblici a prescindere dalla prova di un diritto all'aggiudicazione⁵⁰ e fin dalla presentazione delle offerte (configurate come proposte irrevocabili)⁵¹. La decisione in esame definisce la responsabilità precontrattuale, in ciò cassando la sentenza d'appello, come responsabilità fondata sul comportamento complessivo tenuto dalla parte pubblica in violazione dei principi di correttezza e buona fede, in un giudizio (di risarcimento) ove solo un comportamento corretto (nel senso di non-contraddittorio⁵²) può escluderne la responsabilità precontrattuale⁵³. Tale giudizio sul comportamento si distingue dal tradizionale giudizio di annullamento volto a sindacare la legittimità di un atto amministrativo, ove si riscontri violazione di legge, incompetenza

(relativa) o eccesso di potere⁵⁴. La distinzione tra tali giudizi e la loro reciproca autonomia sul piano giuridico determina un possibile esito differente⁵⁵ sicché la legittimità di un provvedimento non è da sola sufficiente a escludere la scorrettezza o l'illiceità e la pronuncia risarcitoria ove sia provato il danno, qualificandosi l'atto amministrativo come uno dei fatti oggetto di valutazione nel giudizio sul comportamento complessivo⁵⁶.

L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale

Gli obblighi di correttezza reciproca che si impongono alle amministrazioni e ai privati sembrano declinarsi per la pubblica amministrazione anche nella diligenza e professionalità nell'adempimento delle relative funzioni, anche per evitare danni ai privati che con essa instaurano relazioni giuridiche. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione aveva trovato scarsa applicazione nella giurisprudenza civile e i danni cagionati dalla parte pubblica nell'attività contrattuale avevano trovato qualificazioni giuridiche differenti e forme di tutela effettiva al di fuori

⁴⁸ Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22370, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 343; Cass., Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

⁵⁰ È questa la prospettiva delle c.d. Direttive Ricorsi: Dir. 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Si veda: S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Torino, 2008. Si veda sul punto: A. Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, I, 3222, nota a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500; A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, cit., 10-14.

⁵¹ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 11, 7° comma. Racca, *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 12 dicembre 2008, n. 11343, in *La Rivista Nel Diritto*, n. 2/2009, 281. Id., *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella fase che precede la stipulazione del contratto pubblico*, cit.

⁵² Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit. In questi termini *amplius* Racca, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, cit., 99 e segg.

⁵³ Cons. di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *giustizia-amministrativa.it*; Racca, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urb. e Appalti*, 2002, 199, commento a Cons. di Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2007, n. 919, in *Appalti e Contratti*, 2007, 88.

⁵⁴ A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. Mazzaroli - G. Pericu - A. Romano - F.A. Roversi Monaco - F.G. Scoca, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, I, 208 e segg.; Villata, *L'atto amministrativo*, *ibid.*, 823. Cavallo Perin, *Giurisdizione Ordinaria e Pubblica Amministrazione*: l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, *Abolizione del contenzioso amministrativo*, art. 2 sez. II, *Il riparto di giurisdizione tra giudice*

ordinario e giudice amministrativo, in A. Romano - R. Villata (dir.), *Commentario Breve alle Leggi sulla Giustizia Amministrativa*, III ed., Padova, 2009, 16-32; A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 635.

⁵⁵ Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005; Orsi Battaglini - Marzuoli, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 1999, 487; Travi, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. pubb.*, 2006, 91 e segg. Cfr. anche: Greco, *Dal dilemma Diritto Soggettivo-Interesse legittimo alla differenziazione Interesse strumentale-Interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 493 e segg. In giurisprudenza, da ultimo: Cons. di Stato, Sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116 in *Foro Amm. CdS*, 7-8 2012, 1834; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440 in *Foro Amm. CdS*, 2012, 3, 688; Cons. di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda anche: Cons. di Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro Amm. CdS*, 3, 2011, 826; Cass, Sez. un., 12 maggio 2008, n. 12656. Cfr.: Casalini, *L'interpretazione delle clausole di esclusione dalla gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, nt. a Cons. di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2005, 409; la stessa decisione è pubblicata in questa *Rivista*, 7/2005, 825 e segg., con commento di Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*. F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, cit., 31 e segg.

