



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELL'AQUILA
DIPARTIMENTO DI INGEGNERIA INDUSTRIALE E DELL'INFORMAZIONE E DI
ECONOMIA

Dottorato di Ricerca in Ingegneria industriale e dell'informazione e di economia

Curriculum Scienze giuridico-aziendali

XXXV ciclo

Titolo della tesi

IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE»

SSD IUS/10 Diritto amministrativo

Dottoranda

Cecilia De Nicola

Coordinatore del corso

Prof.ssa Katia Gallucci

Tutor

Prof. Nino Longobardi

a.a. 2021/2022

A mio padre,
mio νόμος, mia Θέμις, mia δίκη

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------	----------

CAPITOLO I: Specialità amministrativa e «diritto privato speciale»

1. La nascita del diritto amministrativo e la «conquista» della specialità.	8
2. Il «diritto privato speciale» e la sua riscoperta.	18
3. La natura delle norme di «diritto privato speciale».	27
4. La giustificazione delle norme di «diritto privato speciale».	33
4.1. La funzionalizzazione dell'attività privatistica delle pubbliche amministrazioni tra limite esterno e vincolo di scopo.	39
5. Il dibattito sulla natura dell'attività della pubblica amministrazione.	54
5.1. Il pensiero di Amorth e la necessità di una sua attualizzazione.	55
5.2. Le classificazioni proposte da una parte della dottrina.	65
6. Le conseguenze del «diritto privato speciale»: A) l'anima autoritativa del «diritto privato speciale».	68
6.1. B) La «fabbrica della specialità» e gli effetti sistemici delle norme di «diritto privato speciale».	75
6.2. C) La convergenza delle «due vie della specialità» amministrativa.	80
6.3. D) Il «diritto privato dell'amministrazione pubblica».	86
7. Conclusioni.	93

CAPITOLO II: Il diritto speciale delle obbligazioni della pubblica amministrazione

1. I privilegi della pubblica amministrazione.	95
2. Le obbligazioni della pubblica amministrazione.	96
3. Le fonti delle obbligazioni della pubblica amministrazione.	98
3.1. La gestione di affari altrui.	99
3.2. L'ingiustificato arricchimento.	100
3.3. La ripetizione dell'indebito.	104
4. Le modifiche soggettive del rapporto obbligatorio con la pubblica amministrazione. La cessione dei crediti.	107
4.1. Il consenso del debitore ceduto.	107

4.2. La forma della cessione.	110
5. I modi estintivi delle obbligazioni. A) I pagamenti della p.a.	114
5.1. B) Le procedure esecutive della p.a.	119
5.1.1. La normativa sugli enti locali e sulle aziende sanitarie.	124
5.1.2. La sentenza n. 186 del 2013 della Corte costituzionale.	128
5.1.3. Le recenti pronunce sul tema.	129
5.2. Considerazioni conclusive sui pagamenti e sulle procedure esecutive della p.a.	136
5.3. C) La compensazione dei crediti.	138
5.4. D) Il fermo amministrativo.	142
6. Il diritto speciale delle obbligazioni come anticamera della specialità.	145
7. L'incerta posizione della Corte costituzionale e il ruolo dei «motivi imperativi di interesse generale».	153

CAPITOLO III: La responsabilità della pubblica amministrazione e la specialità di essa

1. La responsabilità civile della pubblica amministrazione.	161
2. Le ragioni dell'immunità da responsabilità e quelle del suo tramonto.	164
3. L'elemento soggettivo.	172
4. Il concorso di colpa del danneggiato.	176
5. Il modello della responsabilità oggettiva.	181
6. La liquidazione del danno tra <i>chance</i> e presunzioni.	185
7. Il termine di decadenza dell'azione risarcitoria.	193
8. I vizi formali e procedimentali.	197
9. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.	202
10. La responsabilità della p.a. nelle ipotesi di responsabilità oggettiva o aggravata:	
A) la responsabilità da cose in custodia.	209
10.1. B) La responsabilità da attività pericolosa.	213
10.2. C) La responsabilità per l'illecito del dipendente.	215
11. Le norme di «diritto privato speciale» in materia di responsabilità della p.a.	219
12. Considerazioni conclusive sui tratti speciali della responsabilità della pubblica amministrazione.	225

CAPITOLO IV: Il «diritto privato speciale» nell'ambito degli espropri illegittimi

1. Introduzione.	230
2. L'occupazione acquisitiva.	231
3. L'occupazione usurpativa.	234
4. Le critiche tradizionalmente rivolte agli istituti dell'occupazione acquisitiva e usurpativa.	239
5. L'accessione invertita secondo il «diritto privato speciale».	244
6. L'acquisizione sanante e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 del Testo Unico in materia di espropri.	249
7. L'art. 42- <i>bis</i> del Testo Unico in materia di espropri.	253
8. Il giudizio delle Corti sull'art. 42- <i>bis</i> .	256
9. Le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 2, 3 e 4 del 2020.	262
10. Il «diritto privato speciale» come anticamera della specialità amministrativa e le carenze sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale del diritto di proprietà.	268

CAPITOLO V: Antidoti alla proliferazione della specialità

1. Ancora sulla «fabbrica della specialità».	276
2. Norme eccezionali e norme speciali.	279
3. Analogia e interpretazione estensiva.	284
4. Il «diritto privato speciale» come diritto eccezionale insuscettibile di applicazione analogica.	288
5. L'«analogia mascherata» e il ricorso ai principi generali.	292
6. Il fondamento costituzionale avverso alla «fabbrica della specialità» e il superamento del criterio teleologico.	297
7. Interesse pubblico e interesse generale.	302
8. I «motivi imperativi di interesse generale».	307

CONCLUSIONI 319

BIBLIOGRAFIA 324

ABSTRACT

This study examines the issue of «special private law», consisting in the set of exceptions to private law established for public administrations. In particular, the thesis analyzes the main examples of «special private law»'s rules in the field of obligations, liability and unlawful expropriations of public administrations. On a general level, the theoretical framing of «special private law» has required a comparison with administrative law, which configures the traditional special law that regulates public administrations. Having examined the nature and justification of the «special private law»'s rules, as well as the debate on the nature of the public administration's activity, the study underlines that the spread of those rules produces an important consequence: the multiplication of administrative specialty, favored by the jurisprudential and doctrinal tendency to converge the two paths of specialty, that of «special private law» and that of administrative law. This is how unwritten rules of «special private law» and even new legal concepts in the field of administrative law are born. The mechanism underlying the proliferation of specialty, called the «specialty factory», emerges from the examination of the three fields taken into consideration in the central chapters. Finally, two remedies are proposed to curb the proliferation of administrative specialty, which is too often favorable to public administrations and detrimental to private individuals: 1) to exclude the explicit or implicit use of analogy for written rules of «special private law», due to the prohibition of analogy established for exceptional rules; 2) to employ the European criterion of «overriding reasons in the general interest» to establish the legitimacy of «special private law»'s rules, the only criterion capable of understanding the systemic effects that the mentioned rules produce.

INTRODUZIONE

Le pubbliche amministrazioni sono regolate da un diritto speciale denominato diritto amministrativo, inteso quale ramo dell'ordinamento giuridico autonomo e distinto dal diritto dei privati, che consiste nell'insieme dei principi e degli istituti relativi all'organizzazione e alla funzione amministrative¹. L'elaborazione di uno statuto giuridico specifico, separato dal diritto comune e dotato di una propria teoria generale di stampo pubblicistico, risale all'Ottocento, quando nei c.d. paesi a diritto amministrativo comparivano le opere di Maurice Hauriou, di Otto Mayer, di Santi Romano e di Vittorio Emanuele Orlando, padri della scienza del diritto amministrativo². I principi speciali elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quali cardini del nuovo ramo del diritto pubblico, erano volti ad esaltare il primato dello Stato e delle amministrazioni pubbliche³. Essi volevano infatti garantire al potere dell'amministrazione uno svolgimento pieno ed

¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, pp. 21-22, definisce il diritto amministrativo «quel corpo autonomo di norme che regolano l'organizzazione della pubblica Amministrazione nonché l'azione da essa svolta con l'efficacia e il valore formale degli atti amministrativi e i rapporti nei quali essa interviene nella veste di autorità amministrativa».

² Sulla nascita del diritto amministrativo v. l'autorevole trattazione di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001; L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 171-182; B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990, pp. 182 ss. Le opere richiamate nel testo sono quelle di M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1892; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2, Leipzig, 1895-1896; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901; V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, prolusione tenuta all'Università di Palermo l'8.1.1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 3 ss. Lontana è l'idea di Paul Laband secondo cui «il diritto amministrativo non è una specifica disciplina del diritto, ma è la somma di quelle norme che riguardano la pubblica amministrazione. Non esistono principi giuridici propri e speciali del diritto amministrativo», su cui v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 352.

³ Secondo O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in (a cura di) V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo*, IV, I, 1904, p. 254, nella relazione tra lo Stato e i cittadini «punto logico di partenza non è la libertà, ma lo Stato». Sull'argomento v. anche B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1995, p. 75, secondo cui «il principio di supremazia dell'amministrazione è qualcosa che caratterizza il diritto amministrativo di tutti i paesi dell'Europa continentale». Cfr. N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2018, pp. 1071 ss.; N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021. Sulle ragioni e i presupposti della nascita del diritto amministrativo come diritto speciale v. anche M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in (a cura di) M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 5-6.

assoluto nell'ottica dell'interesse pubblico, anche a discapito dei privati, per assicurare la supremazia della pubblica amministrazione⁴.

Le stesse pubbliche amministrazioni, che fanno ampiamente ricorso al diritto privato, sono tuttavia anche regolate dal «diritto privato speciale», che rappresenta l'insieme delle deroghe al diritto privato stabilite per le pubbliche amministrazioni⁵. L'antichità delle origini del «diritto privato speciale» è resa evidente dalla possibilità di rinvenirne taluni esempi nel corso dell'epoca premoderna. Esso costituisce un «diritto d'eccezione» che, in origine, era considerato parte del diritto comune nonostante configurasse un diritto proprio degli apparati pubblici. In forza del «diritto privato speciale» gli istituti di diritto privato subiscono una sorta di «pubblicizzazione» in ragione della presenza dell'ente pubblico, talvolta determinata dal legislatore, altre volte dalla giurisprudenza. In parallelo alla costruzione del diritto amministrativo le ragioni che fondano la specialità di quest'ultimo sono state così estese anche all'attività privatistica dell'amministrazione⁶.

Il diritto speciale delle pubbliche amministrazioni consta dunque di due componenti, il diritto amministrativo *tout court* e il «diritto privato speciale». Esse sono state indicate come le «due vie della specialità amministrativa, tradizionalmente affidate la prima alla elaborazione di strumenti autoritativi per l'esercizio del potere e la seconda alla elaborazione di un diritto privato «speciale» per il contraente pubblico»⁷.

La «prima via della specialità amministrativa», quella del diritto amministrativo *tout court*, è caratterizzata da una doppia anima⁸, l'una legata all'*imperium* e alla natura

⁴ A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in (a cura di) M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 79, che richiamano in tal senso i principi dell'imperatività o autoritatività del provvedimento amministrativo, l'autotutela amministrativa, la doverosità e l'inesauribilità del potere, la presunzione di legittimità degli atti amministrativi, il principio di continuità, il segreto d'ufficio. Tra i principi elaborati a favore dell'amministrato, di esiguo numero nei primissimi anni di vita della giurisprudenza amministrativa, gli A. richiamano il principio di legalità, nelle sue espressioni della tipicità, nominatività e giustiziabilità.

⁵ Si tratta di una nozione contraddittoria, in quanto emerge a prima vista che il diritto o è privato o è speciale.

⁶ In questo senso v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 117 ss.

⁷ A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2010, p. 591.

⁸ Già Amorth metteva in luce la duplice funzione del diritto pubblico, quella di garanzia «contro l'arbitrio dell'autorità amministrativa» e quella di protezione degli interessi pubblici, cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, pp. 315 ss. Anime frutto della «ambivalenza originaria» del diritto amministrativo, su cui v. A. DE ROBERTO, M.E. SCHINAIA, *Il Consiglio di Stato*, in (a cura di) S. LABRIOLA, *Valori e principi del regime repubblicano*, 3, *Legalità e*

esorbitante del potere, l'altra alla garanzia nei confronti del potere⁹. Il diritto amministrativo sarebbe insieme, da un lato, diritto inteso ad assicurare la preminenza del potere pubblico, dall'altro, diritto di garanzia e di limitazione del medesimo potere¹⁰. Nel continuo dinamismo e nell'incerto confine tra queste due anime talvolta si accentuerebbe la specialità del diritto amministrativo per il raggiungimento di finalità di pubblico interesse, talaltra emergerebbero le funzioni sociali ed economiche, altre ancora si valorizzerebbero le libertà individuali¹¹. Secondo tale immagine, diritto pubblico e diritto privato si mescolano e si scambiano reciprocamente come «corpi fluidi»¹², superando la

garanzie, Roma-Bari, 2006, p. 273, la cui compresenza è ritenuta fisiologica e ineliminabile da G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 23-24; M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, p. 1051; L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1432, che richiama emblematicamente le opposte concezioni di Sandulli e di Guicciardi; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1994, pp. 670 ss.; P. SALVATORE, *Principi ed effetti nella giustizia amministrativa*, in *Giurisd. amm.*, 2008, IV, p. 196. Sulla duplice valenza del diritto amministrativo v. anche L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, pp. 46 ss., secondo la quale il diritto amministrativo nasce come diritto dello Stato, sovrano e speciale, e viene poi assoggettato a principi e regole che trasformano il potere in diritto, a garanzia delle situazioni soggettive degli individui; S. BATTINI, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, cit., pp. 1 ss.

⁹ «La storia della giustizia amministrativa è una storia di tutele. Una storia di lotta contro il potere pubblico arbitrario. E poiché il potere muta e si trasforma, le tutele e quindi la giustizia amministrativa devono adeguarsi a tali cambiamenti», così F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, in www.giustizia-amministrativa.it. Di «statuto di garanzia» dell'amministrato parlano A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, cit., p. 89, secondo cui il legislatore avrebbe tipizzato i principi garantistici volti a tutelare il privato dall'arbitrio dell'amministrazione. Gli A. rilevano il contributo alla valorizzazione dei predetti principi fornito dalla Corte costituzionale, mentre rappresentano l'atteggiamento meno netto del giudice amministrativo sul punto, talvolta diretto a tipizzare i suddetti principi, altre volte incapace di abbandonare la propria cultura tesa a garantire l'interesse pubblico enfatizzando la supremazia dell'amministrazione.

¹⁰ L. TORCHIA, Introduzione a S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, p. 7.

¹¹ La tesi della «doppia anima» del diritto amministrativo e delle «due vie della specialità» è ripetutamente sostenuta da A. PAJNO, v. ID, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., pp. 590 ss.; ID, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2015, pp. 952 ss.; ID, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. di dir. pubb. comp.*, fasc. 5-6, 2013, pp. 951 ss.; ID, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 55 ss. Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 71 ss. La dimensione dualista del diritto amministrativo viene messa in luce anche da Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, pp. 1075 ss., che rinviene le ragioni di essa nella consacrazione dello Stato sociale di diritto, che avrebbe dato vita alla dicotomia tra funzioni e servizi e, cioè, «tra la risalente concezione dell'attività amministrativa ed il ruolo assunto dai pubblici poteri con l'affermazione delle garanzie sociali e dell'eguaglianza sostanziale».

¹² L'immagine dei «corpi fluidi» appartiene a Z. BAUMAN, *Modernità liquida. Prefazione*, Bari, 2002, p. VII. Una ricognizione degli scambi tra diritto pubblico e privato si rinviene in G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235. Cfr. anche A. TRAVI, *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in (a cura di)

logica binaria che li contrappone e rendendo più difficile una netta demarcazione tra i due rami dell'ordinamento.

La «seconda via della specialità amministrativa», quella del «diritto privato speciale», configura la via meno studiata del diritto speciale delle pubbliche amministrazioni ed è oggetto di attenzione del presente studio. A suscitare interesse verso il «diritto privato speciale» è, particolarmente, la circostanza secondo cui, spesso, esso si sottrae alle regole che connotano ormai in chiave prevalentemente garantista il diritto amministrativo e finisce per rafforzare la specialità complessiva della normativa sulle pubbliche amministrazioni.

Al riguardo, molteplici sono le problematiche che il «diritto privato speciale» pone e che si intendono esaminare nei successivi paragrafi. In primo luogo occorre meglio chiarire che cosa si intenda per «diritto privato speciale» e come esso sia nato, raffrontando la diversa storia che ha dato vita alla sua comparsa rispetto a quella che ha portato all'affermazione del diritto amministrativo. A questa tematica si lega quella sulla natura delle norme di «diritto privato speciale», se di diritto pubblico o di diritto privato, dibattuta in dottrina e utile a chiarire la riconducibilità delle norme in considerazione nell'ambito del più ampio diritto speciale che regola le pubbliche amministrazioni.

Occorre anche indagare la tradizionale giustificazione che si è rinvenuta dietro il «diritto privato speciale», quella cioè di assicurare la cura dell'interesse pubblico affidato alle pubbliche amministrazioni e non anche quella di attribuire meri privilegi arbitrari a queste ultime. Da una tale giustificazione si è desunta la funzionalizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni, sempre piegata al raggiungimento dell'interesse pubblico, tanto quando esse agiscono secondo i moduli pubblicistici, quanto quando agiscono secondo i moduli privatistici. Il problema, ancora attuale, sta nel definire i confini e le modalità della funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione che si avvale del diritto privato, vale a dire se l'interesse pubblico possa operare come mero limite esterno di essa o possa giungere ad operare come suo limite interno, divenendo un criterio da utilizzare per vagliare la validità della medesima attività. Con il

G. FALCON, B. MARCHETTI, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, pp. 377 ss.

tema della funzionalizzazione interferisce, pertanto, quello concernente la considerazione dell'attività amministrativa di diritto privato, vale a dire il tipo di incidenza che sull'attività di diritto privato ha l'interesse pubblico e se quest'ultimo sia in grado di condizionare il carattere formale che informa tradizionalmente la distinzione tra attività pubblica e attività privata.

In terzo luogo si intendono esaminare le conseguenze generate dall'elaborazione del «diritto privato speciale». Ci si chiede infatti se anche la «seconda via della specialità amministrativa» sia caratterizzata dalla doppia anima che informa il diritto amministrativo tradizionale, quella autoritativa e quella garantista, ma una prima impressione è che le norme di «diritto privato speciale» tendano a dilatare i privilegi della pubblica amministrazione e non assicurino sfere di garanzia agli amministrati nei confronti dell'attività amministrativa che si avvale del diritto privato. L'ulteriore conseguenza che deriva dalla proliferazione delle norme in considerazione è la c.d. «deriva della specialità» o «fabbrica della specialità», in quanto la suddetta proliferazione alimenta la creazione, tanto per via legislativa, quanto per via giurisprudenziale, di altrettante regole speciali, che, se in un primo momento si collocano nel contesto del «diritto privato speciale», possono finire per divenire l'anticamera della specialità amministrativa vera e propria consistente nel diritto amministrativo *tout court*.

L'immagine della «fabbrica della specialità» evoca infatti la «creazione in via giurisprudenziale di un diritto speciale a vantaggio delle pubbliche amministrazioni sulla base di disposizioni di diritto positivo organizzate dalla giurisprudenza a partire da dati di sistema, muovendo dalla mitologia dell'interesse pubblico e della sua necessaria prevalenza. Rilievo e consistenza delle disposizioni derogatorie ascritte all'ibrida nozione di «diritto privato speciale» possono condurre alla specialità amministrativa. Anche quando ciò non avviene si delinea un regime di privilegio, che si applica ai soli poteri pubblici e tende ad autoalimentarsi, solo formalmente di diritto privato»¹³.

¹³ N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 122-123; ID., *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3, 2013, pp. 687 ss.; ID., *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustizia amministrativa*, 6.5.2014.

Una tale deriva della specialità, che tende ad alimentare sé stessa e a moltiplicarsi, è ben evidenziata dalle teorie che sostengono l'estrema funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato, la quale finirebbe per incorporare l'interesse pubblico e per divenire un'attività pubblicistica in senso stretto, non più distinguibile dall'attività disciplinata dal diritto amministrativo. In ciò consiste essenzialmente anche la c.d. convergenza delle «due vie della specialità» amministrativa, segnalata da autorevole dottrina, che si esaminerà nel dettaglio più avanti e da vagliare attentamente.

Per evitare esiti di tal fatta, dalle ricadute imprevedibili sul sistema generale e sul diritto privato applicabile alle pubbliche amministrazioni, si cercheranno di proporre due rimedi in tema di norme di «diritto privato speciale»: 1) che il giudice, tanto amministrativo, quanto ordinario, interpreti in maniera rigorosa le norme di «diritto privato speciale» nel rispetto dei principi generali, limitando l'elaborazione giurisprudenziale che tradizionalmente ha dato vita agli istituti e principi del diritto amministrativo¹⁴ e preservando il carattere eccezionale delle norme in considerazione, al fine di garantire certezza ai rapporti giuridici e frenare le eccessive dilatazioni della specialità amministrativa; 2) che l'elaborazione di esse avvenga nel rispetto di una visione sistemica dell'ordinamento generale, ciò che richiede l'impiego, quale criterio di giustificazione dell'introduzione di norme di «diritto privato speciale», dei «motivi imperativi di interesse generale» di origine eurocomunitaria, i soli abilitati a derogare alle libertà fondamentali assicurate dai Trattati europei, queste ultime riconducibili anche alla libertà di iniziativa economica e contrattuale di cui all'art. 41 Cost.

Il presente studio si propone dunque di passare in rassegna le più rilevanti norme appartenenti alla categoria del «diritto privato speciale» al fine di vagliare la *ratio* ad esse sottesa e verificare l'attualità della loro previsione. L'obiettivo è anche quello di evidenziare gli effetti sistemici che le previsioni di tal genere producono sull'ordinamento

¹⁴ Sulla carenza di codificazione nel diritto amministrativo v. G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, pp. 437 ss., secondo il quale una tale carenza ha indotto a spostare sul versante procedurale l'esigenza sempre più avvertita di una unità di disciplina; cfr. anche R. LUCIFREDI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Genova, 1968, p. 48, a mente del quale la codificazione del diritto in parola, se attuata, ne avrebbe diminuito la flessibilità, intesa come «possibilità di aderire ai bisogni contingenti». V. anche B.G. MATTARELLA, *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 365 ss.

giuridico generale, vale a dire la propagazione della specialità amministrativa, che tende ad alimentare sé stessa.