⁵⁶ Romano Tassone, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, relazione al Convegno del 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume R. Garofoli - G.M. Racca - M. De Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., poi in *Dir. Amm.*, 2004, 2, 209. In tema: Bartolini, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contratto*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 942 e segg.

della disciplina sulla responsabilità e del correlato giudizio di risarcimento, tradizionalmente affidato al giudice ordinario. Ci si riferisce, in particolare, alla tutela in forma specifica assicurata dal giudice amministrativo con l'annullamento degli atti di gara illegittimi. Tra le più significative novità degli ultimi quindici anni v'è senz'altro da menzionare l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo sulle procedure di scelta del contraente e conseguentemente sulle ipotesi di responsabilità correlate a tale fase⁵⁷. La giurisprudenza amministrativa sul risarcimento del danno si è affiancata a quella civile nei confronti della pubblica amministrazione e ha determinato l'evoluzione della definizione degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale e della relativa natura giuridica anche in relazione alla giurisprudenza europea. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si riconduce ai principi costituzionali di buon andamento, imparzialità e correttezza⁵⁸. I primi sono sanciti dall'art. 97 Cost., il richiamo al principio di correttezza consente di elevare quest'ultimo a principio istituzionale del comportamento delle amministrazioni pubbliche⁵⁹, che perciò sembra potersi estendere a tutti i rapporti che la pubblica amministrazione instaura con cittadini e organizzazioni complesse. Si tratta di un principio che trova disciplina nel codice civile, nella parte relativa al diritto delle obbligazioni, imponendo alle parti di un contratto di comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che si specifica nello svolgimento delle trattative e nella conclusione del contratto nel comportamento secondo buona fede (art. 1337 c.c.). Gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale sono stati ricondotti da molti alla tradizionale qualificazione di responsabilità extracontrattuale⁶⁰. Tuttavia le difficoltà che derivano dall'imporre al privato l'onere di provare la colpa (del funzionario, dell'orga-

nizzazione, dell'apparato) hanno condotto la giurisprudenza nazionale, anche nel rispetto dei principi enunciati dalla giurisprudenza europea, ad ammettere presunzioni o l'inversione di tale onere⁶¹. Ai fini dell'individuazione della responsabilità precontrattuale assume rilevanza il comportamento in violazione dei richiamati principi, salva la prova della non imputabilità della violazione in capo all'amministrazione secondo lo schema che pare proprio della responsabilità da inadempimento. La Corte di Giustizia ha ritenuto che le difficoltà connesse alla prova dell'elemento soggettivo possono determinare violazioni dei principi d'effettività e di rapidità dei rimedi⁶² riconoscendo, nelle ipotesi di violazione della disciplina sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, la possibilità del ricorrente di limitarsi ad addurre l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, spettando poi all'amministrazione dare prova contraria⁶³, dimostrando un comportamento secondo correttezza e buona fede, con l'adozione di ogni cautela per evitare il danno. Nella giurisprudenza (nazionale) l'inadempimento può consistere nell'inosservanza di principi, di norme, delle regole di gara, ovvero, in ogni comportamento che ingeneri un legittimo affidamento dell'aspirante contraente disatteso da una successiva decisione contraddittoria dell'amministrazione aggiudicatrice. In tale contesto la prova dell'insussistenza della colpa e dunque di un comportamento scusabile determinato da circostanze specifiche è tale da escludere l'inadempimento dell'obbligo di correttezza⁶⁴. Nel caso di specie, nel rimettere la questione al giudice di merito, la Cassazione afferma che una scorrettezza dell'amministrazione (*culpa in contrahendo*) consistente nell'inadempimento dell'obbligo di informazione del privato sulle cause di inefficacia del contratto (art. 1338 c.c.)⁶⁵, potrebbe essere esclusa in presenza di fatti e circostanze specifiche volte a dimostrare in

⁵⁷ D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133.

⁵⁸ Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. Amm.*, 2012, 551.

⁵⁹ Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", cit., 1533-1534; Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304-313; Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, in D. Fairgrieve - F. Lichère (a cura di), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford, 2011, 96-97.

⁶⁰ Cass., Sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1228.

Cass., Sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525; Cass., Sez. I, 18 giugno 2005, n. 13164, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 751; Cass., Sez. III, 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, 15 marzo 2006, n. 602.

⁶¹ Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Portoghese, p.ti 32 e 33. Nella giurisprudenza nazionale: Cons. di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 7-8, 1980; Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482 in *Guida Dir.*, 2012, 11, 75; Cons. di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265 in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1, 119; Cons. di Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n.

5837 in *Dir. e Giust.*, 2011; Cons. di Stato, Sez. V, 20 marzo 2007, n. 1346 in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 2, I, 780; Cons. di Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Giur. It.*, 2006, 2, 420; Cons. di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204 in *Giur. It.*, 2003, 794; Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Dir. e Formaz.*, 2001, 873.

⁶² Dir. 2007/66/CE, cit., considerando n. 4.

⁶³ Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C- 275/03, Commissione CE c. repubblica del Portogallo.

⁶⁴ In tal senso *ex multis*: Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114; Id. 9 novembre 2006, n. 6607. Si v. Masera, *Risarcimento e colpa nel contenzioso degli appalti pubblici*, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 3, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444; Cortese, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, 5, 1613; Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; Fracchia, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. pub.*, 2008, 445.

⁶⁵ Bigliuzzi-Geri, "Culpa in contrahendo", *pubblica amministrazione e terzi*, in *Foro It.*, 1962, 1166-1170; Bertonazzi, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 39.

concreto un irragionevole affidamento del privato nell'efficacia ed eseguibilità del contratto stesso⁶⁶. Con riferimento all'elemento della colpa la Corte di giustizia⁶⁷ ha rilevato di recente la maggiore complessità del rimedio risarcitorio rispetto a quello d'annullamento affermando che l'assoggettamento del diritto al risarcimento al carattere colposo della condotta può risultare in contrasto con il diritto dei cittadini europei ad un rimedio rapido ed efficace, quand'anche l'onere della prova sull'elemento soggettivo sia imposto all'amministrazione, da cui è derivata una possibile qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come responsabilità oggettiva. Tale prospettiva renderebbe la presunzione di colpa non sovvertibile a garanzia dell'effettività del rimedio risarcitorio. Occorre tuttavia contestualizzare rispetto agli ordinamenti di riferimento le pronunce europee richiamate, in relazione a specifici contesti normativi e giurisprudenziali particolarmente restrittivi nel riconoscere una tutela effettiva. Altre decisioni del giudice europeo evidenziano l'esigenza di un ristoro economico per i danni patiti in conseguenza della violazione delle norme sull'affidamento dei contratti pubblici, con rimedi che ne consentano l'effettiva disponibilità⁶⁸, a condizioni non deteriori rispetto ad analoghi rimedi per la violazione del diritto nazionale. L'assenza di previsioni nelle c.d. "direttive ricorsi"⁶⁹ volte a individuare gli elementi dell'azione risarcitoria o a definire le modalità con

cui la responsabilità possa derivare in capo all'amministrazione, ha condotto a prospettare un'applicazione in via analogica della giurisprudenza sulla responsabilità "del legislatore" alle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato le norme sugli appalti pubblici, riconoscendosi un diritto al risarcimento ove la norma violata sia preordinata a conferire diritti in capo ai privati⁷⁰; la violazione sia sufficientemente qualificata e sussista nesso causale tra violazione e danno. Di qui l'affermazione di un "obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli" senza subordinare quest'ultimo "ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario"⁷¹, che è esclusa in settori caratterizzati da obiettiva incertezza⁷². In ambito nazionale si evidenzia un orientamento del giudice amministrativo volto a "marginalizzare" il requisito della colpa per affermare un criterio di responsabilità oggettiva⁷³ cui si contrappongono decisioni che, in linea con la tradizionale impostazione, affermano l'imprescindibilità della dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico, pur con richiamo all'errore scusabile che sposta l'onere della prova sulle amministrazioni aggiudicatrici e consente di qualificare, come nel caso in esame, la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi che presidiano le procedure di selezione del contraente⁷⁴. In tale prospet-

⁶⁶ Su tali aspetti si veda infra § 5. Cfr.: Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 144-147.

⁶⁷ Corte giust. UE, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz c. Strabag AG; cfr. Kotsonis, *The Basis on which the Remedy of Damages must be made available under the remedies Directive: Stadt Graz v Strabag AG (C-314/09)*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, NA59-NA63; Feliziani, *Responsabilità dell'amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 10, 3015.

⁶⁸ Corte giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe, in particolare p.ti 86 e 87.

⁶⁹ Dir. 2007/66/CE, che modifica le dir. 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti; Consiglio Europeo, 21 dicembre 1989, dir. 89/665/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

⁷⁰ Corte giust. UE, 9 dicembre 2010, C-568/08, Combinatie Spijker Infrabouw - De Jonge Konstruktie c. Provincie Drenthe, cit.; D. McGowan, *Remedies Revolution Avoided: A Note on Combinatie Spijker Infrabouw v Provincie Drenthe (C-568/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2011, NA64-NA69; Treumer, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in Fairgrieve - Lichère (a cura di), *Public procurement law. Damages as an Effective Remedy*, Portland (USA), 2011, 160.

⁷¹ Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nei procedimenti riuniti C-46/93 e C-48/93, Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione CE c. Repubblica del Portogallo.