Nel contesto della specialità del diritto delle pubbliche amministrazioni è possibile pertanto distinguere le regole *tout court* «speciali» del diritto amministrativo dalle regole di «diritto privato speciale» o di «diritto privato singolare». Le prime sono le regole che il legislatore pone per le sole amministrazioni pubbliche o per i soggetti ad esse equiparati, di origine propriamente pubblicistica, inconcepibili per il diritto privato e non aventi nulla a che vedere con quest'ultimo¹⁵. Si pensi, ad esempio, alle regole che le amministrazioni devono seguire per il rilascio di un'autorizzazione amministrativa o alle norme basate sul rapporto giuridico di diritto pubblico, in cui sono contrapposti potere dell'autorità e interesse legittimo del privato. Esse non costituiscono più un diritto d'eccezione, avendo una portata generale ed essendo egualmente applicabili a tutti i rapporti che coinvolgono un'amministrazione. A proposito di tali regole la dottrina parlava di *ius commune* della pubblica amministrazione, rispetto al quale il diritto privato avrebbe assunto una funzione solamente sussidiaria¹⁶. Le seconde costituiscono deviazioni dal diritto privato appositamente dettate per le amministrazioni, che danno vita a un diritto che andrebbe tendenzialmente considerato come un diritto d'eccezione.

È pertanto opportuno sin da ora tenere a mente che quando si parla di diritto delle pubbliche amministrazioni si deve distinguere il significato più ristretto del termine, riferito al diritto «autonomo» rispetto al diritto comune, il diritto amministrativo tipico degli ordinamenti continentali, e l'accezione più lata del termine, che comprende l'intero diritto applicabile alle amministrazioni pubbliche, anche in aree dominate dal diritto comune¹⁷, e che include il «diritto privato speciale».

¹⁵ Sul quale v. G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, pp. 61 ss.; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, Torino, 1900, pp. 59-60.

¹⁶ Così G. TREVES, *Diritto amministrativo e diritto civile*, in *Studi in memoria di F. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 456-460; ID., *L'attività commerciale dello Stato*, in *Studi Sassaesi*, 1935, p. 93.

¹⁷ In questi termini v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, p. 15.

CAPITOLO I

SPECIALITÀ AMMINISTRATIVA E «DIRITTO PRIVATO SPECIALE»

SOMMARIO: 1. LA NASCITA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E LA «CONQUISTA» DELLA SPECIALITÀ. 2. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» E LA SUA RISCOPERTA. 3. LA NATURA DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE». 4. LA GIUSTIFICAZIONE DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE». 4.1. LA FUNZIONALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ PRIVATISTICA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA LIMITE ESTERNO E VINCOLO DI SCOPO. 5. IL DIBATTITO SULLA NATURA DELL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 5.1. IL PENSIERO DI AMORTH E LA NECESSITÀ DI UNA SUA ATTUALIZZAZIONE. 5.2. LE CLASSIFICAZIONI PROPOSTE DA UNA PARTE DELLA DOTTRINA. 6. LE CONSEGUENZE DEL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE»: A) L'ANIMA AUTORITATIVA DEL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE». 6.1. B) LA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ» E GLI EFFETTI SISTEMICI DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE». 6.2. C) LA CONVERGENZA DELLE «DUE VIE DELLA SPECIALITÀ» AMMINISTRATIVA. 6.3. D) IL «DIRITTO PRIVATO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA». 7. CONCLUSIONI.

1. LA NASCITA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E LA «CONQUISTA» DELLA SPECIALITÀ.

Uno studio sul «diritto privato speciale» non può prescindere da una sommaria ricostruzione della nascita del diritto amministrativo quale esito della «conquista» della specialità¹. Prima della formazione del diritto amministrativo moderno l'amministrazione agiva infatti attraverso moduli privatistici, progressivamente sostituiti da moduli pubblicistici. Il diritto amministrativo rappresenta l'esito della progressiva «autonomizzazione» della disciplina dei *fatti amministrativi* dal diritto comune². Si tratta di una storia oramai nota, che mette in luce l'evoluzione del diritto amministrativo e l'imporsi progressivo della sua anima garantista su quella autoritativa³.

¹ A tal proposito, imprescindibile punto di riferimento è l'opera di due grandi storici del diritto amministrativo, Mannori e Sordi, che nella *Storia del diritto amministrativo* tratteggiano quest'ultima come storia dell'autorità e dei suoi modi di azione, di un potere che si afferma e si legittima in una continua dialettica con il diritto comune, cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.

² Così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 2. Sulla necessità di un'amministrazione in senso giuridico, disciplinata da norme proprie di natura pubblicistica affinché possa parlarsi di un diritto amministrativo, v. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, Milano.

³ Su cui v., *ex multis*, da un lato, L. TORCHIA, *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 2014/2004 della Corte costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la Consulta avrebbe riesumato una superata concezione autoritaria dell'amministrazione;

La dottrina ha infatti anche di recente sottolineato la «duplice valenza» del diritto amministrativo⁴: esso sarebbe caratterizzato, come si è accennato, da due anime, l'una legata all'*imperium* e alla natura esorbitante del potere, l'altra alla garanzia nei confronti del potere⁵. Secondo i sostenitori della tesi delle due anime la progressiva attenuazione del diritto amministrativo quale strumento di comando, sempre più trasformato in strumento a presidio delle libertà, dovrebbe determinare una tendenziale inversione delle due vocazioni originarie del diritto amministrativo. Quest'ultimo, tuttavia, continuerebbe a fondarsi su un potere pubblico preesistente rispetto alle regole e ai principi connessi alle garanzie delle situazioni soggettive che ne conformano il concreto esercizio⁶.

Superando la tesi contraria secondo cui la nascita del diritto amministrativo, come diritto senza legge, risalirebbe allo Stato Assoluto e la Rivoluzione francese avrebbe permeato di garanzie codesto diritto sottoponendolo al principio di legalità⁷, Mannori e

dall'altro, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 239, che rivaluta la dimensione garantista del diritto amministrativo.

⁴ L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, pp. 46 ss., secondo la quale il diritto amministrativo nasce come diritto dello Stato, sovrano e speciale, e viene poi assoggettato a principi e regole che trasformano il potere in diritto, a garanzia delle situazioni soggettive degli individui.

⁵ «La storia della giustizia amministrativa è una storia di tutele. Una storia di lotta contro il potere pubblico arbitrario. E poiché il potere muta e si trasforma, le tutele e quindi la giustizia amministrativa devono adeguarsi a tali cambiamenti», così F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, in www.giustizia-amministrativa.it. Nella dottrina francese sull'anima autoritativa del diritto amministrativo e sulla disintegrazione della concezione dell'interesse generale in base alla quale è stato storicamente edificato il corpo di regole del diritto amministrativo v. F. BEROUJON, *Evolution du droit administratif: avancée vers la modernité ou retour aux temps modernes?*, in *R.f.d.a.*, 2008, pp. 449 ss., su cui v. anche N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2017, p. 1626; cfr. anche J. RIVERO, *Droit public et droit privé: conquete ou statu quo?*, in *Rec. Dalloz*, 1947, chr., pp. 69 ss.

⁶ Così L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, cit., p. 51. Una diversa dottrina aveva impiegato la medesima immagine della separazione delle due «anime» dell'amministrazione che contratta per consentire, superata la teoria della duplice personalità dello Stato e della sua doppia capacità, l'estensione della disciplina di diritto privato agli aspetti della regolazione del rapporto privatistico che fossero compatibili con il perseguimento dello scopo pubblico, primi tra tutti quelli concernenti la correttezza del comportamento dell'amministrazione. Ciò aveva indotto a distinguere il «corretto contraente» dal «corretto amministratore», v. al riguardo A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, p. 268, tributario di Mario Nigro, cui si deve la nota distinzione considerata, su cui v. M. NIGRO, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro it.*, 1961, vol. 84, n. 3, pp. 457 ss.

⁷ In questo senso M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico*, (1993), in *Scritti*, IX, Milano, 2006, pp. 349 ss., secondo cui nel secolo XVII nascerebbe il diritto amministrativo come nuova normativa e come nuova scienza. In particolare, non può condividersi l'idea secondo cui la Rivoluzione francese avrebbe solamente ricondotto un diritto amministrativo già esistente entro i parametri fissati dal principio di legalità, espressione dello Stato di diritto, come sosteneva Tocqueville nel ricondurre la genesi del diritto speciale delle amministrazioni pubbliche ai secoli XVII e XVIII, cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la révolution*, Paris, 1856. Sul tema v. B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo (a proposito di F. Burdeau, Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, PUF, 1995),

Sordi datano la nascita del diritto amministrativo, come diritto speciale in senso stretto, al XIX secolo e alla elaborazione dottrinale di un sistema autonomo di principi dello stesso. Prima di questo momento, il diritto amministrativo altro non era se non un «diritto privato speciale» che veniva ricondotto al ramo ordinamentale dello stesso diritto privato⁸.

La peculiarità del diritto amministrativo si evince primariamente dall'indissolubile nesso che lega il diritto sostanziale al sistema di tutela giurisdizionale, notevolmente mutato nel corso del tempo: l'amministrazione è nata come potere autonomo dal giudiziario, successivamente è stata sottoposta alla giurisdizione del

in *Quaderni fiorentini*, XXV, 1996, Milano, pp. 683 ss., critico verso l'analisi storica dell'opera dell'autore francese che recensisce. V. anche L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in *Storia costituzione amministrazione. Annale ISAP*, II, 1994, pp. 259 ss. Nello stesso senso anche M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, cit., pp. 184 ss. Al contrario, con la Rivoluzione francese si affermò nei paesi continentali un netto dualismo nell'ambito degli atti dei pubblici poteri: da un lato, l'attività giurisdizionale, sempre più corrispondente all'applicazione sillogistica della legge; dall'altro, l'attività amministrativa, espressa per il tramite di atti dotati di una forza esecutiva analoga a quella delle sentenze e sottratti al sindacato giurisdizionale, su cui v. L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, cit.; B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, cit., p. 697; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pp. 73 e 115 ss. Nacque l'amministrazione intesa come funzione, caratterizzata dall'esercizio del potere unilaterale per realizzare i fini dello Stato e corrispondente al potere esecutivo moderno, non più legato alla *iusdictio*. Si affermarono i valori democratici basati sulla necessaria rappresentanza dei cittadini, sul principio di legalità e su una nuova razionalità amministrativa, v. ancora L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 226. Le condizioni necessarie per la nascita del diritto amministrativo sono per M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini*, cit., pp. 204 ss.: i) l'esistenza di un'amministrazione in senso giuridico; ii) che la materia amministrativa sia disciplinata da norme proprie, di natura pubblicistica; iii) che tali norme costituiscano un insieme organico.

⁸ L'esercizio concreto delle funzioni amministrative, che trovavano il loro fondamento nella legge, era rimesso alla «libertà» dell'amministrazione, intesa quale insindacabilità da parte del giudice. Sul passaggio dalla discrezionalità amministrativa intesa quale libertà dal sindacato del giudice alla discrezionalità amministrativa intesa quale strumento di attuazione della legge e degli interessi pubblici, sottoposta al sindacato giurisdizionale, v. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm., Quaderni*, 30, I, , 2018, pp. 181 ss. L'ordinamento giuridico del tempo non assicurava dunque la giustiziabilità dei diritti dei privati quando l'amministrazione esercitava i suoi poteri. Questa era riconosciuta solamente quando l'amministrazione usava il diritto comune e accettava di divenire parte di un rapporto per quanto possibile paritario, sindacabile da un giudice terzo e imparziale. Cominciava a farsi strada la distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, i primi originariamente non soggetti alle regole del diritto, i secondi soggetti alle regole privatistiche in quanto diretti alla cura degli interessi patrimoniali statali e per questo sindacabili dal giudice. Secondo il noto insegnamento «*jurer l'administration c'est encore administrer*», su cui v. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la jurisdiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970, p. 85; P. SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, pp. 63 ss., il diritto amministrativo veniva concepito ancora in negativo, come quell'area sottratta alla cognizione del giudice ordinario e affidata agli organi del contenzioso. Le prerogative esorbitanti dell'amministrazione e la specialità del contenzioso erano dunque ancora configurate come privilegi dell'amministrazione, compartecipe della sovranità dello Stato, così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 9-10.

giudice unico con l'abolizione del contenzioso amministrativo e, infine, con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, ha visto nascere un suo giudice speciale.

Sin dall'epoca premoderna della società corporata i rappresentanti dell'*universitas* erano soliti scaricare i debiti del rispettivo corpo di appartenenza sui propri componenti, esercitando di fatto un'attività impositiva priva di titolarità in senso tecnico. I rapporti che scaturivano da tale prassi erano disciplinati dal diritto comune, ma, già al tempo, quest'ultimo era arricchito da un complesso di norme speciali che attribuivano ai corpi un insieme di privilegi, volti contemporaneamente a proteggerli da una possibile malafede degli amministratori e a salvaguardare gli interessi collettivi di cui gli stessi erano portatori⁹. Anche lo statuto legale che regolava le relazioni tra principe e privati era costituito dallo statuto comune che regolava i rapporti tra privati, non ancora dotato di una sua autonomia, ma arricchito di numerosi elementi di specialità che escludevano di fatto la natura paritetica del rapporto. Non esisteva ancora l'«autorità esorbitante», ma esisteva già la «specialità», non esisteva ancora il diritto amministrativo, che è un diritto degli apparati, ma esisteva una *potestas principis* che consentiva al sovrano di modificare i diritti dei sudditi ed elargire benefici¹⁰.

L'età moderna fu caratterizzata dalla indistinzione tra amministrazione e giustizia: erano i magistrati ad amministrare le imposte, a curare il demanio e ad occuparsi delle materie di polizia, ponendo in essere un'attività stragiudiziale di amministrazione avente

⁹ Tale complesso di norme riguardava la possibilità di annullare i contratti irritualmente stipulati, il rispetto di peculiari formalità, il potere di esproprio, la riscossione dei crediti per il tramite di procedimenti semplificati. Parimenti, il principe imponeva tributi nei limiti delle necessità del Regno avvalendosi di un sistema di amministrazione patrimoniale del tutto analogo a quello a disposizione dei privati. Egli era costretto a ricorrere ai tribunali per veder soddisfatte le sue pretese avverso un privato che si rifiutava di pagare, non essendo titolare del potere di farsi giustizia da sé.

¹⁰ Per spiegare l'area dell'attività amministrativa fiscale soggetta al diritto privato si elaborò la c.d. «dottrina del fisco», secondo la quale tale attività faceva capo ad un soggetto diverso dallo Stato, il Fisco. Solo quest'ultimo poteva essere convenuto in giudizio per rispondere delle obbligazioni direttamente o indirettamente assunte e la sua attività veniva considerata attività privata. Sulla dottrina del fisco v. F. VASSALLI, *Concetto e natura del fisco*, Torino, 1908; F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, 1840-1849, ed. it. Torino, 1889, pp. 241 ss. Sulla specialità del diritto privato utilizzato durante lo Stato di polizia per l'amministrazione fiscale v. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 197 e pp. 227 ss. La funzione dei *privilegia fisci*, diversamente dai moderni privilegi dei soggetti pubblici teoricamente volti ad assicurare la pubblica utilità, era apertamente quella di servire il sovrano, su cui v. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 4 ss.; sui *privilegia fisci* v. R. ORESTANO, "Ius singulare" e "privilegium", in *Ann. Macerata*, 11, 1937, pp. 123 ss. e ID., *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Torino, 1968, pp. 257 ss.

forma giustiziale. L'area che sarà occupata dal diritto amministrativo era al tempo dominata, da un lato, da un diritto para – privatistico che regolava i rapporti interni alle corporazioni e quelli tra sudditi e sovrano, dall'altro, da un'attività di *iurisdictio* nella quale venivano coinvolti soggetti dotati delle prime forme di potestà pubbliche. L'universo giustiziale dell'Antico regime non configurava ancora un diritto amministrativo, inteso quale statuto speciale dell'amministrazione pubblica¹¹. In quegli anni non era ancora emersa l'autonomia costituzionale dell'amministrazione, intesa quale potere generale di cura dell'interesse pubblico¹².

È all'Ottocento che si deve la «grande invenzione giuridica che fu il diritto amministrativo»¹³. Il merito di tale costruzione in Italia va ascritto alla dottrina, diversamente da quanto avvenne in Francia, ove predominante fu il ruolo ricoperto dal *Conseil d'État*, e in Inghilterra, ove centrale fu il ruolo rivestito dagli *administrative tribunals* nell'elaborazione delle deroghe al diritto civile poste a favore delle amministrazioni. La dottrina italiana, fortemente influenzata dalle ideologie politiche più che dalla tecnica scientifica, valorizzò gli aspetti autoritari del diritto amministrativo¹⁴. Da un sistema di privilegi della pubblica amministrazione, potere pariordinato a quello giudiziario e sottratto al sindacato di quest'ultimo, si passò alla giustiziabilità degli atti amministrativi tramite la nascita del diritto processuale amministrativo, terreno di sviluppo delle garanzie dei cittadini. L'unica forma di tutela configurabile era inizialmente quella amministrativa, secondo una rigida concezione del principio della separazione dei poteri che marginalizzava la funzione giurisdizionale¹⁵. Il Consiglio di

¹¹ Il principe derogava al diritto attraverso libere manifestazioni di volontà imperativa, mentre l'attività dei primi nuclei di apparati amministrativi consisteva nel potere di dichiarare il diritto oggettivo, al tempo percepita come attività di erogazione di «giustizia». Al fianco di questa attività autoritativa vi era l'attività paritetica, corrispondente alla gestione dei diritti patrimoniali del principe, nell'esercizio della quale il magistrato agiva attraverso uno statuto di diritto speciale, fatto di privilegi che ne rafforzavano la posizione di fronte al contraente e di particolari obblighi. Tuttavia, mancava un potere di coazione unilaterale capace di manifestarsi autonomamente al di fuori della sede processuale. L'efficacia esecutoria degli atti dei pubblici apparati dipendeva solamente dalla natura giurisdizionale di tali atti, mentre non esisteva ancora un potere amministrativo in senso tecnico, capace di disporre dei diritti dei sudditi attraverso atti non giurisdizionali, cfr. L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, cit., pp. 171 ss.

¹² B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 683 ss., spec. pp. 694-695. Anni in cui si manifestarono le prime incrinature dell'universo giustiziale, in quanto cominciò ad affermarsi l'esistenza di compiti pubblici ulteriori rispetto a quelli di impartire giustizia, soprattutto di tipo regolamentare.

¹³ Così B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, cit., p. 690.

¹⁴ In tal senso v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 161.

¹⁵ Su cui v. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 477 ss. In tal senso cfr. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 182. Nel XIX secolo si sentì l'esigenza di definire lo statuto giuridico autonomo della funzione amministrativa

Stato venne in seguito trasformato da organo amministrativo consultivo a giudice dell'amministrazione¹⁶ e in questa fase si ebbe una progressiva marginalizzazione dell'uso del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nel XIX secolo si sviluppò il noto dibattito inerente al modello giurisdizionale da assumere per la tutela nei confronti dell'amministrazione, che contrapponeva il sistema monistico a quello dualistico. A sostegno dell'unità giurisdizionale, affermatasi in Inghilterra, deponavano le critiche rivolte alla specialità e ai privilegi dell'amministrazione, invocate per riportare quest'ultima tra i confini del diritto comune «paritario»¹⁷. Al contrario, nel continente, a seguito della breve esperienza italiana del giudice unico avutasi con l'abolizione del contenzioso amministrativo tra il 1865 e il 1889¹⁸, vinse il modello della specialità e delle «due leggi»¹⁹. L'esigenza di affermare un tale modello fu sentita in ragione della debolezza mostrata dal giudice ordinario²⁰, rispetto

elaborando istituti specificamente pubblicistici. Lo scopo di questa funzione fu presto considerato quello di attuare le norme legali, parallelamente all'autorità giudiziaria, mediante atti sottoposti al sindacato del giudice amministrativo.

¹⁶ Con lo sviluppo assunto dal sindacato sul *detournement de pouvoir*, tuttavia, si riconobbe che l'atto amministrativo potesse essere rimosso per un vizio ad esso peculiare, sconosciuto all'atto giurisdizionale e indipendente dalla violazione di una specifica norma legale, che consentiva di sottoporre al sindacato giurisdizionale l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Il diritto amministrativo veniva pertanto costruito come diritto dell'atto e del potere amministrativo, del tutto emancipato dalla funzione giurisdizionale, la cui specialità si rinveniva nella natura eteronoma della norma individuale posta dall'amministrazione. Specialità degli statuti amministrativi e autonomizzazione dell'amministrativo dal giurisdizionale sono le due direzioni in cui si mosse il diritto pubblico ottocentesco, cfr. L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, cit., par. 6; B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, cit., pp. 182 ss. Lo Stato di diritto e l'incremento dei compiti pubblicistici attribuiti alle amministrazioni, progressivamente sottoposte alla legge, conformarono inoltre la duplice specialità del diritto amministrativo: da un lato, la specialità si mostrava quale garanzia volta a tutelare le libertà individuali del cittadino; dall'altro, come privilegio volto a creare le condizioni giuridiche ritenute necessarie per l'esercizio del potere. I diritti di libertà erano considerati solamente quelli riconosciuti dalla legge e le pretese individuali nei confronti dell'amministrazione riguardavano la sola legalità della sua azione, cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 317 ss.

¹⁷ A proposito della giurisdizione unica G. MACRÌ, *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878, p. 272 parlava di sintonia «con il principio della civile eguaglianza» e la giurisprudenza di quegli anni adottava una posizione garantista delle situazioni soggettive private in nome della sacralità del diritto soggettivo, dell'individualismo e dell'esaltazione del diritto privato come sistema perfetto di principi e regole che non ammettevano eccezioni.

¹⁸ L'all. E della l. n. 2248/1865 introdusse in Italia il sistema del giudice unico ordinario e attribuì a quest'ultimo il potere di conoscere incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo e di disapplicarlo, ove illegittimo, cfr. artt. 4 e 5. Ben presto si tornò al modello dualistico che prevedeva la giurisdizione speciale del giudice amministrativo, infatti la l. n. 5992/1889 istituì la IV Sezione del Consiglio di Stato, avente il compito di decidere sui «ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici».

¹⁹ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 78.