⁷² La decisione in commento esclude la responsabilità dell'amministrazione ove la violazione di legge intervenga in una materia dalla disciplina incerta. In conformità all'individuata giurispru-

denza europea, si esclude la sussistenza dell'obbligazione risarcitoria ove la violazione commessa non appaia sufficientemente qualificata, rimettendo all'ordinamento nazionale la scelta sulla possibilità di consentire all'amministrazione resistente di sovvertire la presunzione di colpa che grava sulla stessa. Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 482, in *Guida Dir.*, 2012, 11, 75. Corte giust. UE, 24 marzo 2009, C-445/06, Danske Slagterier; Corte giust. CE, 8 ottobre 1996, C-178/94 ed altre riunite, Dillenkofer c. Repubblica Federale di Germania; Corte giust. CE, 5 marzo 1996, C-46/93, Brasserie dupecheur c. Repubblica Federale di Germania e C-48/93, The Queen/Secretary of State for Transport c. Factortame, p.ti 31 e 51; Corte giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana. Osella, *L'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1673; i contrasti giurisprudenziali hanno condotto alcuni autori a ritenere necessario un intervento della Grande Sezione, intervento che effettivamente potrebbe apparire opportuno per consentire l'uniformità del rimedio nei diversi Stati membri. Cfr.: Treumer, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in Fairgrieve - Lichère (a cura di), *Public procurement law. Damages as an Effective Remedy*, cit., 160.

⁷³ Si v. da ult.: Ponzio, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*, in *Urb. e Appalti*, 2013, 1085; Cons. di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193 e Cons. di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527; Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 in *Dir. e Giust.*, 2012; Cons. di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 470; Cons. di Stato, Sez. V, 12 settembre 2012, n. 4844 in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 5, 1230.

⁷⁴ Cons. di Stato, Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 119, ove si richiama la possibilità di qualificare

tiva si è evidenziata la necessità di indagare se e in che limiti sia possibile definire gli elementi costitutivi dell'illecito della pubblica amministrazione, non in termini di responsabilità oggettiva, ma richiamando la disciplina del c.d. rischio di impresa, già noto agli interpreti quale criterio di imputazione alternativo alla colpa⁷⁵. Come avviene nel caso di specie, parrebbe opportuno, valorizzare la circostanza che qualifica le norme azione come rivolte a prevenire o limitare effetti dannosi non tollerati dall'ordinamento, ma la cui violazione deve tuttavia essere ricondotta alla disfunzione organizzativa che di regola si pone a monte della stessa. Carenze organizzative o inefficienze interne sono prive di rilevanza scusante per l'amministrazione pubblica che con il proprio comportamento non può indurre in errore la controparte, in considerazione di un obbligo di diligenza superiore a quello medio che richiede di agire in maniera professionale al fine di garantire la correttezza nei rapporti giuridici con i terzi⁷⁶.

La professionalità dell'amministrazione nella selezione del contraente: gli obblighi di informazione

Il richiamo nella sentenza in commento alle norme che disciplinano il procedimento di selezione del contraente (trattative precontrattuali) che l'amministrazione è istituzionalmente tenuta a conoscere e ad applicare in modo professionale sembra riportare gli obblighi di correttezza alla capacità delle amministrazioni di sostenere l'esercizio delle funzioni affidate che trova fondamento nel principio costituzionale di adeguatezza⁷⁷. L'efficienza e la professionalità della contrattazione pubblica richiedono organizzazioni adeguate per evitare scorrettezze che determinano obblighi risarcitori e che risultano riconducibili all'incapacità di adempiere correttamente alla funzione appalti⁷⁸. Le richiamate regole di correttezza reciproca nelle trattative determinano obblighi informativi tra le parti che per la pubblica amministrazione sembrano qualificarsi come obblighi di protezione nell'ambito di

relazioni fra organizzazioni complesse che richiedono professionalità adeguate per evitare il verificarsi di danni⁷⁹. L'esclusione nel caso di specie della responsabilità della pubblica amministrazione in base all'affermata legittimità degli atti della licitazione privata pare richiedere un più ampio giudizio sul comportamento complessivo dell'amministrazione durante le trattative. La scorrettezza del recesso sembra deducibile non solo dalla violazione di un obbligo informativo, ma più in generale dal comportamento contraddittorio dell'amministrazione che, dopo aver disposto l'avvio dei lavori in via d'urgenza, venuta a conoscenza della mancata registrazione dell'approvazione del contratto da parte della Corte dei Conti, è rimasta silente, peraltro disponendo solo dopo diciassette mesi dalla consegna, la sospensione dei lavori, con una condotta che pare aver contribuito al consolidamento dell'affidamento della controparte contrattuale nell'eseguibilità del contratto. La Cassazione sembra aderire all'orientamento in base al quale è configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A. nelle ipotesi in cui l'invalidità del contratto o la sua inefficacia derivino dalla violazione di norme generali, da presumersi note alla generalità dei consociati, ove la pubblica amministrazione dopo la stipula di un contratto abbia ommesso di comunicare le informazioni relative al procedimento di controllo⁸⁰. Simili comportamenti violano l'art. 1338 c.c., che è norma volta a tutelare il contraente di buona fede "ingannato o fuorviato dall'ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere", la cui applicabilità si estende, come da tempo affermato anche dalla dottrina⁸¹, a tutte le ipotesi di invalidità del contratto tra cui la nullità, la nullità parziale e di annullabilità, oltre che ai casi di inefficacia, poiché anche in tale ultimo caso si riscontra la comune esigenza di tutela delle aspettative delle parti al perseguimento di quelle utilità cui esse mirano mediante la stipulazione del contratto medesimo⁸². Nell'individuazione di tale responsabilità rilevano il

illegittimità dell'atto come presunzione semplice della colpa dell'amministrazione; Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 in *Dir. e Giust.*, 2012; Cons. di Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 2667; Cons. di Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1980; Cons. di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038, in *Red. Amm. C.d.S.*, 2012, 02. In tema: Comporti, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, in *Giur. It.*, 2013, 5.

⁷⁵ Cavallo Perin, Relazione tenutasi il 15 marzo 2014 presso la SPISA al Corso monografico *Responsabilità e Pubblica Amministrazione*, Bologna, in corso di pubbl.

⁷⁶ Così già in: Racca, voce "Correttezza (dir. amm.)", cit., 1532 e segg.

⁷⁷ Principio di cui all'art. 118 Cost. Cavallo Perin, Atti del convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Cons. di Stato, Roma, 14 maggio 2014, accessibili in <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/ATT00053.pdf>.

⁷⁸ Racca, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 1727-1746; Id., Atti del convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit.

⁷⁹ F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4061. Cfr. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit. 193 e segg.

⁸⁰ Cass., Sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 32. Conformi: Cass., Sez. III, 12 febbraio 1982, n. 855, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982. Cons. di Stato, Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 3173 e *Riv. Giur. Edilizia*, 2005, 3, I, 839; Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 7-8, 1027, *Giust. Civ.* 2011, 4, 976 e *Foro Pad.*, 2011, 1, I, 15.

⁸¹ Bianca, *Diritto Civile*, cit., 179.

⁸² Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Giust. Civ. Mass.* 2010, 7-8, 1027, *Giust. Civ.*, 2011, 4, 976 e *Foro Pad.*, 2011, 1, I, 15; si veda Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629.

comportamento contraddittorio dell'amministrazione che sia tale da ingenerare nell'impresa l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto e la mancata tutela della controparte eludendo l'adempimento del dovere di informazione, che determinano il dovere di astenersi dalla stipulazione del negozio invalido ovvero, nel caso di specie, di disporre tempestivamente la sospensione dei lavori. Simili principi si trovano affermati anche con riguardo ai casi di revoca e di annullamento d'ufficio degli atti di gara, ancorché con riferimento alla diversa ipotesi della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*⁸³. La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si qualifica, anche in tale caso, come responsabilità da inadempimento dell'obbligo di correttezza declinato nell'obbligo di informazione della controparte, sicché si esclude l'inadempimento imputabile alla pubblica amministrazione in presenza di una violazione di norme di carattere generale di una norma imperativa o proibitiva di legge, o di altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini⁸⁴, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato⁸⁵. La responsabilità *ex art. 1338 c.c.*, che costituisce una specificazione della responsabilità precontrattuale connessa alla violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità⁸⁶. La tutela precontrattuale del contraente di buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta nel sistema delineato dagli artt. 1337 e 1338 c.c. è esclusa ove tale parte contrattuale con l'ordinaria diligenza abbia conosciuto o potuto conoscere la reale situazione e, quindi, la causa di invalidità del contratto⁸⁷. Nel caso di specie anche a voler qualificare la causa di inefficacia del contratto

come *auto-evidente* e la relativa norma (di relazione) conosciuta o facilmente conoscibile da qualunque cittadino normalmente avveduto (ancor più trattandosi di operatore economico qualificato) così aderendo alla tesi di coloro che nel rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione qualificano quest'ultima come parte debole, non pare tuttavia potersi escludere la responsabilità precontrattuale della parte pubblica in ragione del richiamato comportamento contraddittorio.