²⁰ Di tutela «esigua e monca» parlava U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1932, p. 157. Silvio Spaventa, nel 1880, pronunciò il celebre discorso su «*La giustizia nell'amministrazione*» all'Associazione

al quale, dopo l'iniziale affidamento del controllo sull'attività amministrativa prima sottratta a qualsiasi tipo di sindacato giurisdizionale, era stata delineata nell'ambito della contrattualità un'area di assoluta insindacabilità²¹: «il Consiglio di Stato non ha mai tolto nulla al giudice ordinario», in quanto la giurisdizione amministrativa è sorta «non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; quindi non si tratta di ristabilire la tutela giudiziaria ordinaria del cittadino che sia stata usurpata da questa giurisdizione amministrativa, ma di riconsacrare la perfetta tradizione di una conquista particolare di tutela da parte del cittadino»²².

Più che un'alternativa tra garantismo e autoritarismo, come da taluno sostenuto, i due modelli in questione dovrebbero essere considerati possibili mezzi idonei a raggiungere il medesimo risultato, la costruzione delle guarentigie individuali nei confronti dei pubblici poteri²³.

costituzionale di Bergamo, denunciando gli abusi correlati all'ingerenza indebita dei deputati», possibili per mancanza di tutela, propugnando la «necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare», su cui v. G. SEVERINI, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto, Relazione al convegno "Dai 190 anni dell'Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali"*, Torino, Teatro Carignano, 12 novembre 2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 57-58.

²² Queste le parole di Aldo Bozzi e Giovanni Leone in sede di Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, riportate dalla sentenza della Corte costituzionale, 5 luglio 2004, n. 204.

²³ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit. In poco più di due decenni l'Italia ha così vissuto l'esperienza di due declinazioni della specialità completamente opposte tra loro: 1) dal 1865 in poi il diritto amministrativo, da un punto di vista sostanziale, sembra aver mantenuto una posizione di equidistanza dal diritto pubblico e da quello privato, in quanto, nonostante l'avvenuta teorizzazione del diritto amministrativo quale diritto speciale autonomo, esso è stato declinato come «eccezione» al diritto comune, quest'ultimo rimasto il modello unitario di attività di tutti i soggetti dell'ordinamento. F. LAURENT scriveva infatti, in *Principes de droit civil français*, Parigi-Bruxelles, 1876, vol. XX, p. 635, trad. it., *Principi di diritto civile*, Milano, 1898, vol. XX, p. 479: «non vi sono due diritti, l'uno pei privati, l'altro per lo Stato; ve n'è uno soltanto, e il codice civile ne traccia le regole»; P. LABAND, in *Besprechung* di O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, in «Archiv des öffentlichen Rechts», II, (1887), p. 156, affermava inoltre che «il diritto amministrativo non è una specifica disciplina del diritto, ma è la somma di quelle norme che riguardano la pubblica amministrazione» cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 349 e 352. Mentre in Francia la Rivoluzione portò presto alla nascita di un diritto amministrativo, in Italia l'unificazione si accompagnò alla nascita di un diritto che disciplinava l'amministrazione in modo specifico, ma non così spiccato come in Francia, su cui v. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 202. Da un punto di vista giurisdizionale, stante i limitati poteri riconosciuti al giudice ordinario, si è registrata una sostanziale assenza di sindacato giurisdizionale con conseguente intangibilità della volontà amministrativa, tanto che la specialità veniva ancora intesa come separazione tra giustizia e amministrazione. L'All. E alla legge di unificazione del 1865, n. 2248, delineava infatti la specialità del soggetto pubblico nei confronti del potere giudiziario (ordinario),

La creazione del giudice amministrativo, «guardiano» peculiare indotto spesso ad agire nell'interesse dell'amministrazione contrariamente a quanto era solito fare il giudice ordinario, ha tuttavia accentuato la specialità del diritto amministrativo²⁴. La posizione istituzionale del primo, particolarmente vicino all'amministrazione, giustificava peraltro il suo potere di annullamento degli atti amministrativi, mai riconosciuto in capo al giudice ordinario, ma non ancora quello sostitutivo né tantomeno il potere di sindacare la discrezionalità amministrativa²⁵. Da un lato il Consiglio di Stato esaltò il profilo autoritativo dell'amministrazione a discapito dei privati²⁶, dall'altro fu l'artefice della costruzione delle garanzie del cittadino nei confronti dell'autorità.

Come rilevato da Hauriou agli inizi degli anni '20 del 1900, «Il *Conseil d'État* del secondo Impero aveva già intrapreso la via che conduce a trasformare una giurisdizione fondata sulla prerogativa dell'amministrazione in una giurisdizione d'equità», quale protettrice degli interessi individuali, mentre «Fino ad allora il *Conseil d'État* era stato il

su cui v. A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA* 2002, Milano, 2003, p. 61, quest'ultimo non ammesso a pronunciare l'annullamento dei provvedimenti amministrativi, che potevano essere conosciuti solamente *incidenter tantum* ai sensi degli artt. 4 e 5. Testimonianza di tale prima declinazione della specialità sono le norme di «diritto privato speciale» sui contratti pubblici contenute nell'All. F alla legge appena citata, che delineavano una posizione privilegiata per il contraente pubblico, tanto sotto il profilo della disciplina dell'appalto, rispetto a quella contenuta nel codice civile del 1865, quanto sotto il profilo dei principi regolatori dell'attività contrattuale, cfr. N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, cit.; A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 64; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 19 ss. Già A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici. Relazione generale*, in *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Le opere pubbliche, 1, I lavori pubblici*, Milano, 1967, p. 53, metteva in luce la «posizione di maggior forza» riconosciuta all'amministrazione dall'All. F. I privilegi dell'amministrazione erano visti come garanzie per l'espletamento di un'attività necessaria di esclusiva spettanza dell'amministrazione. 2) L'altra, più conosciuta, declinazione della specialità che l'Italia ha sperimentato nel corso dell'Ottocento, in particolare dal 1889 in poi, è quella corrispondente al diritto amministrativo contemporaneo, quale autonoma branca dell'ordinamento giuridico dotata di istituti e principi propri. Essa, sempre più lontana dal diritto comune, emergeva dai tratti della supremazia, della unilateralità nella produzione degli effetti e della limitazione della responsabilità, caratteristiche queste che hanno portato a teorizzare una disciplina giuridica del tutto avulsa dal diritto comune che si imponeva nei rapporti tra amministrazione e cittadino.

²⁴ Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., p. 1622, che ha sottolineato che: «Storicamente, il diritto amministrativo è stato – secondo la formula di *Prosper Weil* ricordata dall'autore francese – il «miracolo» costituito dall'assoggettamento del potere allo Stato di diritto per opera di un giudice in una posizione affatto particolare, considerato il legame di «consanguineità» con il governo, oggetto principale dei suoi giudizi»; ID., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., p. 74, secondo cui questa missione del giudice amministrativo, così come quella di inquadrare l'attività amministrativa attraverso regole speciali ad essa adatte, sono oggi recessive, in quanto il diritto amministrativo tende a divenire il diritto ordinario del potere pubblico e le regole speciali si sono oramai stabilizzate.

²⁵ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 355 ss.

²⁶ Facendo di questo il tratto di specialità del diritto amministrativo, cfr. F. BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, pp. 523 ss.

cane da guardia della prerogativa; applicava con rigore le misure che colpiscono gli amministrati e i privilegi di cui gode l'amministrazione»²⁷. Questi privilegi, tuttavia, non venivano del tutto abbandonati, ma solo ricondotti entro limiti ragionevoli²⁸.

Sin dal XIX secolo la dottrina si è sforzata di raggiungere un obiettivo di elevato profilo garantista nel diritto amministrativo, sottoponendo al giudice e al diritto l'attività di cura dell'interesse pubblico in cui emergevano i connotati della sovranità. «Lo Stato che consente di essere giudicato (...) fa veramente la caratteristica del diritto pubblico moderno. (...) lo Stato è giudicato quando viola la legalità perché è necessario per la protezione dei diritti dell'individuo, e persino dei suoi semplici interessi»²⁹.

La tradizione dello Stato di diritto, attento alle guarentigie delle libertà degli individui di fronte al potere amministrativo, si è ulteriormente perfezionata con i rimedi costituzionali nei confronti degli abusi del legislatore ed ha assicurato la garanzia delle libertà fondamentali entro e attraverso una particolare organizzazione del potere politico. Il giudice amministrativo ha a tal proposito contribuito allo sviluppo di garanzie maggiori, che non avrebbero potuto essere coltivate nell'alveo del diritto comune e del suo giudice³⁰, tanto che talvolta «la protezione giuridica verso gli enti pubblici ha un'estensione maggiore che non quella che si svolge tra persone private»³¹.

²⁷ M. HAURIOU, *Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 51, 1921-22, pp. 236 ss. V. al riguardo anche S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 41, secondo cui con il passare del tempo Dicey attenuò la sua posizione, riconoscendo che il diritto amministrativo francese perse il carattere arbitrario grazie allo sviluppo del Conseil d'Etat come vero e proprio giudice. Sull'argomento v. R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2009, pp. 1319 ss.

²⁸ A. MESTRE, *L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, cit., pp. 247 ss. Emancipatosi dal diritto privato, il diritto amministrativo assunse via via i contorni di diritto fondato sulla disuguaglianza delle parti e sulla contrapposizione tra potere e soggezione, evolutasi poi in quella tra potere e interesse legittimo. L'esito naturale dell'attività amministrativa divenne il provvedimento amministrativo, non più il negozio, considerato quale «pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa», cfr. S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., pp. 48 ss.

²⁹ F. LARNAUDE, *Le droit public. Sa conception. Sa méthode*, in *Les Méthodes juridiques*, Parigi, 1911, p. 18. Si veda sul punto M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, cit., pp. 5-6.

³⁰ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, cit., pp. 6 ss.; D. ZOLO, *Teorica e critica dello Stato di diritto*, in (a cura di) P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teorica, critica*, Milano, 2002, p. 46.

³¹ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, p. 18.

La specialità del diritto pubblico investì il campo dell'espropriazione, non più qualificata in termini di «vendita forzata», quello della responsabilità, dotata delle sue «regole speciali» – secondo il noto *arrêt blanco* del 1873 – e insussistente in presenza di poteri discrezionali dell'amministrazione³², sino a connotare l'intero regime della nuova attività sociale assunta dall'amministrazione, quella del servizio pubblico³³. Primato dell'interesse collettivo, supremazia degli organi amministrativi e disparità del rapporto erano le parole chiave degli amministrativisti di tardo Ottocento³⁴.

Con l'inizio del XX secolo la dottrina accentuò sempre più il riconoscimento della specialità amministrativa e favorì l'impiego del diritto pubblico da parte delle amministrazioni a discapito del diritto privato³⁵, sostenendo persino l'incompatibilità del contratto con l'esercizio del potere pubblico, che avrebbe dovuto cedere a favore del provvedimento³⁶. Durante la prima guerra mondiale, in particolare, aumentarono i privilegi pubblici nella contrattualità per garantire la continuità nelle prestazioni dei servizi e delle pubbliche forniture³⁷.

Dalla specialità del diritto amministrativo, inteso come diritto sottratto al controllo giurisdizionale, si passò così ad una nuova declinazione della specialità, intesa quale disciplina sostanziale speciale dotata di una sua autonomia e di una propria giurisdizione speciale. Alla pubblicizzazione del diritto sostanziale delle amministrazioni si affiancò

³² Così S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 67.

³³ Il diritto privato rimase la sede delle garanzie individuali, il diritto amministrativo quella delle prestazioni sociali erogate alla collettività, in una dicotomia pubblico – privato che si andava rafforzando sempre più. Sul punto si veda diffusamente L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 400 ss.

³⁴ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 4, 1994, pp. 483 ss.

³⁵ Di grande «pubblicizzazione» parla M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, pp. 49 ss., che sottolinea il ruolo centrale assunto dalla scienza giuridica nell'elaborazione del diritto amministrativo.

³⁶ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., pp. 483 ss., che richiama al riguardo le teorie di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911.

³⁷ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 28 ss. Le logiche pubblicistiche condussero anche a una nuova disciplina della contabilità generale dello Stato (r.d. del 18 novembre 1923, n. 2440) volta ad assicurare la convenienza economica dei contratti conclusi dalle amministrazioni. Tale normativa estendeva i privilegi previsti dall'All. F della legge n. 2248/1865 per gli appalti di opere pubbliche a tutti i contratti dello Stato e ne introduceva di nuovi, cfr. ancora A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 30 ss.

infatti quella del diritto processuale, che completava il regime speciale che l'amministrazione assicurava a sé stessa³⁸.

2. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» E LA SUA RISCOPERTA.

Meno nota è la vicenda che ha portato alla nascita del «diritto privato speciale». Si è detto che esempi di quest'ultimo possono rinvenirsi sin dall'epoca premoderna. Prima della nascita del diritto amministrativo, infatti, i rapporti tra autorità e cittadini erano disciplinati dal diritto comune, ma, già al tempo, un complesso di deroghe attribuiva all'autorità un insieme di privilegi. Le norme di «diritto privato speciale» sono in particolare rinvenibili in ogni epoca storica successiva all'epoca premoderna, sino ai giorni nostri, ed esse ebbero una particolare diffusione durante i periodi in cui le pubbliche amministrazioni facevano ampiamente uso del diritto privato. Ciò si evince ad esempio dalla lettura dell'All. F alla legge di unificazione del 1865, n. 2248, che delineava una posizione privilegiata per il contraente pubblico rispetto a quella contenuta nel codice civile del 1865³⁹.

³⁸ V. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1980, pp. 21 ss e M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 76.

³⁹ Sull'argomento cfr. A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 64. Ad esempio, gli artt. 247 ss. in materia di concessioni prescrivevano l'obbligo del concessionario di versare una cauzione a garanzia del corretto adempimento, perduta in mancanza di incominciamento dei lavori nei termini prescritti; attribuivano poteri di sequestro in capo al Governo per l'ipotesi in cui alla scadenza della concessione le ferrovie non venissero consegnate in buone condizioni; sancivano la decadenza automatica, senza neppure preventiva messa in mora, del concessionario inadempiente che non dimostrasse cause di forze maggiori con perdita della cauzione. A ciò si aggiungeva un sistema di riscossione analogo a quello delle contribuzioni pubbliche ove l'amministrazione avesse dovuto adottare delle misure provvisorie necessarie per far cessare i danni e le contravvenzioni dei concessionari. In relazione all'appalto, più specificamente disciplinato dagli artt. 319 ss., oltre al divieto di subappalto e di cessione senza approvazione dell'autorità competente, pena l'immediata rescissione dal contratto accompagnata da una multa, il diritto di recedere dal contratto spettava all'amministrazione quando l'appaltatore si rendeva colpevole di frode, negligenza o inadempimento. All'appaltatore era dovuto in tal caso il pagamento dei soli lavori eseguiti regolarmente, salvo comunque il risarcimento del danno in favore dell'amministrazione. I contratti erano obbligatori per l'amministrazione solo dopo l'approvazione, mentre il privato era vincolato sin dal momento della stipulazione o della sottoscrizione del deliberamento d'asta. L'amministrazione poteva procedere all'esecuzione d'ufficio a carico di un appaltatore inadempiente prendendo possesso delle opere in corso, dei cantieri e dei materiali, cfr. artt. 340 e 341 dell'All. F. Essa poteva persino risolvere in qualunque tempo il contratto dietro pagamento dei lavori eseguiti, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere e del decimo dell'importo delle opere non eseguite, cfr. art. 345 della legge 2248/1865, All. F, oggi sostanzialmente riprodotto dall'art. 109 del Codice dei contratti pubblici, d. lgs. n. 50/2016, e poteva ritenere le rate di pagamento del prezzo spettante all'appaltatore che non rispettasse le condizioni del contratto.

A partire dagli anni '20 del secolo scorso si affermò lentamente una nuova dicotomia tra pubblico e privato dai confini incerti⁴⁰: il potere amministrativo non si avvaleva più dei soli strumenti pubblicistici autoritativi, ma tornava frequentemente a far uso del regime di diritto privato, da cui traeva forza. Il diritto amministrativo perdeva progressivamente i tratti di unitarietà che aveva conquistato nel corso dell'800 e si avvaleva sempre più di forme di «attività privata», in particolare nel contesto dell'amministrazione di prestazione, ove il provvedimento amministrativo era tutt'altro che sovrano. Il Consiglio di Stato degli anni '30 nei rapporti tra pubbliche amministrazioni e imprenditori prediligeva le esigenze di certezza contrattuale a quelle sottese ai poteri amministrativi unilaterali e, negli stessi anni, la Corte di cassazione escludeva che la discrezionalità amministrativa impedisse di poter ravvisare la responsabilità dell'amministrazione per gli illeciti civili, in ottica ben più garantista e liberale di quanto riscontrabile in epoche successive, proprio grazie ad una larga applicazione del diritto comune⁴¹.

Dopo una prima fase di pubblicizzazione dei rapporti amministrativi consensuali, durante la quale si era assistito ad un «assorbimento» nel provvedimento delle forme privatistiche e negoziali⁴², sembrava riesumare quella specialità che assumeva come punto di partenza il diritto comune, pur sempre plasmato dalla natura pubblica del soggetto coinvolto nel rapporto e non più corrispondente ad un *corpus* normativo autonomo. Si estendeva così l'ambito di applicazione delle regole del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, non essendo stato elaborato un diritto a sé per i contratti delle amministrazioni pubbliche. La nuova contaminazione tra pubblico e privato, dovuta all'interventismo dello Stato novecentesco, complicò lo statuto

⁴⁰ Cfr. ancora L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 470 ss.

⁴¹ Così M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 163-164 e 169; N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., p. 72; F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, cit., che nel commentare la giurisprudenza del Consiglio di Stato durante il fascismo afferma: «Come rileva Guido Melis, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si pone in dichiarata, se non enfaticamente, continuità con quella precedente del periodo liberale, perfino nella scellerata vicenda delle leggi razziali. Se il legislatore del 1938 aveva pensato a una legislazione speciale e discriminatoria sottratta a ogni scrutinio giurisdizionale (art. 26 R.D.L. n.1728 del 1938), prima la Corte di appello di Torino (sentenza 5 maggio 1939) e poi il Consiglio di Stato (IV, decisione n. 438 del 1940) arrecano un serio *vulnus* a questo impianto, negando valore costituzionale alla legge e quindi ritenendo che essa non fosse in grado di derogare al principio generale della tutela giurisdizionale dei diritti, fornendo così protezione ai cittadini di "razza ebraica", mediante l'uso accorto, al limite dell'ipocrisia giuridica, di clausole e principi generali».

⁴² Così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 37 ss.

dell'amministrazione, che moltiplicava i suoi modelli d'azione con un continuo affiancamento tra autorità e consenso che metteva in crisi le rassicuranti categorie ottocentesche della specialità amministrativa.

Con l'avvento della Costituzione mutò nuovamente la declinazione della specialità amministrativa, non più configurabile quale privilegio dell'amministrazione come agli esordi del diritto amministrativo, quando la specialità denotava l'anteposizione dell'autorità e delle prerogative degli apparati pubblici alle libertà dei governati, ma legata al profilo di garanzia dei cittadini e all'effettività della loro tutela giurisdizionale, che impose un'interpretazione restrittiva dei privilegi delle amministrazioni ancora previsti dalla legge⁴³. La nuova declinazione della specialità amministrativa non giustificava più neppure le immunità delle amministrazioni non previste espressamente dalla legge, in passato invocate in nome dell'interesse soggettivo delle stesse, ma pretendeva il rispetto del dovere di imparzialità, oltre che del vincolo di scopo⁴⁴.

La Costituzione non imponeva, né impone oggi, l'adozione del regime di diritto pubblico per l'attività delle amministrazioni. Lo statuto costituzionale dell'amministrazione detta infatti taluni principi fondamentali, quali quello di legalità, di imparzialità, di buon andamento, che sono pienamente compatibili con un'attività tanto di diritto pubblico, quanto di diritto privato, tornata spesso ad essere la forma «comune» dell'attività amministrativa⁴⁵.

Si espanse pertanto nuovamente l'area di rilevanza del diritto privato e dei suoi principi, spesso comuni all'operato delle amministrazioni e dei privati e sempre meno affetto da profili di specialità. Il passaggio dal pubblico al privato non comportò però necessariamente la contrazione della sfera amministrativa: le attività che si avvalevano di moduli privatistici o che, spesso, venivano deferite ai privati continuarono a rientrare

⁴³ Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 181 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 460. Sulla lettura restrittiva ed eccezionale dei limiti delle libertà costituzionali e sull'interpretazione liberale delle norme di esercizio del potere su di esse incidenti v. A. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 17, I, 2009; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3, pp. 11 ss.

⁴⁴ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 518.

⁴⁵ Per tale posizione v. recentemente V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, pp. 7 ss., già espressa in ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

nelle competenze dell'amministrazione, talvolta sotto forma di erogazione diretta, altre volte sotto forma di controllo e vigilanza da parte di quest'ultima⁴⁶. Lo Stato – imprenditore si trasformò in Stato – regolatore, ma non per questo esso poté disinteressarsi di interi settori giuridici che gli competevano.

La riscoperta del diritto privato ha portato parallelamente, negli ultimi decenni, alla proliferazione delle norme di «diritto privato speciale», oggi molto numerose. Già Santi Romano evidenziava l'insufficienza del diritto privato a regolare i rapporti di cui è parte la pubblica amministrazione, sottolineando come «il diritto civile, applicato in confronto alla pubblica amministrazione, si trasforma da diritto comune in *ius singulare*»⁴⁷, in quanto anche nell'ambito dell'attività privatistica che lo Stato svolge per l'interesse pubblico esso «non si spoglia interamente della sua sovranità»⁴⁸.

Il rapporto che lega la norma generale di diritto privato a quella di «diritto privato speciale» è un rapporto di regola – eccezione⁴⁹, in forza del quale la prima è applicata direttamente, non già analogicamente, all'attività privatistica della p.a., salvo disapplicazione imposta da un'espressa deroga contraria⁵⁰. Nei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo, al contrario, stante l'intervenuta sistematizzazione delle norme di diritto pubblico, divenuto un autonomo e organico ramo dell'ordinamento, il principio di specialità non ha più un valore assoluto come poteva dirsi in origine, in quanto l'applicazione del diritto privato alle pubbliche amministrazioni presuppone l'assenza di apposite norme o principi generali di diritto pubblico atti a regolare autonomamente il caso di specie. Il diritto amministrativo in senso stretto non può infatti essere oggi

⁴⁶ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 522.

⁴⁷ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 605 e v. anche p. 566; nello stesso senso si veda G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubb.*, 1918, I, p. 192, che, escludendo l'uso della personalità di diritto privato da parte degli enti pubblici che si assoggettano al diritto civile, ipotizza di qualificare come atti amministrativi quelli di diritto privato posti in essere dalle amministrazioni.

⁴⁸ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in (a cura di) V.E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, p. 130.

⁴⁹ Su cui v. *infra*, cap. V. V. anche M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985.

⁵⁰ Così F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1962, pp. 35 ss., spec. pp. 52 ss.

considerato un diritto propriamente derogante al diritto comune, essendo dotato di una propria autonomia⁵¹.

Le norme di diritto civile sono potenzialmente applicabili a tutti i soggetti dell'ordinamento, privati o pubblici che siano. Pertanto, l'alternativa da chiarire è se le regole eccezionali di «diritto privato speciale» debbano su di esse prevalere o, al contrario, creino un privilegio ingiustificato a favore dell'amministrazione, una disegualianza irragionevole affetta da incostituzionalità⁵².

Talvolta la norma «anormale» diviene il fondamento di un principio generale applicabile alla sola amministrazione; altre volte essa deve essere applicata nei limiti della singola previsione derogatoria ed è per questo detta eccezionale; altre volte ancora essa dovrebbe reputarsi costituzionalmente illegittima⁵³. Rispetto a tale frastagliato panorama giuridico si impone l'esigenza di restituire coerenza e razionalità al sistema.

Infatti, tali norme attribuiscono all'amministrazione una posizione di vantaggio che altera il rapporto paritario normalmente intercorrente tra le parti di un rapporto privatistico. La loro legittimità deve pertanto essere valutata alla stregua dei principi di ragionevolezza e di stretta necessità, quali principi serventi la tutela dell'interesse generale. Solo in tal modo, astraendosi dall'interesse pubblico *specifico* per il quale le potestà vengono conferite dalla legge all'amministrazione di volta in volta considerata, è possibile vagliare la legittimità del «diritto privato speciale».

⁵¹ Cfr. ancora *infra*, cap. V. V. sul punto M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, ora in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 179 ss. e in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, pp. 79 ss., spec. p. 223, critico sul punto nei confronti della posizione di Hariou.

⁵² Così M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 11 e *passim*, che distingue tra «orientamenti tramandati in funzione di implicita immunità per la p.a. e quelli caratterizzati da una ragionevole specialità in relazione alla natura del fenomeno regolato».

⁵³ M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 13.

Ove difetti una tale legittimità, il diritto in considerazione si traduce in un odioso privilegio dell'amministrazione⁵⁴, incompatibile con lo sviluppo della libertà negoziale⁵⁵, dal momento che il diverso trattamento giuridico riservato alle amministrazioni rispetto ai privati risulta irragionevole e sproporzionato. In questi casi, salvo voler violare i valori democratici che informano l'odierno panorama normativo, le deroghe in favore delle amministrazioni non dovrebbero più aver ragion d'essere. Non è infatti più condivisibile l'assunto secondo cui i «privilegi» delle amministrazioni sarebbero controbilanciati dall'accresciuto ruolo giocato dalle assemblee parlamentari, come sosteneva chi considerava il rispetto del principio di legalità in senso formale sufficiente a legittimare il *favor* per le amministrazioni⁵⁶.

Gli esempi di «diritto privato speciale» potrebbero a prima vista essere ricondotti al fenomeno di conquista di terreno della sfera pubblica ad opera del diritto privato, ma tale processo non è stato unidirezionale: il sistema ha reagito all'apparente primato del diritto privato con una contropinta, accostando ad esso regole derogatorie e limiti che hanno fatto conservare alla disciplina in questione una impronta pubblicistica⁵⁷.

Talvolta ciò è avvenuto per bilanciare il *deficit* di legittimazione dei soggetti privati cui sono state attribuite funzioni pubbliche, talaltra per assicurare la cura

⁵⁴ Ad esempio le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno riscontrato un ingiustificato privilegio a favore di soggetti che gestiscono per definizione un'attività imprenditoriale, sia pure pubblicamente orientata, nelle norme che prevedono forme solenni per i contratti conclusi dalle aziende pubbliche speciali degli enti territoriali, contrarie alla rapidità ed elasticità imposte dalla natura dell'attività da queste espletata. Le esigenze di tutela delle controparti, in particolare, che legittimamente si attendono di poter confidare nell'applicazione dei principi generali sulla libertà delle forme negoziali in difetto di norme chiare in senso contrario, imporrebbero di esentare queste ultime dalle forme solenni richieste per i contratti delle pubbliche amministrazioni dalle norme di «diritto privato speciale». Così Cass. civ., sez. un., ord. 9 agosto 2018, n. 20684, secondo cui «l'azienda speciale, pur appartenendo al sistema con il quale la pubblica amministrazione gestisce i servizi pubblici che hanno per oggetto beni o attività rivolte a soddisfare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità sociali, non può qualificarsi, ai fini della normativa sui contratti, come una pubblica amministrazione in senso stretto». Sull'argomento v. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, pp. 78 ss.

⁵⁵ Così G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: raccolta di scritti*, (a cura di) G. DIURNI, Napoli, 1984, vo. II, p. 722.

⁵⁶ R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 2, 1997, pp. 225 ss., 1997, spec. p. 233.

⁵⁷ G. TULUMELLO, *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *Giustamm.it*, 2015, pp. 19 ss. Per l'arretramento del diritto pubblico rispetto al diritto privato e per la «controreazione del diritto pubblico che con diverse forme invade e si appropria di alcune delle aree tradizionalmente assegnate al diritto privato» v. anche L. ROVELLI, *Sistema di diritto comune*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2020, che ricorda al riguardo le parole di Guido Alpa.

dell'interesse generale, altre volte ancora per tutelare l'imparzialità e l'indipendenza dell'azione privatizzata⁵⁸. Il legislatore ha assunto in tal modo un atteggiamento contraddittorio, in quanto, dopo essere ricorso a modelli privatistici, ha messo in moto uno «sconfinamento» del diritto amministrativo sul terreno tradizionalmente proprio del diritto privato⁵⁹. Normalmente l'amministrazione si avvale del diritto privato per essere più efficiente e razionale⁶⁰, in quanto non sempre il diritto pubblico riesce a soddisfare tutti i bisogni della collettività e a contenere i costi della spesa pubblica⁶¹. La contropinta pubblicistica determina però una più o meno intensa ripubblicizzazione dell'attività privatistica della p.a., che dipende dal tipo di attività in considerazione, dagli interessi in gioco e dalle esigenze del mercato⁶².

A fondamento di tale fenomeno sembrano doversi rinvenire le tradizionali ragioni sottostanti alla «prima via della specialità amministrativa», espressione utilizzata da Pajno per indicare il diritto amministrativo in senso tecnico, legate all'ideologia della superiorità dello Stato. Siffatte ragioni hanno condotto infatti il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza a ravvisare la necessità di prevedere deviazioni dal diritto privato comune nel campo dell'attività privatistica delle amministrazioni, considerato di per sé inidoneo a preservare l'interesse pubblico curato dalle amministrazioni. In tal modo si è

⁵⁸ B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in (a cura di) G. FALCON, B. MARCHETTI, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, cit., pp. 144 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 75 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579.

⁵⁹ Secondo F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, pp. 549 ss., tale fenomeno si è realizzato a causa dell'accento posto sul carattere funzionale dell'attività amministrativa, anche se svolta in forma privatistica, che ha portato alla riqualificazione in termini pubblicistici dei soggetti privati impegnati in attività di rilievo generale e all'individuazione di segmenti di rilievo generale all'interno dell'azione di tali soggetti.

⁶⁰ C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in (a cura di) ID., *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 54.

⁶¹ S. VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1403-1404.

⁶² V. ancora B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, cit., pp. 172 ss. La reciproca compenetrazione dei fenomeni di privatizzazione del pubblico e di pubblicizzazione del privato è stata messa in luce anche da Bobbio, richiamato da F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, cit., par. 3 e P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, pp. 579 ss.

costruita la «seconda via della specialità amministrativa» rappresentata, sempre secondo Pajno, dal c.d. «diritto privato speciale»⁶³.

Potrebbe ipotizzarsi l'opportunità di considerare il diritto privato *tout court* come diritto idoneo a proteggere gli interessi generali, ponendo in discussione l'assunto secondo cui il diritto pubblico sarebbe il solo in grado di assicurare una tale tutela. Il ricorso al diritto privato, infatti, non può significare automaticamente mancata protezione degli interessi generali⁶⁴, essendo il suddetto diritto, al contrario, spesso a ciò funzionale⁶⁵. Tuttavia, si deve rifuggire dalla convinzione opposta, che considera sempre preferibile il ricorso al diritto privato e inefficiente il ricorso al diritto pubblico. Estensioni e limiti del primo devono essere vagliati attentamente al fine di discernere quando il ricorso al «diritto privato speciale» o a istituti o principi di diritto amministrativo debba ritenersi preferibile.

La dicotomia consenso – autorità è stata messa in crisi dal crescente impiego dei moduli consensuali da parte delle amministrazioni⁶⁶, tipici del diritto privato e solo apparentemente non autoritari, dal momento che in tale contesto le amministrazioni, piuttosto che divenire protagoniste di un rapporto paritario, hanno continuato a servirsi dei canoni di azione tipici del diritto amministrativo⁶⁷. Infatti, il diritto amministrativo

⁶³ Sulle due vie della specialità v. A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., pp. 555 ss.; ID., A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 60 ss.; ID., *Giustizia amministrativa ed economia*, cit., pp. 952 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., pp. 951 ss.; ID., *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in (a cura di) L. TORCHIA, *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, p. 140; ID., *Giustizia amministrativa e costituzione: dal giudice speciale al giudice ordinario del potere pubblico*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2020. Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 71 ss.

⁶⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 187, che riconosce che «l'ordinamento dispone di varie tecniche per garantire la cura dell'interesse generale o collettivo»; B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, cit., p. 176.

⁶⁵ Come dimostrato dalle norme inderogabili di diritto privato, poste a tutela di un interesse generale, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019, pp. 13 ss.

⁶⁶ In tema di amministrazione consensuale e negoziabilità del potere v. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978.

⁶⁷ Si pensi, per tutti, all'istituto degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/1990. I nuovi moduli di diritto privato diffusamente utilizzati dalle amministrazioni sembrano per taluno aver reso il diritto amministrativo «meno speciale», così G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubblico*, 1997, pp. 803 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995, p. 76, e avere inciso sulla antica pretesa di considerare ineluttabilmente prevalente l'interesse pubblico sull'interesse privato, segnando il tramonto del potere amministrativo e della sua irresponsabilità, su cui v. V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?* Alcune riflessioni critiche, in *Dir. amm.*, 1999, p. 194.

tende al diritto privato quando ammette la sostituibilità del provvedimento con il contratto e quando ammette l'applicabilità delle generali regole privatistiche all'attività amministrativa⁶⁸. Il modello di azione oggi dominante combina tuttavia la disciplina pubblicistica e la regolamentazione di diritto privato, dando vita ad una nuova specialità dei rapporti giuridici che coinvolgono le pubbliche amministrazioni⁶⁹ e facendo emergere un «diritto misto»⁷⁰.

La dottrina è stata perciò indotta a riesaminare le tradizionali ragioni della «specialità» amministrativa e a interrogarsi sul paventato tramonto di quest'ultima, da taluno considerato non necessario né inevitabile⁷¹. Le ragioni di tale «specialità» sembrano effettivamente mutate, ma non per questo del tutto superate: come si è accennato, nato come diritto «speciale» proprio delle pubbliche amministrazioni, a presidio della loro «libertà» intesa quale insindacabilità dal potere giudiziario⁷², le

⁶⁸ A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., pp. 555 ss. Esempio emblematico dell'applicabilità delle regole generali del diritto privato all'attività amministrativa si rinviene nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 in tema di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, ove il Supremo Consesso ha statuito che «la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha, infatti, in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (...) Nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimento, ma a responsabilità. Non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)».

⁶⁹ A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Giustamm.it*, 1, 2006. La complessità del fenomeno dell'attività di diritto privato della p.a. viene ascritta da P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, 1997, pp. 11 ss., ad un «intrecciarsi del diritto privato con il diritto amministrativo e, quindi, (alla) necessità di conciliare regole e principi differenti».

⁷⁰ Così S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, pp. 86-87.

⁷¹ R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, cit., spec. p. 228 e pp. 260 ss.

⁷² Mentre il potere privato è libero per ogni aspetto non regolato dalle norme che lo riguardano, il potere amministrativo è per definizione discrezionale per ogni aspetto non disciplinato dalle norme che lo

ragioni dell'odierna «specialità» amministrativa si celano dietro la valenza garantista assunta dal diritto amministrativo⁷³.

«Diritto privato speciale», diritto amministrativo e diritto privato non sono più oggi categorie nettamente distinte nell'attività amministrativa. Essi si combinano e danno luogo ad un composito statuto giuridico dell'amministrazione, fonte di rilevanti incertezze sul piano interpretativo di cui il legislatore non sembra affatto preoccuparsi.

3. LA NATURA DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE».

Occorre a questo punto considerare l'intrinseca natura, pubblicistica o privatistica, delle norme di «diritto privato speciale». Mentre le regole *tout court* «speciali» vengono pacificamente ricondotte al diritto pubblico amministrativo, essendo le stesse appositamente dettate per le sole pubbliche amministrazioni per il perseguimento dell'interesse pubblico, più dibattuta è la riconducibilità delle norme di «diritto privato speciale» al diritto pubblico amministrativo piuttosto che al diritto privato propriamente inteso⁷⁴.

In origine il confronto tra diritto comune e diritto speciale, inteso quale diritto eccezionale per le pubbliche amministrazioni, si poneva all'interno dell'autonomo sistema di diritto privato che costituiva un *corpus* organico e autosufficiente. Oggi, al contrario, diritto speciale (amministrativo) e diritto eccezionale («diritto privato speciale») non possono dirsi coincidenti, ma entrambi sembrano collocarsi nel contesto

prevedono, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CDS*, fasc. 3, 2005, pp. 947 ss.

⁷³ Il principio del giusto procedimento, sede principe della composizione degli interessi pubblici e privati, rappresenta l'odierna evoluzione in senso democratico della «specialità» amministrativa che si fa garante delle ragioni dei privati, troppo a lungo dimenticate, cfr. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, cit., pp. 260 ss. Nell'ultimo secolo la tendenza del diritto amministrativo è stata dunque quella di accentuare la dimensione garantista della sua specialità, come testimoniato dalle importanti riforme che hanno sancito la partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, il suo diritto di accesso, recentemente ampliato nelle forme del diritto di accesso civico generalizzato, o che hanno garantito l'effettività della tutela giurisdizionale nel nuovo processo amministrativo, anche grazie ai fondamentali contributi del diritto europeo, oggi forse maggiore di quella assicurata nel processo civile. A tal proposito si pensi ad esempio alla tutela dell'ottemperanza, ben più effettiva rispetto alle azioni esecutive del processo civile. Per l'importante incidenza del diritto europeo sul nostro sistema giurisdizionale si consideri anche la tutela cautelare *ante causam*, introdotta inizialmente per volontà europea nel settore degli appalti e poi estesa all'intero ordinamento giuridico.

⁷⁴ Esse sono ad esempio considerate norme di diritto privato da F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 35 ss.; cfr. par. 5.

del diritto pubblico, avendo il diritto privato perduto la centralità ricoperta nel passato⁷⁵. L'attività dell'amministrazione si svolge infatti sempre più spesso mediante l'utilizzo di strumenti privatistici, che subiscono talvolta una sorta di «trasformazione in senso pubblicistico»⁷⁶.

Già Treves, poco prima di Amorth, aveva evidenziato la natura pubblicistica delle norme di «diritto privato speciale», affermando che la tesi sul punto contraria era influenzata dalla concezione del diritto amministrativo come diritto eccezionale rispetto al diritto privato e dalla teoria che considerava la supremazia un connotato essenziale dei rapporti di diritto pubblico, tale per cui le norme che non la presuppongono dovrebbero necessariamente dirsi di diritto privato. Tuttavia, secondo l'autore, la destinazione univoca delle norme nei confronti delle amministrazioni non può che condizionare la qualificazione delle stesse come norme di diritto amministrativo⁷⁷ e l'attività dell'amministrazione non può definirsi pubblica o privata a seconda dello scopo da essa perseguito, dipendendo la sua natura da quella delle norme che la disciplinano⁷⁸.

Vassalli, commentando le trasformazioni che la legislazione di guerra aveva apportato al diritto civile, osservava che «se anche l'istituto conservi il nome tradizionale o la sua casella nel sistema di diritto privato, la sua essenza di diritto privato ne è mutata, e anzi tolta»⁷⁹.

Anche Giannini, interrogandosi criticamente sui limiti delle potestà derogatorie che in diritto pubblico sussistono rispetto agli istituti disciplinati dal codice civile,

⁷⁵ M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 4 ss.

⁷⁶ Così M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa*, Milano, 1996, p. 5, richiamato da C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., p. 13.

⁷⁷ G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato*, cit., pp. 96 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto civile*, cit., pp. 454 ss., spec. p. 456, che considera espressamente tali norme come norme di diritto amministrativo.

⁷⁸ G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato*, cit., p. 133.

⁷⁹ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, Prolusione letta nell'Università di Genova il 22 novembre 1918, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960, p. 341, su cui v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 156, che evidenzia che «Una dimensione pubblicistica, sinora sconosciuta, si insinua nel cuore degli istituti di diritto comune».

considerava questi ultimi, in forza delle suddette deroghe, non più civilistici, «ma anche pubblicistici»⁸⁰.

La dottrina ha anche osservato come la progressiva riduzione delle aree di privilegio dello Stato, sempre più occupate dal diritto comune, non esclude che da quest'ultimo scaturisca una disciplina speciale «impregnata di tipici elementi pubblicistici». Tale fenomeno deve essere «salutato con favore nella misura in cui tale diritto assicuri forme di tutela aggiuntive e soddisfacenti in capo ai cittadini, nei limiti cioè in cui la ricerca di esso significhi limitazione e garanzia a favore dei consociati»⁸¹.

Fondamentale al riguardo è la teorica di Amorth, secondo cui le norme di «diritto privato speciale» «più correttamente, sembra, dovrebbero dirsi di diritto pubblico»⁸². Questa teorica è stata tuttavia contraddetta da altra parte della dottrina, che ha ricondotto le norme di «diritto privato speciale» al regime di diritto privato: Cammeo⁸³ e Presutti⁸⁴, più recentemente ripresi da Anelli⁸⁵, pur riconoscendo che l'attività di diritto privato degli enti pubblici rientrasse nell'attività amministrativa di questi ultimi⁸⁶, affermavano che le suddette norme non negano né superano il diritto privato in quanto esse, derogando a norme dispositive di diritto comune, avrebbero potuto essere incluse in qualsiasi contratto dalle parti sotto forma di clausole. Ove, al contrario, le norme di diritto privato singolare

⁸⁰ Così M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico*, cit., p. 352, secondo cui i limiti in questione vanno considerati caso per caso, ma «quando un discorso si avvia sulla casistica, è la fine della possibilità di analisi scientifica». A proposito delle deroghe al codice civile poste dal Ministero dei lavori pubblici rispetto a «un istituto privatistico chiaro, come l'appalto», l'autore si chiede: «C'è qualcuno che capisce ancora che cosa è, in materia di opere pubbliche, l'appalto?». Riscontrando un assoluto disordine sull'argomento, Giannini prosegue affermando che «a caso le norme sono state fatte dal Parlamento, organo assolutamente ignorante, come deroghe alle leggi precedenti», queste ultime destinate prima o poi a scomparire, cfr. p. 353.

⁸¹ Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 23.

⁸² Così ancora A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 291 e 292 e *passim*.

⁸³ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 142; v. anche C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1954, p. 63, che distingue tra norme singolari di diritto privato e norme singolari di diritto pubblico, le prime corrispondenti a quelle che derogano a norme dispositive o imperative di diritto comune, le seconde a quelle che disciplinano gli atti amministrativi in materia di formazione dei contratti. L'A. individua i criteri base della specialità del regime applicabile ai contratti della pubblica amministrazione nei principi dell'«aderenza allo scopo» e della «necessaria attuazione dello scopo», spec. pp. 131 ss.

⁸⁴ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931, p. 48.

⁸⁵ Cfr. C. ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello stato e degli enti pubblici*, in *Cons. di Stato*, 1966, II, p. 341.

⁸⁶ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 26.

derogassero a norme imperative di diritto comune, esse non contraddirebbero il sistema e i principi generali del suddetto diritto⁸⁷.

Il quadro da ultimo raffigurato non sembra cogliere il segno per una pluralità di ragioni, prima tra tutte quella per cui esso non corrisponde alla concreta modalità con cui tali norme si applicano ai rapporti tra privati e amministrazioni: queste ultime non entrano nel contratto per una volontà comune delle parti, sotto forma di clausole, che d'accordo decidono di riservare un trattamento di favore all'amministrazione, ma si impongono *ex lege*, secondo il meccanismo di cui all'art. 1339 cod. civ., e prevalgono sul regime di diritto privato che altrimenti avrebbe regolato il rapporto. Esse non sono pertanto espressione dell'autonomia delle parti, ma rendono autoritativamente, per volontà del legislatore, squilibrato il rapporto contrattuale che sarebbe stato altrimenti paritario.

Inoltre, lo stesso Amorth mette in luce la contraddizione insita in tali teorie, che riconducono le norme di «diritto privato speciale» al diritto privato sol perché incidono su un rapporto retto fondamentalmente dal diritto privato, nonostante esse siano applicabili alle sole pubbliche amministrazioni. Dal momento che tali norme permettono persino di far prevalere l'interesse di una parte, quello dell'amministrazione, altrimenti sacrificato dalle norme di diritto privato non derogate, esse non possono invero che contrapporsi a queste ultime⁸⁸. Cammeo rilevava d'altronde che il diritto privato singolare è tale *ratione materiae*, poiché riferito soltanto a determinati negozi, e *ratione personae*, in quanto concernente soltanto le persone giuridiche pubbliche, ed aggiungeva che esso è stabilito a favore della pubblica amministrazione costituendone un privilegio⁸⁹.

⁸⁷ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 65.

⁸⁸ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 292, nota 25, che privilegia dunque il criterio formale – soggettivo. Sulla natura pubblicistica del diritto speciale v. anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 60; R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, p. 69, che invoca il criterio formale – soggettivo, secondo cui il diritto pubblico è il complesso di norme che concerne unicamente lo stato e i suoi soggetti ausiliari e i rapporti tra questi e i terzi, mentre il diritto privato è il complesso di norme che concerne i privati e, eventualmente, i rapporti dello stato e dei soggetti ausiliari tra loro e i terzi. In tal senso v. già S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1928, pp. 6 ss.