La quantificazione del danno

Il giudice del rinvio chiamato a pronunciarsi sulla scorrettezza dell'amministrazione dovrà definire anche la correlata questione relativa alla quantificazione del danno subito dall'ATI aggiudicataria. A prescindere dalla qualificazione giuridica della responsabilità precontrattuale, l'accertamento dei relativi elementi costitutivi richiede anche la prova del danno. In giurisprudenza talora si è assistito ad improprie limitazioni del risarcimento del danno precontrattuale al solo danno emergente⁸⁸. Il diritto al risarcimento del danno precontrattuale previsto "nei limiti dell'interesse negativo", ricomprende, come noto, le due componenti di cui, al pari dell'interesse positivo, è formato: danno emergente e lucro cessante⁸⁹. È del pari evidente che nei rapporti fra privati non sia normalmente possibile provare di aver diritto alla stipula del contratto, mentre diversa prospettiva può affermarsi nei contratti pubblici. La limitazione ricordata pare forse riconducibile alla difficoltà di provare l'ammontare del danno non solo sotto il profilo del danno emergente, ma soprattutto per quanto concerne il lucro cessante, sicché spesso si è proceduto alla quantificazione della somma dovuta mediante l'utilizzo del criterio equitativo⁹⁰. Nella giurisprudenza del giudice amministrativo la prova della scorrettezza e del diritto alla stipulazione del contratto pubblico all'esito di una procedura selettiva si sono talora affermati in relazione alla sequenza vincolata di atti che, rimossa l'illegittimità, potevano determinare il diritto

⁸³ Cons. di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1440; Cons. di Stato, Sez. III, 18 gennaio 2013, n. 279, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁴ Cass., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4635, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1723.

⁸⁵ Cass. 13 maggio 2009, n. 11135, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 2112; Conformi: Cass., Sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, 5, 1065; Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2007, 5, 1398. Cass., Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4635, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3 e *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1723. Cass., 21 agosto 2004, n. 16508, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro It.*, 2001, I, 2185; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2109; Cass., 26 giugno 1998, n. 6337, in *Giur. It.*, 1999, 92; Cass., Sez. I, 20 agosto 1992, n. 9682, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2160; Cass., Sez. II, 14 marzo 1985, n. 1987, in *Giust. Civ. Mass.*, 1985; Cass., Sez. un., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro It.*, 1983, I, 1081; Cass., Sez. II, 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979.

⁸⁶ Cass., 21 agosto 2004, n. 16508, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8.

⁸⁷ Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2109.

⁸⁸ Cons. di Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; Cons. di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 24 novembre 2014, n. 834.

⁸⁹ Sul punto si rinvia a Racca, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. Garofoli – G. M. Racca – M. De Palma, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., in part. 204 e segg.

⁹⁰ M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Quaderni, in *Riv. It. Dir. Pub. Comunitario*, Milano, 2012, 31 e segg. Sul punto anche: Giovagnoli, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010; F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 13; Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001.

all'aggiudicazione ed alla conseguente stipulazione del contratto. Il richiamo ai parametri di quantificazione del danno erano stati ritrovati per analogia con l'ipotesi del risarcimento dovuto negli appalti di lavori pubblici da parte dell'amministrazione committente in caso di recesso dal contratto stipulato (*jus poenitendi*)⁹¹. In tal modo il limite massimo conseguibile a titolo risarcitorio veniva definito nel decimo del valore del contratto, "il decimo dell'importare delle opere non eseguite"⁹², e dunque dell'importo a base d'asta come ribassato dall'offerta dell'impresa ricorrente, introducendo un'ipotesi in cui l'interesse negativo avrebbe potuto quantitativamente giungere a coincidere con l'interesse positivo dell'impresa all'esecuzione del contratto. Il risarcimento è infatti limitato al c.d. interesse negativo⁹³ relativo al non essere coinvolti in trattative infruttuose o più in generale in rapporti giuridici che (in violazione degli obblighi di protezione e di correttezza) rechino danni⁹⁴. Non si risarcisce l'"affidamento nella conclusione del contratto"⁹⁵ – poiché ciò apparirebbe in contrasto con la facoltà, ove possibile, dell'amministrazione di recedere correttamente – ma il danno che è derivato dall'inutilità della trattativa. Come precisato, la quantificazione del danno come interesse negativo non deve necessariamente consistere in un ammontare inferiore al va-

lore relativo all'interesse positivo⁹⁶, sicché il richiamo alla risarcibilità "nei limiti dell'interesse negativo"⁹⁷ pare giustificabile unicamente dalle difficoltà di provare tale danno e giustificare il rinvio alla determinazione equitativa⁹⁸, che esclude una rigorosa ripartizione dell'onere della prova, consentendo al giudice di ricavare elementi ulteriori per definire il danno risarcibile⁹⁹ (sempre nelle sue due componenti di danno emergente e lucro cessante)¹⁰⁰. Si distingue peraltro tra il comportamento scorretto dell'amministrazione che abbia impedito all'operatore economico di conseguire l'aggiudicazione, da quello in cui sia stata dimostrata unicamente l'esistenza di un pregiudizio¹⁰¹. Nel primo caso il parametro comunemente utilizzato risulta essere quello del dieci per cento della base d'asta (come ribassata dall'offerente ed ulteriormente ridotta di un quinto¹⁰²), con una riduzione equitativa ove non sia dimostrato che l'impegno assunto nelle trattative con l'amministrazione abbia determinato l'impossibilità di impieghi differenti di mezzi e risorse da parte del privato¹⁰³ e con eventuale riconoscimento delle spese sostenute per la partecipazione alla procedura selettiva¹⁰⁴.

Nel caso in cui la violazione avvenga in una fase precedente, la giurisprudenza ha prospettato varie soluzioni, talora valutando la *chance* partendo dal dieci

⁹¹ In base all'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248 (all. F). Così già: Racca, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18 - 20 settembre 1997, Milano, 1998, e in *Dir. Amm.*, 1998, 155.

⁹² L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, art. 345, abrogate dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 256. Cfr. anche: Cass., Sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit.; Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, cit., 106-107.

⁹³ Cons. di Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790; Cons. di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

⁹⁴ Cfr.: Cons. di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3999; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794; T.A.R. Puglia, Sez. I, 10 giugno 2003, n. 2360; T.A.R. Liguria, Sez. II, 6 luglio 2001, n. 825.

⁹⁵ È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: l'art. 41, dir. 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, recepita dall'art. 79, D.Lgs. n. 163/2006 che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di comunicare "quanto prima possibile" ai candidati o offerenti che lo richiedano i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura.

⁹⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, 212, osserva che nella valutazione dell'interesse negativo la "suggerimento della formula non deve far ritenere che qui il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi". Benatti, voce "Responsabilità precontrattuale, (diritto civile)", in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, 9, osserva che l'interesse negativo può essere considerato come espressione meramente descrittiva che individua il danno conseguente a violazioni di obblighi precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all'entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; Di Majo, voce "Responsabilità contrattuale", in *Dig. Disc. Priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 64, n. 167; Caruso, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a Cass., Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro It.*, 1991, I, 184.

⁹⁷ Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, 7194.

⁹⁸ Artt. 1226, 2056 c.c.; da ult. si veda Cons. di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513 e Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76; Cons. di Stato, Sez. IV, ord. 19 ottobre 2005, n. 5839.

⁹⁹ Si veda sul punto: Cons. di Stato, Sez. V, 23 settembre 2002, n. 4852, sull'impossibilità di ricorrere a tale sistema di quantificazione del danno in assenza di un principio di prova.

¹⁰⁰ Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, in *Mass.*, 1989; Cass., Sez. lav., 18 giugno 2004, n. 11438, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 6; Cass., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 3.

¹⁰¹ Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1513 e Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514 che riconoscono 1/15 dell'utile considerato nel 5% dell'importo lavori, come perdita di chance per la mancata indicazione di una gara ad ogni ricorrente; Cons. di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194.

¹⁰² Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative espresse, giungeva a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione: Corte giust. CE, 1 giugno 1995, in C-42/94, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, p. 22; Arrowsmith, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Aerystwyth, 1993, 73, 107.

¹⁰³ Si veda in tal senso: Cons. di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 3, I, 954; Cons. di Stato, Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.; Cons. di Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8244, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302, *ivi*; Id., 24 ottobre 2002 n. 5860, *ivi*. Iacovelli, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, cit.

¹⁰⁴ Cons. di Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, cit.

per cento, con riduzione basata sul numero dei partecipanti¹⁰⁵, altre volte con liquidazione equitativa pari all'uno o due per cento¹⁰⁶. In tale contesto una definizione di criteri uniformi potrebbe favorire una equa e uniforme quantificazione del danno, apparsa talora alla luce della comparazione europea particolarmente elevata¹⁰⁷. L'applicazione del criterio del dieci per cento tendeva ad incentivare la presentazione di ricorsi per ottenere la correzione delle violazioni commesse dalle amministrazioni in sede di gare pubbliche. Tuttavia nel tempo è parso rendere per l'operatore economico più favorevole il risarcimento dei danni rispetto all'esecuzione del contratto ed è risultato foriero di distorsioni del sistema per la perdita di interesse alla prova puntuale del danno subito che normalmente conduceva al riconoscimento di una somma inferiore rispetto a quella forfetaria¹⁰⁸. Come noto tale distorsione aveva determinato addirittura delle richieste di risarcimento del danno senza la contestuale richiesta di adempimento del contratto, con deviazione superata nel nuovo codice del processo amministrativo¹⁰⁹.