⁸⁹ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 66, che qualifica tali norme come inderogabili in base al principio secondo cui «l'amministrazione non può rinunciare ai suoi diritti» e che riprende il pensiero di Cantucci, M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, p. 86.

Alle due teorie estreme, l'una facente capo ad Amorth – che accoglie un criterio «oggettivo - formale» –, l'altra facente capo a Cammeo – che accoglie un criterio «oggettivo - sostanziale» –, se ne affianca una terza, che valorizza un approccio casistico al fine di spiegare la presenza delle clausole «esorbitanti», tipiche della dottrina francese⁹⁰.

Si assume infatti che talune modificazioni potrebbero figurare in qualsiasi contratto stipulato tra privati, in quanto deroghe a norme dispositive di diritto comune che per legge riempiono spazi riservati all'autonomia delle parti: in tali casi il diritto speciale rimarrebbe diritto comune, non potendosi attribuire così grande importanza ad una circostanza esclusivamente soggettiva e formale; altre deviazioni sarebbero invece tipiche di un rapporto speciale, come è quello che si viene a creare nell'appalto di opere pubbliche. Pertanto, occorrerebbe distinguere tra deviazioni che esprimono la posizione di contraente forte della p.a., in grado di predisporre in maniera unilaterale le clausole contrattuali, e modificazioni tipicamente autoritative, previste per permettere un più rapido soddisfacimento dell'interesse pubblico: le norme che prevedono il primo tipo di deviazioni andrebbero qualificate come norme di diritto comune, quelle che prevedono il secondo tipo di deviazioni integrerebbero al contrario un diritto speciale «pubblico»⁹¹. Solo in questo modo si eviterebbe, da un lato, di considerare di diritto amministrativo atti tipicamente privatistici, come concludono i sostenitori della natura pubblicistica del diritto «singolare»; dall'altro, di privatizzare anche quelli che hanno uno stretto legame con le finalità e gli interessi pubblici affidati agli enti contraenti, come sostengono i sostenitori della tesi privatistica.

Questa dottrina prende spunto da Cantucci, secondo il quale quando le norme di diritto privato singolare snaturano la struttura essenziale del negozio di diritto privato e l'amministrazione deduce l'interesse pubblico come causa del negozio quest'ultimo viene a configurare un negozio di diritto pubblico e «le norme di diritto privato singolare

⁹⁰ Su cui, per quanto concerne la fase esecutiva dei *Contrats administratifs*, v. A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1963, pp. 285, 290, 295, 319, 320; R. CHAPUS, *Droit administratif general*, I, Paris, 1988, p. 744.

⁹¹ Così P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, pp. 85 ss., secondo cui quand'anche il diritto speciale deve dirsi pubblico il contratto di appalto non muta la propria natura di contratto privatistico, pur assumendo un'indubbia connotazione pubblicistica, dal momento che l'interesse pubblico non viene dedotto come causa del contratto.

cessano di essere tali, in quanto vengono ad essere sussunte nella sfera del diritto pubblico ad integrazione della disciplina pubblicistica del negozio»⁹². Al contrario, prosegue questa dottrina, quando l'amministrazione pone in essere i negozi di diritto privato essa «rinuncia a far valere l'interesse pubblico come elemento della causa dell'atto e quindi rinuncia ai privilegi che sono connessi al perseguimento di un interesse pubblico». Anche in questo caso, tuttavia, l'autore ammette modificazioni alla disciplina privatistica, sebbene esse non si riconnettano alla rilevanza dell'interesse pubblico, ma alla «particolare natura del soggetto amministrazione quale parte del rapporto disciplinato dal diritto privato»⁹³.

Il criterio, forse troppo incerto e indeterminato, fondato sulla rilevanza che l'interesse pubblico assume nell'attività⁹⁴ ed utilizzato per distinguere tra attività amministrativa di diritto privato e attività amministrativa di diritto pubblico, a seconda che si tratti di interesse solo indiretto o anche diretto, conduce l'autore ad osservare che nella prima l'interesse pubblico, che rientra in tal caso tra i motivi della manifestazione di volontà dell'ente, può essere preso in considerazione solo indirettamente e mediatamente, senza estrinsecarsi nei confronti del soggetto privato partecipe del negozio⁹⁵.

Tuttavia questa dottrina, in modo non condivisibile, qualifica in termini privatistici i rapporti tra amministrazione e privati, oltre che le norme che regolano i medesimi, nella seconda ipotesi considerata, ovverosia quando, pur rinunciando a far valere l'interesse pubblico come causa dell'atto, l'amministrazione beneficia di modificazioni alla disciplina privatistica in ragione della sua particolare natura soggettiva⁹⁶. Non si vede infatti in questi casi quale sia la ragione per cui modificare la normativa di diritto privato con norme di diritto privato singolare se non quella di voler

⁹² Cfr. M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 88.

⁹³ V. ancora M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 32-33.

⁹⁴ Su cui v. G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, II, ed., Milano, 1970, pp. 81 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, Milano, 1965, p. 128.

⁹⁵ *Op. ult. cit.*, pp. 40-41 e 84.

⁹⁶ Contro questa tesi e a favore della qualificazione in termini di diritto privato dei negozi che subiscono una trasformazione pubblicistica si veda nella dottrina tedesca TERNER, *Die Privatrechtstitel in Oeffentlichen Recht*, in *Archiv. des oeff. Rechts B.*, 9, 1098, p. 325; MEIER BRANECKE, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen in Verwaltungsrecht*, in *Arch. Des off. Rechts, N. F.*, B. 11, 1926, p. 230.

tutelare l'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione. E allora delle due l'una, o si giustificano in nome dell'interesse pubblico le norme di diritto privato singolare e si qualificano queste ultime anche in tal caso come norme di diritto pubblico, oppure, se la premessa è che in questi casi l'interesse pubblico può rilevare solo indirettamente, le norme di diritto privato non dovrebbero subire trasformazione alcuna.

Contraddittoriamente Cantucci prosegue ancora affermando che l'esistenza delle norme di «diritto privato speciale», che costituiscono a suo dire un privilegio per l'amministrazione, conferma la natura pubblicistica di tutta l'attività dell'amministrazione, in quanto la legge determina sempre speciali cautele e privilegi in favore dell'attività amministrativa in vista proprio delle finalità costitutive dell'amministrazione⁹⁷.

Neppure pare condivisibile l'assunto secondo cui «quando la legge non provveda positivamente nei riguardi del contenuto di alcuni di questi negozi, ciò non esclude che l'attività amministrativa di diritto privato porti determinate modificazioni alla disciplina privatistica dei rapporti»⁹⁸, ravvisandosi il fondamento della necessaria trasformazione della regolazione del rapporto nella sola natura pubblicistica di una delle due parti del medesimo. Un tale assunto è contraddetto dallo stesso autore laddove afferma che le dette norme, poiché sono tali *ratione materiae et personae*, non possono essere invocate dalla pubblica amministrazione in ipotesi diverse da quelle per le quali sono state dettate⁹⁹.

In conclusione, come osserva parte della dottrina, in mancanza di tecniche di funzionalizzazione alternative rispetto al «diritto privato speciale» predisposte dall'ordinamento giuridico «il ricorso agli strumenti privatistici rimarrà sulla carta; e il diritto privato costituirà soltanto la disciplina residuale degli atti non autoritativi»¹⁰⁰.

4. LA GIUSTIFICAZIONE DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE».

⁹⁷ M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 87.

⁹⁸ M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 51.

⁹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 87.

¹⁰⁰ Così G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2005, p. 486.

La dottrina ha tradizionalmente rinvenuto la giustificazione delle norme di «diritto privato speciale» nel loro carattere servente alla cura dell'interesse pubblico¹⁰¹. La privatizzazione sostanziale dei rapporti amministrativi, si è detto, non sarebbe conciliabile con la cura dell'interesse pubblico affidato alla pubblica amministrazione e il perseguimento di quest'ultimo determinerebbe in ogni caso «una particolare incidenza del regime pubblicistico sul rapporto convenzionale conseguente e una trasformazione degli stessi modelli civilistici utilizzati», provocandone una profonda alterazione¹⁰².

Il pubblico interesse diviene infatti, secondo questa tesi, il fondamento che giustifica le norme di «diritto privato speciale». La funzionalità di queste ultime sembrerebbe favorire una nuova tendenza alla pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, non più fondata sulla dimensione autoritativa dello statuto pubblicistico e sui privilegi dell'amministrazione, ma sulle specifiche esigenze del settore pubblico¹⁰³, giustificandosi con ciò il moltiplicarsi della specialità elaborata con riferimento agli istituti civilistici¹⁰⁴.

La logica sottesa alle norme in considerazione non sarebbe pertanto quella di riservare odiosi privilegi alla pubblica amministrazione, fonti di disparità e irragionevolezza che ne determinerebbero l'incostituzionalità¹⁰⁵, bensì quella di assicurare la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, che, «anche quando

¹⁰¹ V. al riguardo A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, pp. 567 ss., secondo cui le possibili deviazioni di diritto privato speciale che l'ordinamento pone sono a garanzia della funzionalità dell'azione amministrativa. In termini, con riferimento tuttavia agli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, pp. 187 ss. *Contra*, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., pp. 35 ss., spec. pp. 241 ss., secondo cui, in merito all'attività privata delle amministrazioni, la disciplina di diritto pubblico o comunque derogatoria del diritto privato assolve una funzione di garanzia contro l'arbitrio dell'autorità amministrativa, piuttosto che quella di assicurare la destinazione fondamentale dell'attività proteggendo l'interesse pubblico, cfr. al riguardo anche N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato*, cit., pp. 1078-1079.

¹⁰² S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 79.

¹⁰³ Così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 348.

¹⁰⁴ Così G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 78.

¹⁰⁵ Così M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 11 e *passim*, che distingue tra «orientamenti tramandati in funzione di implicita immunità per la p.a. e quelli caratterizzati da una ragionevole specialità in relazione alla natura del fenomeno regolato». Per una concezione del diritto speciale dell'amministrazione quale strumento di limitazione delle libertà dei cittadini, sconfinando in arbitrio e privilegio, v. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, cit., pp. 235 ss.

le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale»¹⁰⁶.

L'Adunanza Plenaria n. 4 del 1999 ha infatti chiarito che i valori di cui all'art. 97 Cost. riguardano ogni attività dell'amministrazione¹⁰⁷, poiché anche quando essa si avvale del diritto privato i canoni dell'azione amministrativa sono sempre orientati ai criteri di imparzialità e di buon andamento¹⁰⁸. Oramai si ammette pacificamente che l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione possa essere raggiunto con strumenti giuridici tanto di natura pubblicistica, quanto di natura privatistica¹⁰⁹, ma ciò non toglie che l'attività amministrativa rimanga unitaria e risponda sempre ai principi

¹⁰⁶ Cons. di Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4. Nel settore dei contratti della pubblica amministrazione non sussiste un'antinomia tra regole privatistiche e interesse pubblico tutelato dalle norme pubblicistiche; al contrario, le regole vigenti, appartenenti ai due diversi rami dell'ordinamento, coesistono e si adattano in considerazione del tendenziale primato della finalità pubblica senza in alcun modo privare il cittadino dei rimedi generalmente previsti dall'ordinamento di diritto privato, cfr. al riguardo M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 236 ss. Secondo M. NIGRO, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e privato*, cit., p. 463, l'utilizzo del mezzo privatistico da parte dell'amministrazione restringe infatti il vigore della disciplina pubblicistica ai soli profili strettamente connessi con tale qualità.

¹⁰⁷ Secondo M. NIGRO, *Conclusioni*, in (a cura di) U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987, p. 969, l'assoggettamento dell'attività di diritto privato ai principi costituzionali costituisce «la forma più raffinata, ma anche stringente, di conservazione del dominio pubblicistico».

¹⁰⁸ Cfr. Cons. di St., Ad. Pl., 22 aprile 1999, nn. 4 e 5. Già Cantucci aveva rilevato come gli atti di diritto privato dello Stato hanno, al pari di quelli posti sotto il normale regime del diritto pubblico, il risultato di provvedere agli scopi pubblici delle persone medesime, sia direttamente sia indirettamente, cfr. M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 15. Sul punto v. anche G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 23.

¹⁰⁹ Già Cantucci ammetteva l'utilizzabilità degli istituti generali di diritto privato per i rapporti pubblici, dunque anche per quella parte dell'attività degli enti pubblici che è immediatamente collegata con il raggiungimento delle sue finalità, cfr. M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 8 e 20 ss., che fonda la distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato sulla rilevanza che assume l'interesse pubblico come elemento della causa del negozio. Anche Ranelletti riconosceva che il contratto potesse essere utilizzato non solo come mezzo per procurare un vantaggio patrimoniale all'ente, ma anche come strumento di amministrazione, in quanto strumento idoneo a curare l'interesse pubblico, cfr. O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, in *Studi Scialoja*, Milano, 1905, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1992, pp. 703 ss. Nella dottrina tedesca sull'utilizzabilità delle forme di attività del diritto privato per il raggiungimento di pubbliche finalità da parte degli enti pubblici v. SCHNAPP, *Pubblica amministrazione e attività nelle forme del diritto privato*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, n. 2, 1992, pp. 343 ss.

costituzionali di legalità, economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, in gran parte codificati dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990¹¹⁰.

La lettura funzionale dello statuto pubblicistico avrebbe fatto emergere, per parte della dottrina, una nuova nozione unitaria di attività amministrativa soggetta ad uno statuto giuridico unitario, indipendente dalla natura giuridica formale dei soggetti che la pongono in essere e dagli strumenti utilizzati. Essa dovrebbe intendersi quale attività complessivamente protesa alla realizzazione di un fine pubblico¹¹¹.

A tale giustificazione si lega dunque il dibattito, che si cercherà di ripercorrere brevemente nel successivo paragrafo, inerente alla funzionalizzazione dell'attività amministrativa che si svolge secondo il diritto privato. In particolare, premessa l'esigenza generalmente accettata di dover assicurare la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni¹¹², ancora oggi si discute circa le modalità

¹¹⁰ A tal proposito v. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., pp. 483 ss.; D. SORACE, *Il giovane Cammeo e i servizi pubblici*, in *Quaderni Fiorentini*, 1993, pp. 511 ss.

¹¹¹ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., agg.*, VI, Milano, 2002, pp. 83 ss., secondo cui si tratterebbe in ogni caso di attività rivolta alla cura di interessi pubblici e governata dai principi di correttezza e imparzialità, spec. pp. 96 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Roma-Bari, 2011, p. 274; al riguardo v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 109 ss.

¹¹² Sul punto v. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 133 ss. e *passim.*, che distingue il «carattere funzionale» dell'intera attività di diritto privato dell'amministrazione, derivante dal suo essere strumento di attuazione della legge, dalla «funzionalizzazione» dell'attività di diritto privato, che presuppone la natura libera di quest'ultima e che ne comporta la sottoposizione ai poteri autoritativi attribuiti all'amministrazione per espresse disposizioni normative. Secondo P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Il Foro amm. - TAR - 2005*, pp. 2652 ss., che ritiene di dover superare la distinzione tra attività privata e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, anche la tradizionale attività *jure gestionis* dell'amministrazione sarebbe sempre orientata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui essa è portatrice. La Costituzione non conoscerebbe una distinzione tra amministrazione di diritto pubblico e amministrazione di diritto privato, ma solamente un'amministrazione volta a realizzare l'interesse pubblico, alla luce dei numerosi compiti di intervento nella vita sociale che ad essa attribuisce, cfr. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 119 ss.; C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, I, p. 597; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1981; in senso critico v. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1998, pp. 35 ss. Sulla funzionalizzazione dell'attività pubblica della p.a. per permettere una massimizzazione dell'interesse pubblico da perseguire cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 446 e 486.

attraverso le quali assicurarla¹¹³, che dovrebbero divergere da quelle dirette ad assicurare la funzionalizzazione dell'attività pubblicistica delle p.a.

Attualmente il rapporto tra vincolo di scopo e capacità giuridica generale della pubblica amministrazione è infatti ampiamente dibattuto. Partendo dal presupposto secondo cui il principio di legalità orienta l'intera attività dell'amministrazione, si è detto che i due termini del rapporto operano su piani differenti, tra loro compatibili: la capacità riguarderebbe un fenomeno statico di attribuzione in astratto di poteri e/o di riferibilità soggettiva di norme; il vincolo di scopo, il momento del concreto esercizio dei poteri. «Il problema sostanziale», ha sostenuto una parte della dottrina, «non è quello di porre dei limiti in astratto all'ambito dei poteri di diritto privato della pubblica amministrazione, ma di ottenere che l'esercizio in concreto di quei poteri non violi una regola predeterminata (lo scopo)»¹¹⁴.

Il principio di legalità opera sul piano dei poteri pubblicistici, consentendo all'ente di avvalersi solamente di quelli espressamente riconosciutigli dalla legge; i poteri privatistici, al contrario, sono automaticamente attribuiti all'ente medesimo tramite il conferimento per legge della personalità giuridica, salvo espressa disposizione

¹¹³ Cfr. sul punto N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato*, cit., p. 1085.

¹¹⁴ Così C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 167-168, secondo cui il vincolo di scopo inciderebbe sulla validità del negozio non in quanto interesse o motivo di una delle parti, ma come dato obiettivo e formalizzato, preesistente al negozio stesso. Il principio di legalità opera anche con riferimento all'attività di diritto privato secondo S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, p. 79; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, III, p. 12. *Contra* v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 89. Al contempo, tuttavia, anche la dottrina che, in senso diametralmente opposto, desume la limitazione della capacità di diritto privato delle amministrazioni dal principio di legalità invoca a favore del contrasto tra capacità e vincolo di scopo la stessa esigenza di garantire la rispondenza degli atti di diritto privato agli interessi pubblici che l'ente deve perseguire, cfr. G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009, p. 314; V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir.*, 1962, p. 288 e G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 55. Secondo C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 119, esisterebbero infatti due limiti all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, l'aderenza allo scopo e la necessaria attuazione dello scopo, su cui v. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 153; v. anche F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000, spec. p. 56. Salvatore Francesco Romano sosteneva che il principio di legalità non consente di qualificare gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione come negozi giuridici in senso proprio e considerava tali atti, al pari degli atti amministrativi, come atti esecutivi della norma di legge, cfr. S.F. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958. Cfr. sull'argomento F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2004, pp. 649 ss.

contraria¹¹⁵. I moduli di diritto privato non costituiscono pertanto un'area residuale in cui opera la p.a., stante il carattere generale della capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici¹¹⁶, ma sono l'unico modo in cui essa agisce al di fuori dei poteri autoritativi tipizzati dalla legge¹¹⁷. Secondo la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza il principio di legalità non si applica agli atti di diritto privato della p.a., benché anch'essi diretti al perseguimento del pubblico interesse, ma la tipicità e la nominatività sottesi a

¹¹⁵ In questo senso v. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 114 ss., secondo cui, esclusa la necessità di rinvenire nel diritto amministrativo la norma – base ed il trattamento giuridico del negozio, il principio di legalità assume rilievo solamente come possibile limite ad un determinato regolamento contrattuale. Secondo M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 988 ss., la riserva di legge e il principio di legalità sono «limiti – garanzia dell'azione dei soggetti che agiscono in quanto autorità», mentre nell'attività regolata dal diritto privato l'amministrazione è svincolata dai suddetti principi; ID., *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 662. In senso conforme v. anche F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, pp. 9 ss. e 240 ss.; G. PERICU, *Note in tema di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 191; N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, cit., 1088 ss. *Contra*, nel senso di estendere il principio di legalità anche all'attività di diritto privato, v. ancora C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 145 ss.

¹¹⁶ In origine e per lungo tempo la dottrina considerava gli enti pubblici titolari solamente di una capacità speciale di diritto pubblico. Il fondamento dei negozi di diritto privato compiuti dalle amministrazioni si rinveniva pertanto sempre nell'ordinamento di diritto pubblico. Si negava la piena capacità giuridica degli enti pubblici, considerati persone giuridiche istituite per conseguire scopi di diritto pubblico, in quanto tali scopi inibivano la possibilità di porre in essere negozi che si assumevano essere per gli stessi enti pregiudizievoli, cfr. sul punto C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 133 ss.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., secondo cui «La capacità giuridica privata spetta *ipso iure* alle persone giuridiche pubbliche, almeno nei limiti in cui corrisponde al loro scopo e salvo disposizioni espresse», cfr. p. 886. Fu Ugo Forti a porre le basi per la distinzione, successivamente condivisa quasi unanimemente dalla dottrina, tra capacità generale di diritto privato e capacità speciale di diritto pubblico, secondo cui la capacità speciale era delimitata dall'interesse pubblico per il quale agiva una determinata persona giuridica pubblica e individuava gli atti di natura autoritativa che quest'ultima poteva adottare, quella generale spettava di default a tutte le persone giuridiche, cfr. U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, pp. 204 ss. Sul tema v. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 111 ss.; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979, pp. 59 ss.; G. PERICU, *Note in tema di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit. Per un'attenta ricostruzione della questione v. A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 2018, pp. 399 ss. È tuttavia a Giannini che si deve il definitivo riconoscimento della piena capacità di diritto privato in capo agli enti pubblici, grazie al superamento dell'idea della necessaria coincidenza tra interesse pubblico e regime pubblicistico, cfr., in particolare, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, cit., pp. 20 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, pp. 351 ss. L'A. ammette la legittimazione negoziale piena della pubblica amministrazione, salvo diversamente disposto da norme positive, «che hanno valore, evidentemente, di norme derogatorie» (cfr. ID., *L'attività amministrativa*, cit., p. 21), ed afferma che la circostanza secondo cui norme positive limitano talvolta in concreto l'autonomia privata delle amministrazioni pubbliche, mediante espresse eccezioni, non fa che confermare l'esistenza della regola generale dell'autonomia privata piena delle stesse amministrazioni (cfr. ID., *Diritto amministrativo*, p. 59).

¹¹⁷ G. ALPA, *Autonomia privata ed applicazione delle norme civilistiche ai contratti pubblici*, in (a cura di) P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 75.

quel principio riguardano i soli atti amministrativi¹¹⁸. La sottomissione della p.a. alla legge non presuppone infatti che il conseguimento delle finalità degli enti pubblici avvenga necessariamente attraverso atti o negozi di diritto pubblico¹¹⁹.

4.1. LA FUNZIONALIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ PRIVATISTICA DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI TRA LIMITE ESTERNO E VINCOLO DI SCOPO.

L'incidenza dell'interesse pubblico sulla contrattualistica pubblica e, più in generale, sull'attività privatistica della p.a. è stata diversamente configurata dalla dottrina. Benvenuti, ad esempio, considerava il negozio un momento strumentale di attuazione del provvedimento, il solo a far emergere la rilevanza del suddetto interesse. Da tale presupposto discendeva la limitata rilevanza del diritto privato come fonte di regolazione dell'attività amministrativa, ancora caratterizzata preminentemente dal provvedimento amministrativo, da cui dipendeva il contratto¹²⁰. Tale posizione era portata agli estremi dalla dottrina che considerava il provvedimento un presupposto necessario del contratto, anche se implicito, che ne modellava la causa¹²¹.

Sull'argomento attualmente si contrappongono due tesi, quella che ammette l'incidenza del vincolo di scopo sull'attività privatistica della pubblica amministrazione a prescindere da apposite previsioni normative, sino ad ammettere la sua rilevanza ai fini della validità degli atti negoziali della pubblica amministrazione, e quella che, al contrario, considera l'interesse pubblico un mero limite esterno dell'attività privatistica della pubblica amministrazione, rilevante solo in sede di evidenza pubblica, controlli e responsabilità.

¹¹⁸ Cfr. A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 10 ottobre 2011, secondo cui «dire che il confine della capacità di diritto privato della p.a. è segnato dai fini istituzionali dell'ente può non essere di per sé sufficiente, se poi non si specifica se l'attività privatistica debba porsi, rispetto ad essi (fini), in termini di stretta strumentalità, o semplicemente in termini di non contrarietà», v. nota 43.

¹¹⁹ Così P. MICHARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 20, che nel commentare la dottrina di Amorth ricorda che in quest'ultima l'interesse pubblico nell'attività di diritto privato della p.a. caratterizza solo la posizione della p.a. come parte, non il negozio nella sua globalità, che continua ad appartenere al diritto privato. In termini v. anche G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 108.

¹²⁰ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 156.

¹²¹ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 377.

A sostegno della prima tesi¹²², secondo cui l'interesse pubblico permea l'attività privatistica della pubblica amministrazione a prescindere da apposite previsioni normative, Oppo affermava che ciò non significherebbe che il contratto trasmigri dal diritto privato al diritto pubblico, «ma neanche importa che la presenza del soggetto pubblico resti indifferente rispetto all'interesse generale e che non incida sulla disciplina dell'atto e del rapporto»¹²³.

Per Nigro il diritto civile, comune al settore pubblico e a quello privato, «comporta anche la messa in valore di esigenze proprie del settore pubblicistico per l'adattamento di principi esistenti e la creazione di principi nuovi»¹²⁴. L'autore metteva in luce la difficoltà di conciliare l'esigenza di sottoporre l'amministrazione alle regole in materia di responsabilità contrattuale, ponendo fine ad una delle più gravi e storiche prerogative della pubblica amministrazione, con la circostanza secondo cui «l'Amministrazione, anche quando opera *iure privatorum*, opera come Amministrazione, e cioè sotto la osservanza degli speciali statuti che ne regolano l'attività»¹²⁵.

Più incerta era la posizione di Sandulli, che, da un lato, considerava i limiti legali alla capacità privatistica degli enti pubblici «eccezioni a un principio generale» poste da norme imperative, dall'altro, ammetteva la limitabilità in concreto delle attribuzioni degli enti pubblici anche per via di norme «implicite (spesso ricavabili dalle finalità istituzionali dell'ente)»¹²⁶.

Ciò ha indotto molti ad indagare le ragioni che imporrebbero di ricostruire in chiave necessariamente speciale numerosi istituti e strumenti negoziali allorché siano utilizzati nel settore pubblico, ragioni rinvenute nell'asserita inidoneità strutturale del diritto privato ad assicurare le esigenze pratiche della funzione¹²⁷: si è detto che «il diritto

¹²² Cfr. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 141 ss., che riconduce il contratto che viola il principio della aderenza allo scopo al fenomeno dell'incompetenza della p.a., quale principio di ordine pubblico. Nello stesso senso cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1935, pp. 225 ss., che sostiene l'invalidità del contratto che non persegue l'interesse pubblico, tanto originario, quanto sopravvenuto.

¹²³ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 29.

¹²⁴ M. NIGRO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, 1988, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, p. 1934.

¹²⁵ M. NIGRO, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 462.

¹²⁶ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., cit., p. 715.

¹²⁷ Così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 343.

privato applicato alle pubbliche amministrazioni, in presenza del principio di legalità, diventi diritto amministrativo»¹²⁸ e che «se dunque una norma si definisce civilistica perché opera normalmente in quel sistema, questa stessa norma se e quando immersa nel diverso sistema pubblicistico non potrà che divenirne parte e dunque assumere, a sua volta, la qualificazione di diritto pubblico», sino a divenire un parametro di legittimità degli atti¹²⁹. La privatizzazione sostanziale dei rapporti amministrativi non sarebbe dunque conciliabile con la cura dell'interesse pubblico affidato alla pubblica amministrazione e il perseguimento di quest'ultimo determinerebbe in ogni caso «una particolare incidenza del regime pubblicistico sul rapporto convenzionale conseguente e una trasformazione degli stessi modelli civilistici utilizzati», provocandone una profonda alterazione¹³⁰.

Elevando il pubblico interesse a parametro di controllo dell'attività negoziale della p.a.¹³¹, la tendenza a funzionalizzare il diritto privato della pubblica amministrazione ha pertanto favorito la proliferazione delle norme di «diritto privato speciale», tanto scritte quanto non scritte. La parte pubblica si troverebbe infatti in una posizione di preminenza necessaria, che rende la causa del contratto funzionale all'interesse pubblico di cui è portatrice la stessa amministrazione, pena l'invalidità del contratto. Un tale interesse non è considerato limite esterno dell'operazione, ma elemento intrinseco, che ne caratterizza la funzionalità¹³². Pertanto, «l'interesse pubblico deve sempre prevalere su quello privato, pena il cedimento del sistema»¹³³.

La tesi in considerazione è vista con favore dalla Corte di cassazione, che ha sul punto affermato: «il fatto che la pubblica amministrazione, nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati (...) non significa che vi sia una piena e

¹²⁸ F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., pp. 649 ss.

¹²⁹ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 171.

¹³⁰ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 79.

¹³¹ Di limite «elastico e di intensità variabile», dall'essenza più sfuggente, che «attiene alla possibile rilevanza dinamica del vincolo di scopo e appare strettamente legato al rapporto tra attività negoziale del soggetto e funzione da questo svolta all'interno dell'ordinamento pubblicistico» parla P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, cit., pp. 387 ss.

¹³² In tal senso v. L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto pubblico*, Milano, 1988, pp. 101 ss.; F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022, pp. 97 ss.

¹³³ Così ancora F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., p. 278.

assoluta equiparazione della sua posizione a quella di un privato. Resta, comunque, l'ineliminabile differenza che discende dalla portata e dalla natura dell'interesse pubblico cui, in ogni caso, l'amministrazione deve ispirarsi e che, anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi – fondamentalmente in tema di pubblicità e trasparenza – che per il privato non hanno, invece, ragion d'essere»¹³⁴.

Secondo i sostenitori della tesi contrapposta la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni dipende da apposite previsioni normative e dovrebbe essere assicurata con strumenti esterni all'attività negoziale della p.a., quali l'evidenza pubblica¹³⁵ e il sistema dei controlli. Secondo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 1999, i valori di cui all'art. 97 Cost. riguardano ogni attività dell'amministrazione, ma le finalità istituzionali dell'amministrazione possono essere raggiunte mediante un'attività interamente sottoposta al regime giuridico sancito per i rapporti tra privati, non rinvenendosi un'incompatibilità aprioristica tra disciplina di diritto privato e interesse pubblico perseguito dall'amministrazione.

Eventuali limitazioni alla capacità di diritto privato, si dice, non possono essere desunte in via pretoria sulla base di un «generico contrasto con i fini dell'ente»¹³⁶, ma devono essere poste dalla legge stessa. Salvo espresse disposizioni derogatorie, il principio di legalità non limita la capacità giuridica generale degli enti pubblici, che rimane piena; tutt'al più, esso incide sull'uso degli strumenti privatistici

¹³⁴ Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2009, n. 8987.

¹³⁵ Su cui v. F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 441 ss.

¹³⁶ Cfr. Cass. civ., 22 gennaio 1953, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1953, 1, p. 382. Nonostante l'amministrazione, per la posizione costituzionale che occupa, sia assoggettata a taluni vincoli che riguardano il contenuto del contratto, essa non dovrebbe conservare speciali prerogative incidenti sul rapporto genericamente desunte dalla normativa di diritto pubblico e non appositamente attribuitele dal legislatore, v. al riguardo MAURER, *Verwaltungsrecht*, 1997, § 3, Rn. 9; WOLFF-BACHOF-STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, 1994, § 23, Rn. 13. In senso critico sulla funzionalizzazione v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 8 ss.; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., p. 136.

dell'amministrazione¹³⁷, conformandone contenuti e disciplina¹³⁸ tramite le norme di «diritto privato speciale».

Decisiva è al riguardo da reputare la posizione di Ledda, secondo cui la prevalenza dello scopo dell'amministrazione è incompatibile con il contratto e, pertanto, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato può essere assicurata solo indirettamente. Ammettere l'interesse pubblico a «entrare» nel contratto in mancanza di apposita disposizione normativa significherebbe negare la natura del contratto quale atto di autonomia privata che scaturisce dall'accordo delle parti¹³⁹: con esso le parti «possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge» (art. 1322 c.c.), pertanto uniche fonti e misure del vincolo contrattuale sono la legge e la volontà delle stesse parti. Il valore della libertà negoziale, rispettosa del requisito di liceità, non ammette di includere l'interesse pubblico tra le possibili fonti di integrazione del contratto in mancanza di un appiglio normativo in tal senso. Al contrario, l'integrazione del contratto secondo buona fede, sancita dall'art. 1375 c.c., osta ad ammettere la rilevanza degli interessi perseguiti da una sola parte del rapporto come vorrebbe la tesi sopra considerata della funzionalizzazione interna del contratto e impone a entrambe le parti di fare quanto necessario per consentire la realizzazione dell'interesse della controparte, nei limiti dei sacrifici esigibili secondo la normale diligenza¹⁴⁰.

Non si può infatti riservare all'interesse pubblico una posizione di supremazia rispetto agli altri interessi rilevanti per il contratto, non potendo il primo elevarsi a norma

¹³⁷ A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, p. 736; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 352; G. PERICU, *Note in tema di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 160; A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., par. 4.

¹³⁸ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Roma, VI ed., 1909, p. 35, sosteneva infatti che «Le idee stesse di personalità pubbliche e di proprietà (...) che sono importanti nel diritto civile, diventano, nel diritto amministrativo, serve e ministre allo scopo».

¹³⁹ In tal senso v. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 135 ss; cfr. al riguardo N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato*, cit., pp. 1085 ss. *Contra*, nel senso di ammettere il vincolo di scopo ad incidere sul contratto stante l'impossibilità per l'amministrazione di assumere una posizione identica a quella dei privati, poiché non titolare di un'identica autonomia privata, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 89 ss. e *passim*.

¹⁴⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 2019, pp. 42 ss.

del contratto¹⁴¹. Esso rimane un aspetto immanente nell'operazione negoziale in considerazione, ma non può da solo incidere sull'operatività degli strumenti privatistici in mancanza di espressa previsione normativa. Quando l'amministrazione diviene parte di un rapporto privatistico essa si rende «pari» rispetto al privato e rinuncia a far uso dei suoi poteri «esorbitanti» di diritto pubblico, pur perseguendo i suoi scopi.

«Quando usa il diritto privato», sostiene infatti autorevole dottrina, «l'amministrazione non accampa poteri né subisce vincoli diversi da quelli dei privati», dovendo rinvenire nel diritto privato gli strumenti necessari ad assicurare il perseguimento delle peculiari esigenze dell'attività amministrativa¹⁴². A tal proposito Nigro affermava che «non quale soggetto (...) l'amministrazione sovrasta gli altri soggetti e se ne differenzia, ma in quanto esercita potestà specificamente attribuitele e le esercita nelle forme tipiche che le sono proprie (...). Al di fuori dell'esercizio della funzione mediante il procedimento e l'atto in cui il procedimento culmina e di cui è forma, l'azione amministrativa rientra sotto la disciplina del diritto comune»¹⁴³.

È in tal modo che le amministrazioni decidono di «spogliarsi della loro posizione superiore ed eguagliarsi ai privati» per perseguire finalità istituzionali, «in modo che del diritto proprio di questi ultimi essi non si servano che per l'espletamento di una attività che da tale diritto per la sua stessa natura non sarebbe regolata»¹⁴⁴. Esse si avvalgono temporaneamente degli strumenti giuridici di diritto privato per l'espletamento di un'attività pubblica che sia con essi compatibile. L'eventuale disparità tra le parti non

¹⁴¹ Così A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, pp. 240 e 247.

¹⁴² F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990*, in *Il Foro amm. – CdS*, 2005, 4, 3, pp. 947 ss., par. 5.

¹⁴³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1994, Bologna, p. 185. Fenomeno inverso all'uso del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni è l'esercizio di funzioni pubbliche da parte di soggetti privati, su cui v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, che ripercorre il tema nelle opere di S. Romano, O. Ranelletti, F. Cammeo, E. Presutti, L. Raggi, G. Zanobini, G. Miele, M. S. Giannini. L'A. sottolinea che tale qualificazione, nel nostro ordinamento, non ha mai rilevanza da punto di vista organizzativo poiché gli esercenti pubbliche funzioni rimangono dei soggetti privati, cfr. p. 91.

¹⁴⁴ S. ROMANO, *Il Comune*, in V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1907, XII., vol. II, p. 570; ID., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1901, pp. 565 ss.; cfr. anche O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, ora in (a cura di) E. FERRARI – B. SORDI, *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, pp. 732 ss.; v. anche M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 414, che afferma come «l'ente pubblico, entrando in rapporti contrattuali, abbandona la sua posizione di supremazia ed assume quella di parità, propria dei rapporti privatistici».

risiede pertanto nella qualità degli strumenti dei quali esse dispongono, ma nella diversa misura della rispettiva forza¹⁴⁵, essendo spesso il cittadino la parte debole del rapporto. Tuttavia, di fronte alla metafora secondo cui l'amministrazione, quando contrae con il privato, scende dal proprio piedistallo per venire a patti col privato, Ledda riscontrava che «dal piedistallo l'amministrazione scende con un piede solo e, si direbbe, con scarsa convinzione, per risalirvi e poi discenderne di nuovo. Or tutto ciò non può essere accettato ancora come assolutamente necessario, o addirittura razionale. Lo scettro dell'autorità non è certo indispensabile per la realizzazione di quel pubblico interesse, che l'amministrazione *deve sempre curare come contraente*; la garanzia dell'imparzialità, che dovrebbe associarsi alla posizione autoritaria, *non serve affatto all'altra parte*»¹⁴⁶.

L'interesse pubblico dell'amministrazione, pertanto, dovrebbe divenire l'interesse di *una parte* del rapporto di diritto privato del tutto assimilabile a quello della controparte¹⁴⁷, non incorporato dall'attività amministrativa di diritto privato, altrimenti non più distinguibile da quella di diritto pubblico. Quell'interesse non dovrebbe assurgere, stante l'assenza di alcuna norma in senso contrario, un grado di dignità superiore: la nostra Costituzione si preoccupa di assicurare che l'operato dell'amministrazione sia sempre diretto alla cura dell'interesse pubblico e non sia da essa sviato, ma ciò non toglie che, una volta deciso di perseguire quell'interesse pubblico attraverso gli strumenti di diritto privato, l'interesse del privato abbia rispetto a questi ultimi una pari dignità e che il rapporto privatistico tra il singolo e l'amministrazione sia regolato dalle norme ordinarie di diritto comune se non diversamente previsto in forza di

¹⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990*, cit., par. 6.

¹⁴⁶ F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, p. 332.

¹⁴⁷ In tal senso v. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., pp. 42 ss., secondo cui una volta assunti gli impegni contrattuali il loro contenuto è definito e non lascia spazi all'interesse pubblico; cfr. anche F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 65 ss., secondo cui mentre nel provvedimento l'interesse pubblico rileva come motivo o causa dello stesso, nel contratto esso rileva come mero interesse di una parte, essendo gli interessi pubblici superindividuali del tutto estranei alla funzione del regolamento reciproco propria del contratto. Sull'irrilevanza giuridica dell'interesse pubblico quale interesse di parte v. anche G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., pp. 221 ss. ID., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 334, secondo cui in quanto interesse di una parte l'interesse pubblico concreto «può essere soddisfatto solo nella misura stabilita da quel regolamento e dalle norme integrative; e non può «conformare» la funzione del contratto o modellarne la sua causa quasi per una preminenza naturale».

norme che – secondo la tesi che qui si sostiene – tengano conto degli effetti sistemici da esse prodotti, anziché del solo interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione.

Il termine «interesse pubblico»¹⁴⁸ è peraltro fonte di equivoci quando viene utilizzato per indicare la *ratio* alla base delle discipline particolari che assicurano vantaggi alle amministrazioni nell'ambito dei rapporti di diritto privato: lo speciale regime del provvedimento amministrativo, fondato sull'interesse pubblico *specifico* per il quale la potestà viene conferita dalla legge all'amministrazione, viene in tali casi esteso a tutti gli atti giuridici con i quali questa assolve ai propri compiti. Da tale presupposto scaturisce il malinteso secondo cui ogni disposizione di legge che detta regole particolari per l'attività dell'amministrazione imprimerebbe ad essa il carattere di funzione¹⁴⁹.

Pericu, critico nei confronti della tesi che ammette la limitazione funzionale della capacità privatistica degli enti pubblici in mancanza di specifiche disposizioni normative, affermava che a tal riguardo troppo spesso si parla in maniera ambigua «di “scopo, di “fine istituzionale”, di “interesse pubblico”, di “attività istituzionale” di “oggetto dell'attività istituzionale”», ciò che non permette di individuare il parametro assunto a regola di validità degli atti giuridici presi in considerazione¹⁵⁰. Parimenti, Bardusco, negando la sussistenza di un vincolo di scopo per l'attività negoziale della pubblica amministrazione, sosteneva la piena e integrale autonomia negoziale degli enti pubblici, «potenzialmente illimitata»¹⁵¹. Ancora, in mancanza di una contraria disposizione di legge, Salvatore Alberto Romano rigettava la regola dell'aderenza allo scopo e della necessaria attuazione dello scopo come elementi in grado di condizionare la validità dell'attività privata degli enti pubblici¹⁵². Guicciardi aveva del resto già affermato che la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello privato contrasterebbe con almeno tre principi del diritto contrattuale, quello dell'irrelevanza giuridica dei motivi,

¹⁴⁸ Per la nozione di interesse pubblico e la sua distinzione con l'interesse generale v. ancora A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 797 ss.

¹⁴⁹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, pp. 665 ss.

¹⁵⁰ G. PERICU, *Note in tema di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 126.

¹⁵¹ A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozio di diritto privato*, cit., pp. 62 ss.

¹⁵² Così S.A. ROMANO, *L'attività privata*, cit., pp. 139 ss. Per un'analisi delle teorie in questione v. *funditus* A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 60 ss.

dell'eguaglianza dei contraenti e del valore di legge che il contratto ha tra le parti, che presuppone la spettanza del potere di invalidarlo alla sola sentenza¹⁵³.

Le norme civilistiche non possono dunque subire deviazioni per il solo fatto di avere come destinatario un soggetto pubblico e il perseguimento dell'interesse pubblico non può da solo essere considerato sufficiente a pubblicizzare lo strumento utilizzato per il suo perseguimento. Dall'art. 1345 c.c. si desume che tanto gli interessi privati, quanto gli interessi pubblici costituiscono motivi irrilevanti per il contratto, che rimane indifferente al problema della natura pubblica o privata dell'interesse¹⁵⁴. Infatti, l'interesse pubblico corrisponde ai motivi che inducono la parte pubblica a contrarre e può incidere sulla causa in concreto del contratto solamente penetrando nella disciplina convenzionale del rapporto, pena la violazione dell'uguaglianza delle parti¹⁵⁵, senza comunque poter divenire motivo comune ad entrambe. In tal modo non si realizza, come si è visto, una funzionalizzazione interna del contratto in quanto tale, ma la funzione amministrativa, *id est* la rilevanza dell'interesse pubblico, può incidere sullo specifico contratto quale risultato dell'accordo delle parti¹⁵⁶. Ove ciò non avvenga, la deviazione dal fine pubblico non consente di esperire i rimedi privatistici contro il contratto¹⁵⁷, ma la questione deve essere affrontata sul piano dei rimedi pubblicistici, primo tra tutti quello della responsabilità amministrativa.

Il contratto risulta infatti *neutro* rispetto all'interesse pubblico, dal momento che il rapporto tra i due termini in questione è di coordinamento, non di collisione. L'interesse

¹⁵³ E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., pp. 224 ss.

¹⁵⁴ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 127; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 221, che si occupa del rapporto intercorrente tra interesse pubblico e attività privatistica dell'amministrazione.

¹⁵⁵ Così F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 65 ss., che critica la tesi contraria sostenuta da Gallo. *Contra*, nel senso di considerare l'interesse pubblico quale elemento determinante la causa del contratto, v. ancora F. PUBUSA, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., p. 96.

¹⁵⁶ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 122-123.

¹⁵⁷ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 30. Il vincolo di scopo solo indirettamente può venire in rilievo invalidando gli atti dell'evidenza pubblica, ciò che produce effetti vizianti o, talvolta, persino caducanti sul contratto. Se gli atti di diritto privato potessero essere sindacati per eccesso di potere, in virtù del vizio della funzione, verrebbero infatti meno le differenze tra strumenti negoziali e strumenti autoritativi.

pubblico opera come possibile limite dell'autonomia contrattuale della p.a.¹⁵⁸, non come fondamento di essa, ciò che solo giustificherebbe la funzionalizzazione più radicale dell'intera attività privatistica della p.a. a prescindere da apposite previsioni normative¹⁵⁹. Nel diritto pubblico non si può ravvisare la norma – base del contratto, ma solamente l'eventuale limite all'operatività di quest'ultima, dal momento che il diritto privato regola, grazie alla sua forza espansiva, qualsiasi rapporto salvo contraria disposizione normativa. La specialità della contrattualistica pubblica non connota il potere negoziale dell'amministrazione, ma è una dimensione diversa ed «esterna» al contratto¹⁶⁰.