Anche la più recente Direttiva ricorsi in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici¹¹⁰ ribadisce il carattere sussidiario della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria¹¹¹. L'effettività del rimedio risarci-

torio, ove non sia stato possibile accordare la tutela in forma specifica pare assicurata dall'adeguatezza della quantificazione del danno subito per effetto della scorrettezza¹¹², mentre l'effettività della tutela dei concorrenti alle gare pubbliche sembra riconducibile alla rapidità e all'efficacia dei rimedi posti a tutela della parità di trattamento tra operatori e di un corretto confronto concorrenziale¹¹³. La previsione di un periodo di tempo obbligatorio che deve intercorrere tra la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione e la conclusione del contratto (*standstill*) è volta ad assicurare anzitutto una tutela in forma specifica¹¹⁴, con l'esecuzione del contratto evitando all'amministrazione pubblica il costo del risarcimento (al ricorrente vittorioso) in aggiunta al costo dell'esecuzione della prestazione contrattuale. Di qui il carattere residuale del risarcimento per equivalente, che interviene solo ove non risulti possibile la tutela in forma specifica. Nel caso in esame la scorrettezza dell'amministrazione si colloca in uno stadio particolarmente avanzato delle trattative, con l'individuazione dell'aggiudicatario e la stipulazione di un contratto poi rivelatosi inefficace, con conseguente necessaria valutazione dell'interesse negativo della parte privata, secondo quanto verrà provato in sede di giudizio di merito.

Società in house providing

Consiglio di Stato, Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298 – Pres. ed Est. Santoro – CINECA.

Contratti della P.A. – Dir. 2014/24/UE – Società in house providing – Applicabilità prima della scadenza del termine di recepimento – Applicabilità

La Dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, il cui termine di recepimento da parte degli Stati scadrà il 18 aprile 2016, ha un contenuto sufficientemente preciso ed incondizionato tale da – nel caso delle norme riguardanti le società in house (art. 12) – doverne tenere necessariamente conto anche prima che diventi self-executing,

trattandosi di una disciplina introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E.

Società – Società in house – Condizioni e limiti – Partecipazione dei privati – È possibile ai sensi dell'art. 12, Dir. 2014/24/UE

Ai sensi dell'art. 12, Dir. 2014/24/UE, i privati possono partecipare al capitale della società in house: tale partecipazione, tuttavia, è consentita laddove la società in house non sia sottoposta al controllo del capitale

¹⁰⁵ Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. di Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4423.

¹⁰⁶ Cons. di Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491; Cons. di Stato, Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3851; Cons. di Stato, 16 gennaio 2006, n. 86, che riconosce lo 0,4 della base d'asta. Cons. di Stato, 11 ottobre 2006, n. 6059, riconosce il 2,5. Cfr. Ponzio, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, cit., 109-110. Trimarchi Banfi, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1 e segg.

¹⁰⁷ Gordon - Racca, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement systems*, in G.M. Racca - C.R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 142-145.

¹⁰⁸ Cons. di Stato, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2013, n. 1669.

¹⁰⁹ D.Lgs. 5 luglio 2010, n. 104, art. 124; Cons. di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966; Cons. di Stato, 16 gennaio 2013, n. 240.

¹¹⁰ Dir. 2007/66/CE, 11 dicembre 2007, che modifica le dir.

89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Si v. Satta, *Vento nuovo per gli appalti*, in *Aperta Contrada*, 27 aprile 2012.

¹¹¹ Cfr. Ferrari, *La tutela risarcitoria per equivalente nel contenzioso in materia di contratti pubblici e la pregiudiziale amministrativa*, in *Giur. Merito*, 2011, 5, 1378.

¹¹² Trib. Ue, Sez. VII, 20 ottobre 2011, T 57/9 ove la domanda risarcitoria era fondata sul richiamo delle stesse violazioni richiamate ai fini dell'annullamento.

¹¹³ Cfr. Treumer, *Enforcement of the EU public procurement rules: the state of law and current issues*, in S. Treumer - F. Lichère (a cura di), *Enforcement of the EU public procurement rules*, cit., 37 e segg.; Ramajoli, *Il processo in materia d'appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa degli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, 121 e segg.

¹¹⁴ Sandulli, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici*, cit.