Ciò non vuol dire che il contratto non possa divenire strumento di attuazione concreta del suddetto interesse, ma anche in tale eventualità esso non diviene mai un atto di diritto pubblico: il contratto, al pari dell'impresa, costituisce necessariamente un *mezzo* di diritto privato da questo regolato, il cui *fine* può rimanere immune dalla privatizzazione, solo formale e non sostanziale, essendo l'amministrazione tenuta a realizzare con il contratto l'interesse assegnatole. In questi casi il diritto privato e i suoi istituti non possono essere distinti «secondo la varia natura dei rapporti disciplinati ed eventualmente dei fini che di volta in volta la disciplina legislativa vuole soddisfare»¹⁶¹, in quanto l'uso normativamente distorto degli istituti privatistici comporta un'attenuazione delle garanzie e l'incoerenza dell'ordinamento giuridico, in spregio alla ricercata armonia tra pubblico e privato¹⁶².

¹⁵⁸ Secondo F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 131 ss., l'autonomia-posizione non è riferibile all'amministrazione perché consiste in una situazione di libertà che contrasta con la funzione dell'amministrazione. All'Amministrazione è invece riferibile quell'autonomia (l'autonomia-potere) che consiste semplicemente in una determinata tecnica giuridica, quella propria del contratto, su cui v. N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato*, cit., p. 1085.

¹⁵⁹ Se la libertà dei privati costituisce la ragion d'essere del vincolo contrattuale, l'osservanza dei limiti negativi stabiliti dalla legge e la meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto costituiscono i soli presupposti necessari per vincolare le parti all'osservanza del regolamento contrattuale, indipendentemente dalla sua rispondenza all'interesse astrattamente perseguito dalle medesime. L'indifferenza di quest'ultimo dipende dal fatto che esso è oggetto di una libera disposizione delle parti contrattuali, non già un canone della loro attività, così F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 61 ss.

¹⁶⁰ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 110 ss.

¹⁶¹ Così Corte cost., 27 luglio 1972, n. 154.

¹⁶² G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., 1994, I, pp. 25 ss., spec. pp. 36 e 41. L'A. richiama la sentenza della Corte costituzionale, 5 febbraio 1992, n. 35, con cui la Consulta riconobbe che le amministrazioni possono servirsi di «istituzioni di diritto privato (...) al fine di realizzare *in via indiretta* finalità pubbliche». Gli scopi dell'amministrazione non «funzionalizzano» pertanto il contratto in quanto tale, che rimane immune ad una conformazione rispondente al finalismo amministrativo, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 661 ss.

Si è parlato a tal proposito di «dissociazione tra regime dell'attività, funzionalizzata a principi e governata da un insieme di regole e di controlli, e regime dell'atto, retto dal diritto comune e dunque “defunzionalizzato”»¹⁶³.

Assunta la decisione di avvalersi del regime di diritto privato l'amministrazione dovrebbe sottostare alle regole da esso prescritte. La natura pubblica dell'interesse da essa curato può porre dei limiti all'impiego del contratto, non sempre idoneo al suo soddisfacimento, ma una volta escluso il pregiudizio nelle debite forme dell'evidenza pubblica, il medesimo interesse dovrebbe restare fuori dal contratto. La scelta pregiudiziale di avvalersi del diritto privato per la cura efficace dell'interesse pubblico dovrebbe infatti escludere l'applicazione del diritto pubblico, altrimenti lo Stato che sceglie volontariamente di obbligarsi secondo il diritto privato potrebbe successivamente modificare «come legislatore ciò che in qualità di contraente ha consentito», prevedendo norme derogatorie al diritto privato in suo favore¹⁶⁴.

Sono gli atti di diritto pubblico che precedono la conclusione del contratto ad assicurare infatti la rispondenza agli scopi dati alle pubbliche amministrazioni¹⁶⁵. Il diritto pubblico regola gli atti, che normalmente sono invece di diritto privato, della pubblica amministrazione durante il procedimento di formazione dell'accordo, il diritto privato interviene a disciplinare il rapporto dopo che esso è stato concluso¹⁶⁶, salvo le eventuali

¹⁶³ Così G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 484; nello stesso senso v. A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, pp. 461 ss.; C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, pp. 393 ss.; ID., *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in (a cura di) E. ROZO ACUÑA, *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000, pp. 251 ss.

¹⁶⁴ Secondo l'immagine di P. BONFANTE, A. SRAFFA, *Lo Stato contraente e lo Stato legislatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pp. 437 ss. Critico verso la privatizzazione operata tramite il «diritto privato speciale» è anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 24, secondo cui tale diritto può essere modificato in ogni momento dal legislatore a suo piacimento, con vantaggio per le amministrazioni che conservano in tal modo i loro poteri amministrativi.

¹⁶⁵ La scelta a monte di far uso degli strumenti del diritto privato deve sempre essere conforme ai principi di imparzialità e buon andamento, oltre ai principi che ne sono una specificazione quale quello di economicità, non dovendo tale scelta comportare oneri ulteriori per l'amministrazione. Anche il principio della parità di accesso di tutti i possibili interessati alle *utilitates* conferite dalle amministrazioni con rapporti negoziali impone di far sempre precedere l'attività contrattuale da un procedimento di scelta del contraente. Sull'esigenza di rispettare sempre i principi guida dell'azione amministrativa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del regime applicabile, v. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 24 ss. e *passim*.

¹⁶⁶ Avviata la fase esecutiva del rapporto i principi publicistici continuano ad orientare l'attività dell'amministrazione, che deve avvalersi degli strumenti privatistici agendo sempre in maniera imparziale,

eccezioni espressamente sancite dalla legge. L'interesse pubblico incide così sul rapporto di diritto privato durante la fase di esecuzione del contratto solo in via indiretta, dall'esterno, senza mutare il regime del rapporto negoziale in mancanza di espresse disposizioni al riguardo¹⁶⁷. Anche in questa fase, infatti, l'amministrazione deve sempre perseguire il pubblico interesse, ma ciò non basta a mutare la disciplina privatistica applicabile.

L'atto dell'amministrazione, pur legittimo secondo le regole del diritto privato, potrebbe essere inopportuno o contrario ai principi di una corretta amministrazione, evenienza questa in parte affrontata dal sistema dei controlli sugli atti della p.a.¹⁶⁸ I suddetti principi non dovrebbero tuttavia essere indebitamente invocati dall'amministrazione al fine di pretendere l'applicazione di regole speciali volte a modificare il diritto privato normalmente applicabile e ascrivibili alla categoria del diritto pubblico. Al contrario, sono tali norme a dover essere vagliate alla stregua dei principi costituzionali per verificarne la legittimità.

A tali conclusioni non osta il superamento della concezione bifasica della contrattualistica pubblica, ascrivibile alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10 del 2020, che rimetteva al solo diritto pubblico la regolazione della fase di scelta del contraente e al solo diritto privato la regolazione della fase esecutiva¹⁶⁹. Il Supremo Consesso amministrativo ha infatti riconosciuto il diritto di accesso del terzo rimasto estraneo al contratto durante la fase esecutiva, in quanto le disposizioni speciali che regolano la fase esecutiva del rapporto contenute nel Codice dei contratti pubblici dimostrano la rilevanza dell'interesse pubblico anche nella suddetta fase, ove la non corretta esecuzione del

efficiente ed efficace, diversamente dalle controparti private legittimate ad agire in maniera irrazionale e discriminatoria.

¹⁶⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., pp. 37 ss. Sul confinamento dell'interesse pubblico all'esterno del rapporto v. anche A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012, p. 329; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, pp. 124 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 239; F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., pp. 65 ss.

¹⁶⁸ G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato*, cit., p. 140.

¹⁶⁹ Sulla concezione binaria dell'evidenza pubblica v. G. SDANGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, 1, 2018.

contratto può condurre alla sua risoluzione, con conseguente scorrimento della graduatoria o rinnovazione della gara¹⁷⁰.

A proposito della concezione bifasica della contrattualistica pubblica Ledda osservava che la distinzione tra l'attività di formazione del contratto, regolata dal diritto pubblico, e quella dello svolgimento del rapporto contrattuale, disciplinata dal diritto privato «non vale a definire esattamente la posizione del soggetto pubblico: il quale non può dirsi vero contraente, perché *contratta esercitando potestà autoritative*, e dell'autorità si ammanta ancora nella fase di attuazione del rapporto»¹⁷¹.

Tuttavia, se il contratto venisse configurato come uno strumento volto al perseguimento dell'interesse pubblico, gravato internamente dal vincolo di scopo per il quale l'amministrazione agisce, pur in assenza di disposizioni normative al riguardo¹⁷², l'intera disciplina contrattuale sancita dal codice civile sarebbe vanificata. L'autonomia privata delle parti, in nome della quale ciascun contraente stipula un contratto per soddisfare un proprio interesse, sarebbe sacrificata dall'imposizione dello scopo per cui agisce la sola amministrazione, che negherebbe la natura del contratto quale atto di incontro di due o più volontà «per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» (art. 1321 c.c.)¹⁷³.

L'assoggettamento dell'attività privatistica della p.a. al vincolo di scopo pone anche seri problemi di certezza dei rapporti giuridici in ragione del carattere assolutamente indeterminato del parametro assunto, quello del pubblico interesse¹⁷⁴. Ciò rende la relazione contrattuale inevitabilmente instabile e precaria, contraddicendo il

¹⁷⁰ Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto già G. GRECO, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 73; *contra*, A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1988, p. 151.

¹⁷¹ F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 323.

¹⁷² In tal senso v. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 335 ss.

¹⁷³ Cfr. ancora F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit.

¹⁷⁴ In questi termini v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 349 ss. e la dottrina dall'A. richiamato: G. PERICU, *L'attività consensuale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998, p. 1034; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 201; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000, p. 24. Sull'oggettivizzarsi dell'interesse pubblico nell'ordinamento v. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., pp. 797 ss.

principio *pacta sunt servanda* e la serietà del vincolo instaurato con il privato, generando altresì sfiducia nei confronti delle amministrazioni contraenti, nonché lo svilimento delle ragioni del ricorso al diritto privato¹⁷⁵.

A tal proposito, una parte della dottrina ha osservato che «se alcune delle *ragioni pratiche* sottese alla logica funzionale appaiono certamente dovere operare anche allorché l'amministrazione ricorra a strumenti di matrice privatistica, la particolare tecnica “funzionalizzante” non può essere traslata *sic et simpliciter* sull'attività negoziale della p.a., senza negare, o comunque svilire, il senso stesso del ricorso allo strumento privatistico». La prospettiva funzionale deve pertanto necessariamente essere resa compatibile con la dimensione negoziale della relazione, facendo i conti con l'esigenza di stabilità e certezza che essa impone¹⁷⁶.

La «doppia personalità» delle pubbliche amministrazioni desumibile dall'art. 11 cod. civ.¹⁷⁷, quella di diritto privato e quella di diritto pubblico¹⁷⁸, legittima al più una conformazione in via legislativa della loro capacità di agire¹⁷⁹. L'autonomia contrattuale

¹⁷⁵ In questi termini F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso, nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1273 ss.; A. MOLTERNI, *Amministrazione consensuale e diritto amministrativo*, cit., p. 350.

¹⁷⁶ Così ancora A. MOLTERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 351 ss.; sulla distinzione tra tecnica della funzionalizzazione e interesse alla funzionalità v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 113. La necessaria funzionalità dell'attività di diritto privato della p.a. non sempre implica pertanto anche la funzionalizzazione del regime giuridico ad essa applicabile, non incentrato necessariamente sul potere e sulla discrezionalità amministrativa, cfr. ancora A. MOLTERNI, *Amministrazione consensuale e diritto amministrativo*, cit., pp. 352-353. Sulla distinzione tra funzionalizzazione e funzionalità v. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, pp. 179 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubb.*, 2, 2003, pp. 447 ss.

¹⁷⁷ N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato*, cit., p. 1087, ricorda il pensiero di Amorth secondo cui «la personalità giuridica di diritto pubblico comporta “naturalmente” anche una capacità giuridica di diritto privato. Tuttavia, l'inciso finale della formula “secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico” “riporta la capacità privatistica degli enti pubblici nella sfera dell'ordinamento giuridico di diritto pubblico”; attribuendo per tale via un ruolo di “guida” al diritto pubblico, viene assicurato il carattere funzionale dell'attività amministrativa svolta attraverso strumenti privatistici».

¹⁷⁸ Sul tema della «doppia personalità» dello Stato si veda G. BERTI, *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1994, pp. 265 e 266.

¹⁷⁹ Ciò che occorre non confondere è la capacità di agire delle pubbliche amministrazioni, in capo ad esse generalmente riconosciuta, e la loro autonomia contrattuale, funzionalizzata al perseguimento dei fini istituzionali delle medesime amministrazioni. La conformazione in via legislativa della prima assicura che l'amministrazione persegua i suoi fini, ma anche ove la legge non preveda limiti di tal fatta l'amministrazione è sempre tenuta, in forza dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ad esercitare la sua autonomia per il conseguimento dei medesimi fini istituzionali. Essa è infatti in verità priva di una vera e propria autonomia contrattuale, intesa quale libertà dei fini, di cui sono dotati i privati. La c.d. «autonomia conformata» della pubblica amministrazione, che non è libera nei fini, ma soggetta a vincoli e controlli, non consente di abbandonare il riferimento al contratto come istituto di diritto comune,

della pubblica amministrazione, diretta a perseguire il pubblico interesse, non deve necessariamente corrispondere ad una sua capacità speciale, mancando in molti casi un regime speciale e derogatorio valevole per le amministrazioni, né tantomeno essa deve necessariamente corrispondere ad un'attività autoritativa¹⁸⁰. Non è infatti condivisibile la tesi secondo cui «lì dove emerge e si svolge una funzione, il sistema delle regole è inevitabilmente diverso, perché funzionalizzato», tanto che quell'agire funzionalizzato avrebbe «una connotazione di specialità irriducibile al diritto privato»¹⁸¹. L'impiego del diritto privato *sic et simpliciter* da parte del soggetto pubblico non è tuttavia incompatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico e non può respingersi a priori. Certamente non si può trascurare che la natura che connota il soggetto pubblico impedisce di estendere sempre e comunque, in maniera acritica, le logiche privatistiche nei suoi riguardi, per il mero timore di scongiurare immunità e privilegi ingiustificati. La «specialità» del soggetto non può infatti essere limitata *tout court* al suo agire autoritativo, ma ciò non toglie che la norma privatistica che presuppone il rapporto

doendosi rigettare la distinzione prospettata in dottrina tra «contratto di diritto privato» e «contratto di diritto amministrativo», cfr. M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 56. L'incidenza del vincolo di scopo sull'attività di diritto privato della p.a. viene così a spostarsi dal piano della capacità generale di diritto privato delle amministrazioni al piano della loro autonomia: il suddetto vincolo non limita la capacità delle amministrazioni ad essere titolari di rapporti giuridici, ma inevitabilmente orienta il loro agire privatistico, delimitando l'ambito entro il quale può dispiegarsi l'autonomia delle medesime amministrazioni, cfr. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 141 ss., che riconduce il contratto che viola il principio della aderenza allo scopo al fenomeno dell'incompetenza della p.a., quale principio di ordine pubblico. Nello stesso senso cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, cit., pp. 225 ss., che sostiene l'invalidità del contratto che non persegua l'interesse pubblico, tanto originario, quanto sopravvenuto. *Contra*, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 91, che distingue tra «autonomia-posizione», intesa quale situazione di libertà non riferibile all'amministrazione in quanto contrastante con la sua funzione, e «autonomia-potere», propria anche dell'amministrazione. Probabilmente non erra la più radicale teoria della funzionalizzazione – quella cioè che non richiede espresse previsioni normative per derogare alla disciplina privatistica, ma considera a tal fine sufficiente la sussistenza di un pubblico interesse – quando riscontra la difficoltà di rinvenire in capo all'amministrazione un vero e proprio «interesse privato», egoistico e individuale, che costituisca il fondamento dell'autonomia tipicamente privata, assente nell'amministrazione in quanto soggetto non libero nei fini. A tal proposito si è parlato di «funzionalizzazione negativa», la quale connoterebbe l'intero diritto privato della pubblica amministrazione in termini di specialità, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit. Tuttavia, la particolare natura dell'«interesse privato» dell'amministrazione, che altro non è se non l'interesse pubblico di cui essa è portatrice, benché non egoistico e individuale, può certamente essere dedotto in un rapporto contrattuale sottoposto alla disciplina di diritto comune, in mancanza di espresse disposizioni normative contrarie. Ne sono un esempio tanto i contratti «strumentali», con i quali la p.a. si procura i mezzi che usa per adempiere ai suoi scopi, quanto i contratti «finali», ovverosia quelli che servono ad adempiere in modo definito e concreto lo scopo che l'amministrazione si propone, su cui v. C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 119 e *passim*.

¹⁸⁰ A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., pp. 555 ss.

¹⁸¹ P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, cit., pp. 2652 ss.

paritario tra i suoi destinatari possa dirsi generalmente applicabile al soggetto pubblico, che spesso non abbisogna di regole speciali per la mancanza, nel caso concreto, dei presupposti che legittimano un trattamento giuridico differenziato ai sensi dell'art. 3 Cost., che impone di trattare in modo diseguale situazioni divergenti. Infatti, talvolta allo Stato che agisce *iure privatorum* deve applicarsi una norma di diritto pubblico, una norma di c.d. «diritto privato speciale», talaltra allo Stato che agisce *iure imperii* potrebbe doversi applicare una norma di diritto civile¹⁸².

5. IL DIBATTITO SULLA NATURA DELL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Il tema della funzionalizzazione interferisce, come si è già parzialmente visto, con quello concernente la natura dell'attività amministrativa di diritto privato, in quanto occorre chiarire il tipo di incidenza che su di essa ha l'interesse pubblico e se questo sia in grado di condizionare il carattere formale che informa tradizionalmente la distinzione tra attività pubblica e attività privata.

Il dibattito circa la qualificazione e i limiti dell'attività della pubblica amministrazione è infatti oggetto di un'antica *querelle* che ha visto contrapporsi autorevoli maestri del passato. Esso riflette una presa di posizione di fondo circa la concezione che si preferisce assumere della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti con i cittadini: tra il 1880 e i primi anni '20 del secolo scorso il problema del contratto della pubblica amministrazione si confronta infatti con i temi della costruzione della volontà amministrativa e dell'attività tramite la quale quest'ultima si manifesta.

Tradizionalmente l'attività delle pubbliche amministrazioni veniva suddivisa in attività pubblica e attività privata, binomio corrispondente all'antica dicotomia tra atti d'impero e atti di gestione che sottintendeva il regime giuridico, rispettivamente pubblico o privato, di cui potevano avvalersi le pubbliche amministrazioni¹⁸³. Diversa dottrina¹⁸⁴

¹⁸² M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 231 ss.

¹⁸³ Per la distinzione formale dell'attività delle amministrazioni pubbliche in funzione del regime giuridico scelto, piuttosto che delle finalità ad essa sottese, si veda S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 13 e G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 23; G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato*, cit., p. 87.

¹⁸⁴ O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 45.

configurava la distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione in funzione del criterio finalistico dell'atto, considerando come pubblica l'attività immediatamente diretta al perseguimento delle finalità pubbliche, privata quella compiuta con intenti economici, in quanto volta ad amministrare il patrimonio o a fornire i mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività pubblica.

5.1. IL PENSIERO DI AMORTH E LA NECESSITÀ DI UNA SUA ATTUALIZZAZIONE.

È ad Amorth che si deve, nel tentativo di abbandonare la contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato basata sulla diversa natura degli interessi, il superamento di queste impostazioni parziali, la prima in quanto troppo formale, poiché incentrata esclusivamente sul regime giuridico dell'attività, la seconda foriera di strumentalizzazioni, tali da riscontrare fini pubblici dietro ogni agire amministrativo¹⁸⁵ e neppure rappresentativa della realtà. Talvolta anche l'attività che sembrerebbe rispondere ad un interesse individuale dell'amministrazione, di tipo economico, sottende d'altronde il perseguimento di un pubblico interesse e non sempre, come presupponeva la dottrina sopra considerata, l'amministrazione agisce in tali casi su un piano d'uguaglianza con i privati e senza privilegi. Amorth introduce la tematica della surrogabilità dei procedimenti pubblicistici con quelli privatistici, ammessa a suo giudizio quando i primi sono previsti dalla norma come «mezzo» dell'operare dell'amministrazione, piuttosto che come «regola», nell'ottica dell'erosione dei privilegi del soggetto pubblico¹⁸⁶, e distingue tre tipologie di attività in cui regime giuridico e finalità perseguite dall'amministrazione vengono diversamente combinate.

Da un lato, vi è l'«attività amministrativa di diritto pubblico», ove pubblico è tanto il regime giuridico, quanto le finalità avute di mira dall'amministrazione. Per tali ragioni detta attività è *formalmente e sostanzialmente amministrativa*. Dall'altro, vi è

¹⁸⁵ Per l'estensione dei restrittivi poteri del giudice ordinario nei confronti delle pubbliche amministrazioni anche quando questa opera in regime di diritto privato v. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1911, pp. 830 ss., spec. p- 843, che equipara, a tali effetti, l'attività di diritto privato all'attività di diritto pubblico, poiché, sostiene l'autore, ogni attività della pubblica amministrazione è in sostanza sempre pubblica, dal momento che essa persegue sempre l'interesse pubblico, sebbene diverso sia il regime giuridico che protegge questi ultimi.

¹⁸⁶ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 55-56, che evidenzia tra i procedimenti surrogabili attenzionati da Amorth quelli esecutivi forzati e le procedure coattive privilegiate per la riscossione dei crediti amministrativi, espressioni più evidenti dei privilegi del contraente pubblico,

l'attività formalmente distinta ma sostanzialmente amministrativa, che Amorth identifica nell'«attività amministrativa di diritto privato»¹⁸⁷, la quale si avvale del regime giuridico di diritto privato per conseguire la destinazione fondamentale delle amministrazioni pubbliche, ma è al contempo soggetta alle norme di diritto pubblico¹⁸⁸. Alle prime due attività l'autore contrappone l'«attività privata delle pubbliche amministrazioni», che considera *formalmente e sostanzialmente privata*, poiché, oltre ad avvalersi del solo regime giuridico di diritto privato, non è strumentale al perseguimento delle finalità tipiche delle pubbliche amministrazioni, ma è ad esse solamente accessoria¹⁸⁹.

La ricostruzione dell'autore interessa particolarmente per quanto attiene alla distinzione tra «attività amministrativa di diritto privato» e «attività privata delle pubbliche amministrazioni». La funzionalizzazione della prima¹⁹⁰, alla quale è connaturato il perseguimento delle finalità tipiche dell'amministrazione, giustifica secondo l'autore «un'influenza sul contenuto e sulla figura giuridica del negozio»; laddove la seconda, che non differisce dall'attività che un qualsiasi privato svolge per la cura del proprio patrimonio, «è ovvio (...) che debba venire posta in essere dalle pubbliche amministrazioni sotto un regime giuridico non differente da quello di un

¹⁸⁷ Critico nei confronti di tale qualificazione è F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 42 ss.

¹⁸⁸ Sull'utilizzabilità del diritto privato per il raggiungimento delle finalità dell'amministrazione Amorth afferma: «Ed è (...) l'ordinamento giuridico vigente che offre la più palese smentita alla presunta esistenza di un limite sostanziale di applicazione del regime di diritto privato agli enti pubblici, e così ad un'incompatibilità fra diritto privato e pubblica amministrazione, altro che per una certa specie di negozi. E invero, non solo si danno attività che costituiscono l'oggetto immediato di una finalità pubblicistica (servizi pubblici) che vengono poste in essere dalla pubblica amministrazione in regime di diritto privato accanto ad attività di ugual specie esplicate in regime pubblicistico, ma si danno addirittura enti pubblici che, invertendo la situazione normale, solo eccezionalmente esplicano un'attività retta da norme di diritto pubblico, mentre rispetto allo svolgimento delle attività, per cui si attua la loro fondamentale destinazione, essi sono soggetti al diritto privato».

¹⁸⁹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 280 ss., sui cui v. P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 16. In senso non molto dissimile v. anche O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit.

¹⁹⁰ Tale criterio è stato ripreso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale per determinare il regime giuridico applicabile agli enti pubblici trasformati in società per azioni al tempo delle privatizzazioni: il profilo soggettivo è stato infatti dequotato in favore dell'elemento oggettivo delle finalità perseguite, che, se pubbliche, giustificavano per la Corte la sottoposizione della società al controllo della Corte dei Conti, cfr. Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466.

qualsiasi privato»¹⁹¹. In maniera del tutto innovativa per la metà degli anni Trenta si ipotizzava così l'uso di strumenti privatistici in funzione del pubblico interesse¹⁹².

Giungendo ad una sintesi delle posizioni di Romano e Ranelletti, dal primo Amorth mutuava l'idea secondo cui anche l'attività di diritto privato potesse essere direttamente finalizzata alla cura dell'interesse pubblico, dal secondo l'idea secondo cui l'attività privata era retta da un diritto speciale. Tuttavia, Amorth si spingeva oltre la tesi di Ranelletti, reputando i condizionamenti del diritto speciale non un'eccezione, ma di rilevanza tale da incidere sulla struttura stessa del rapporto e sulla sua regolazione¹⁹³. Si trattava infatti di «spiegare le alterazioni [del regime giuridico degli atti di diritto privato] come effetto del [loro] uso da parte degli enti pubblici»¹⁹⁴.

L'attività amministrativa di diritto privato è secondo Giannini attività amministrativa in senso proprio, «cioè attiene alla cura di interessi pubblici nel senso preciso di interessi della collettività: solo che si svolge mediante istituti e norme di diritto privato»¹⁹⁵.

Contrariamente alla persistente attualità della categoria amorthiana dell'attività amministrativa di diritto privato, l'attività privata delle pubbliche amministrazioni delineata dall'autore non sembra attualmente configurabile nei termini indicati dal medesimo, in quanto i beni facenti parte del patrimonio dell'ente pubblico non possono essere assimilati a quelli facenti parte del patrimonio di un privato, essendo sempre detenuti nell'interesse pubblico¹⁹⁶. Infatti, ai funzionari si impone il rispetto di una

¹⁹¹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 280 ss.

¹⁹² Secondo S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., cit., p. 13, il diritto pubblico-amministrativo rimane «il diritto fondamentale e normale delle pubbliche amministrazioni», sebbene l'A. ammetta che le amministrazioni possono avvalersi delle forme del diritto privato, assoggettandosi alle norme del diritto civile, fermo restando che anche in queste ipotesi esse sono mosse e guidate da interessi pubblici.

¹⁹³ Così A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. Amm.*, 2, 1 giugno 2021, pp. 335 ss.

¹⁹⁴ Cfr. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 334 ss.

¹⁹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 655, secondo cui lo strumento che si reperì per funzionalizzare l'attività di diritto privato fu il contratto ad evidenza pubblica.

¹⁹⁶ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., pp. 75 ss., spec. p. 93. *Contra* V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica*, cit., pp. 22 ss. V. al riguardo N. LONGOBARDI, *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, cit., p. 1078. Sul punto v. anche G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 1557, secondo cui la distinzione amorthiana non riveste né rilievo pratico, né scientifico.

disciplina finanziaria e contabile differenziata rispetto a quella delle organizzazioni private, che non consente di agire in contrasto con gli interessi patrimoniali dell'amministrazione di appartenenza, in ragione dei principi di economicità, convenienza e buon andamento¹⁹⁷. Inoltre, appurato che il contratto può certamente essere uno strumento di amministrazione attiva, rimangono poco chiare le diverse conseguenze desumibili dall'impiego del contratto per finalità solamente accessorie agli scopi propri dell'amministrazione, piuttosto che per soddisfare i suoi interessi finali¹⁹⁸.

A ciò si aggiunga la necessità di applicare all'intera attività dell'amministrazione pubblica i principi costituzionali di imparzialità, uguaglianza e buon andamento, oltre che l'impossibilità di utilizzare come criterio distintivo delle due attività in questione lo scopo di lucro perseguito dall'amministrazione, ben potendo questo essere assunto tra i suoi fini¹⁹⁹.

Secondo Amorth, quando l'amministrazione agisce secondo il diritto privato è necessario distinguere le ipotesi in cui l'attività presenta un collegamento con il raggiungimento delle finalità pubbliche, le quali giustificano la presenza di norme di «diritto privato speciale», da quelle in cui, al contrario, l'amministrazione agisce semplicemente a tutela del proprio patrimonio²⁰⁰. Tuttavia, anche nel secondo caso – è oggi evidente – l'agire della pubblica amministrazione continua ad essere influenzato dai canoni dell'azione amministrativa di imparzialità, buon andamento e razionale gestione

¹⁹⁷ Così E. FOLLIERI, *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Giustamm.it*, 5, 2019, secondo cui ad ogni modo «Questo profilo non incide sul regime di validità degli atti, ma si manifesta nella disciplina dei controlli e nel regime della responsabilità degli agenti pubblici».

¹⁹⁸ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 121.

¹⁹⁹ Salvo attualmente il limite previsto dall'art. 4 del D. Lgs. 19/08/2016, n. 175 (c.d. Testo unico sulle società pubbliche), secondo cui: «1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». G. TREVES, *L'attività commerciale dello Stato*, cit., p. 141. Sull'inutilità della distinzione amorthiana tra attività di diritto privato e attività amministrativa di diritto privato si veda anche A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., che richiama il pensiero di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, cit., p. 168.

²⁰⁰ Alla prima categoria Amorth riconduce i contratti di fornitura e appalto volti ad assicurare la realizzazione o il buon funzionamento di un pubblico servizio, alla seconda il contratto di locazione di un appartamento facente parte del patrimonio di una pubblica amministrazione. Sul punto si veda ID., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 298. La conclusione del secondo non assicurerebbe per l'A. direttamente la tutela di un interesse pubblico legalmente affidato a quell'amministrazione, ma il solo reperimento di somme di denaro dalla stessa utilizzabile per il perseguimento dei suoi fini.

delle risorse pubbliche: ciò che il diritto pubblico non intacca in tal caso è il rapporto esterno che si instaura tra amministrazione e controparte privata, rapporto perfettamente paritario che non legittima una tutela privilegiata delle ragioni dell'interesse pubblico, ma identici rimangono i criteri guida delle due attività considerate.

Infatti, nei rapporti pubblici interni all'amministrazione l'impiego del diritto privato non può assumere un carattere arbitrario, come invece arbitrario può essere l'agire dei privati. L'amministrazione esercita funzioni e non è mai titolare di un'autonomia connotata dalla libertà dei fini, in quanto, disponendo essa di risorse altrui, anche quando agisce per la semplice tutela del proprio patrimonio deve essere guidata dai criteri di economicità, efficacia ed efficienza, espressioni del più generale principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Siffatti parametri non giustificano tuttavia una posizione privilegiata dell'amministrazione nel rapporto paritario con il privato, in mancanza di una previsione di diritto positivo, ma rilevano in sede di giudizio di responsabilità dell'amministrazione e dei suoi funzionari, sempre chiamati a far uso degli strumenti di diritto privato in maniera razionale ed efficiente. Essi privano inoltre l'amministrazione dell'autonomia negoziale²⁰¹ tipicamente dominante nella determinazione dei contenuti dei contratti, benché quella dell'amministrazione sia detta controllata dalla dottrina, in quanto finalizzata ad ottenere un risultato²⁰².

²⁰¹ Sull'autonomia negoziale dell'ente pubblico v. F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., pp. 99 ss., secondo cui il principio di autonomia corrisponde all'idea dell'autoregolamento d'interessi e configura un'attribuzione di potere essenzialmente libero da parte dell'ordinamento. Un tale potere può essere posto a servizio non solo di interessi individuali, ma anche di interessi non individuali senza perciò veder mutata la sua essenza. Anche per gli enti pubblici vale infatti, secondo l'autore, il principio di autoregolamento come per qualsiasi soggetto di diritto. Indubbiamente gli enti pubblici non godono di una incondizionata libertà, poiché la loro azione è vincolata dallo scopo individuato dalla norma attributiva del potere, ma questo vincolo non incide sulla autonomia negoziale vera e propria, la quale si manifesta innanzitutto nella ragione stessa della rilevanza giuridica dell'atto di regolamento, cfr. spec. pp. 105-106.

²⁰² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 496. Secondo l'autore anche gli enti pubblici aventi carattere autoritativo, oltre a quelli imprenditoriali, sono dotati di autonomia privata se con essa non si intende la libertà d'iniziativa economica, ma, come pare preferibile, «una posizione giuridica del soggetto dell'ordinamento, derivante da norme fondamentali sulla plurisoggettività e sulla normazione proprie degli ordinamenti generali (statali) moderni, per cui al soggetto è attribuito un potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi, condizionato dalle norme imperative dell'ordinamento. Secondo tale concezione, l'ente pubblico autoritativo dovrebbe avere autonomia privata sol perché è persona giuridica (in quanto le norme sulla plurisoggettività non distinguono tra soggetti persone fisiche e soggetti persone giuridiche)». Il problema, per Giannini, sta piuttosto nella legittimazione negoziale, talvolta limitata da norme che vengono intese come negazione dell'autonomia privata di essi, benché anche nel diritto privato

Ad esempio, si consideri un contratto di locazione di immobile di proprietà pubblica concluso tra un'amministrazione e un privato per permettere all'amministrazione di trarre utili dal suo patrimonio immobiliare. Tale contratto, con cui si instaura un rapporto paritario tra amministrazione e privato che dovrebbe essere interamente sottoposto alla disciplina privatistica, non può prevedere il pagamento di un canone irrisorio gravante sul privato locatario in mancanza di uno specifico interesse pubblico curato dall'amministrazione locatrice consacrato dal diritto positivo, come quello sotteso alle norme in materia di assegnazioni di case popolari verso il pagamento di un canone agevolato, tese ad assicurare il diritto all'abitazione a coloro che si trovano in condizioni di grave difficoltà economica. Nonostante la formale legittimità sotto il profilo del diritto privato di un contratto di tal fatta e la sua validità sul piano del rapporto esterno privatistico, il principio di buon andamento impone di sfruttare in maniera efficiente le risorse pubbliche e il principio di imparzialità di non avvantaggiare indebitamente taluni cittadini, avvalendosi dello scudo del diritto privato. Pertanto, nei rapporti interni pubblicistici, i funzionari sono chiamati a rispondere dinanzi alla Corte dei conti dei danni erariali provocati dall'indebito utilizzo delle risorse pubbliche, senza distinzione tra attività compiuta sotto il regime di diritto pubblico e attività compiuta sotto il regime di diritto privato.

Il regime privatistico che regola il rapporto di locazione non dovrebbe neppure essere conformato da un *generico* interesse pubblico, che specularmente non legittimerebbe canoni legali più elevati in favore delle amministrazioni per la tutela *generica* delle finanze pubbliche. Tuttavia, lo *specifico* interesse pubblico proprio dell'amministrazione interessata deve orientare il suo operato e assume una rilevanza interna ai fini del giudizio concernente la responsabilità amministrativa.

Occorre d'altronde osservare che dietro ogni attività privata dell'amministrazione sussiste un remoto interesse pubblico identificabile nell'esigenza di reperire le sostanze che costituiscono mezzi per lo svolgimento dell'intera attività amministrativa, ma tale

si rinvengano numerosi esempi di norme limitative di tal fatta. Inoltre, l'A. prosegue rilevando che autonomia privata e discrezionalità amministrativa non hanno nulla a che vedere l'una con l'altra, ma si pongono su piani differenti, giacché la prima «è una posizione giuridica soggettiva (del soggetto in quanto agisca in rapporti interprivati in un ordinamento statale)», la seconda «è la qualità di una delle specie di potestà non libere», che attiene alla funzione e non alla posizione giuridica dell'amministrazione che agisce *uti privatus*, cfr. pp. 492, 493.

non è l'interesse primario e specifico per cui quell'amministrazione è stata istituita e che deve perseguire immediatamente, né tantomeno l'interesse per il cui soddisfacimento essa svolge l'attività amministrativa strumentale che si avvale del diritto privato. Si tratta di un'attività, per utilizzare le categorie di Amorth, solamente accessoria rispetto a quelle che sono normalmente le finalità perseguite dall'amministrazione e che non è essenziale per la ragion d'essere della medesima amministrazione. Essa riveste pertanto un carattere secondario rispetto all'attività amministrativa propriamente detta e, per tale ragione, l'autore la qualifica come *attività formalmente e sostanzialmente privata*²⁰³.

La tripartizione di Amorth parrebbe a prima vista essere stata recepita dall'art. 1, comma 1-*bis* della legge n. 241 del 1990, che, secondo parte della dottrina, avrebbe affiancato, almeno nelle intenzioni del legislatore riformatore, alla tradizionale attività di diritto pubblico e di diritto privato una terza categoria, quella dell'«attività privata di interesse pubblico», regolata dal «diritto privato speciale»²⁰⁴ e funzionalizzata all'interesse pubblico. Di fatto, tuttavia, la formulazione letterale della norma, approvata all'esito di un lungo dibattito parlamentare e dottrinale, si limita a ribadire l'ovvio, vale a dire che la pubblica amministrazione quando non esercita alcun potere, poiché compie un atto privatistico e non autoritativo, soggiace al diritto privato salvo le norme speciali, che soggiacciono al principio di legalità²⁰⁵.

Secondo Amorth quando l'amministrazione si avvale di strumenti di diritto privato non sempre il regime giuridico privatistico è indifferentemente applicabile alle amministrazioni. Il pubblico interesse, alla cui persecuzione è normalmente volta l'istituzione di queste, giustifica talune deroghe al diritto privato, che si rinvengono nelle numerose norme di «diritto privato speciale»²⁰⁶. Siffatte deroghe diventano però indebite in mancanza di un interesse pubblico sostanziale che le sorregga, dovendosi in tal caso

²⁰³ Così ancora A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 299 e 300.

²⁰⁴ Così S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1 bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in (a cura di) P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 124-125.

²⁰⁵ Sull'argomento v. *infra*, cap. V.

²⁰⁶ Sul tema v. anche V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., secondo cui le trasformazioni del diritto privato di cui si avvale l'attività amministrativa sono dovute ai principi generali e costituzionali che finalizzano quest'ultima alla cura degli interessi della collettività, indipendentemente dai moduli utilizzati. Per un commento al testo dell'A. v. anche E. FOLLIERI, *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.

assoggettare l'amministrazione alla stessa identica disciplina sancita per i privati. La violazione del criterio del pubblico interesse quale fondamento della specialità, quand'anche esso si avvalga delle forme del diritto privato, rende infatti la normativa di vantaggio dell'amministrazione odiosa ai cittadini, in quanto fonte di indebiti privilegi.

Il sindacato di legittimità delle norme di «diritto privato speciale» si fonderebbe dunque per l'autore sul parametro del pubblico interesse e sarebbe volto a verificare se esse siano effettivamente necessarie per conseguire le finalità che la legge ha affidato all'amministrazione. Romagnosi insegnava che l'interesse pubblico consiste nel «far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità»²⁰⁷. La giurisprudenza tende spesso a rinvenire la sussistenza di una tale necessità per la presenza di un interesse pubblico puntuale, considerando legittimo il trattamento giuridico speciale riservato alle amministrazioni.

Come si dimostrerà con la disamina delle singole fattispecie normative di «diritto privato speciale», la sussistenza del suddetto interesse, spesso ingiustamente presupposto dal legislatore, non giustifica in verità la normativa derogatoria per le amministrazioni. Ciò in quanto la normativa di vantaggio per le amministrazioni trova le sue ragioni nell'antica concezione autoritaria dello Stato, superata dal testo costituzionale²⁰⁸, e nella oramai inattuale presunzione di legittimità dell'operato delle amministrazioni. A ben guardare, a giustificare un diritto di tal fatta dovrebbe essere per contro il solo interesse generale, anziché l'interesse pubblico puntuale perseguito dalle singole amministrazioni, l'unico in grado di considerare gli effetti sistemici che le norme di «diritto privato speciale» producono sull'intero ordinamento giuridico.

La tematica in questione è strettamente connessa a quella concernente le garanzie del cittadino nei confronti dell'amministrazione, che rischiano di essere sacrificate in nome di un interesse pubblico labile, e mostra l'esigenza di tracciare un confine tra deroghe legittime al diritto privato e privilegi illegittimi per le amministrazioni. Come si è accennato, si rende necessario verificare quando l'attività privatistica delle

²⁰⁷ G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1814, pp. 2-3.

²⁰⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in *Dir. e proc. amm. Quaderni*, 30. *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri. Atti del Convegno Lucera, 22-23 giugno 2018*, Napoli, 2019, p. 229.

amministrazioni debba essere sottoposta al regime comune di diritto privato senza deroga alcuna e quando, viceversa, il «diritto privato speciale» risponde ad esigenze pubblicistiche degne di opportuna tutela giuridica, che legittimano il trattamento differenziato per le pubbliche amministrazioni in ossequio al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone di trattare differenziate situazioni diseguali. La doverosa considerazione delle peculiarità che concernono la pubblica amministrazione nulla ha a che vedere infatti con la costruzione di un sistema giuridico alternativo, fondato su principi differenti da quelli ordinari, che conferisca alla p.a. una posizione di superiorità non degna di uno Stato di diritto²⁰⁹.

Il contributo di Amorth merita particolare attenzione per la conclusione cui giunge l'autore: appurato che la pubblica amministrazione può compiere attività in regime di diritto privato e che tale regime è generalmente stabilito per tutelare gli interessi dei privati, con riguardo ai quali domina il principio di eguaglianza, l'amministrazione che agisce secondo le sue norme deve necessariamente perdere la superiorità che normalmente le compete per tutelare gli interessi pubblici e che è assicurata dal regime pubblicistico. Per riacquistare siffatta superiorità è il legislatore che deve appositamente intervenire con una norma di «diritto privato speciale», che, «più correttamente, sembra, dovrebbe(ro) dirsi di diritto pubblico», in quanto essa diviene parte dell'ordinamento riservato agli enti pubblici, con la peculiarità di incidere su un rapporto regolato dal diritto privato. Le speciali finalità collettive perseguite dagli enti pubblici legittimano infatti in taluni casi, secondo l'autore, la sostituzione delle norme di diritto privato con altre norme più vantaggiose per gli interessi di questi ultimi²¹⁰.

Amorth si contraddice in parte quando, nel discorrere dell'attività amministrativa di diritto privato, retta dal «diritto privato speciale», afferma che essa ha un collegamento con il raggiungimento delle finalità pubblicistiche, ma, al contempo, viene posta in essere a titolo di buona amministrazione del proprio patrimonio, ciò che dovrebbe al contrario connotare l'attività privata delle pubbliche amministrazioni. Questo tipo di attività non sembra essere pienamente ammessa dall'autore, secondo cui l'interesse pubblico è un

²⁰⁹ In tal senso M. FORNACIARI, *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2009, pp. 334 ss.

²¹⁰ Così ancora A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 291 e 292 e *passim*.

elemento connaturale ad ogni attività svolta da pubbliche amministrazioni, «costituendo un requisito indispensabile per poter ritenere come loro propria una data attività». «Se la rispondenza al pubblico interesse è dunque requisito giuridico indispensabile di ogni attività delle pubbliche amministrazioni, ciò spiega perché anche quella specie di attività, più lontana dall'attività pubblica a cui vorremmo riservare l'appellativo di privata in senso stretto, debba necessariamente tornare a vantaggio delle finalità che costituiscono la destinazione fondamentale delle pubbliche amministrazioni»²¹¹. Amorth finisce così per smentire la distinzione da egli stesso elaborata tra attività amministrativa di diritto privato e attività privata delle pubbliche amministrazioni, in quanto rinviene anche nella seconda una finalità pubblicistica da perseguire in ogni caso, come sostiene la più recente dottrina poco sopra considerata²¹².

Inoltre, il pensiero di Amorth necessita di una attualizzazione nella parte in cui riscontra, quali limiti all'attività svolta dalle pubbliche amministrazioni in regime di diritto privato a pena di invalidità, quelli riconducibili ai principi della «aderenza allo scopo» e «necessaria attuazione dello scopo». La capacità a contrarre delle pubbliche amministrazioni sussiste secondo l'autore solo laddove con il contratto concluso la p.a. aderisca alle finalità che ne costituiscono la destinazione fondamentale. Le pubbliche amministrazioni non sarebbero inoltre legittimate a contrarre ove il contratto non attui necessariamente lo scopo, cioè, pur non contrastando in modo assoluto con il raggiungimento delle finalità in questione, sia al riguardo nocivo o non vantaggioso. Amorth ricollega alla violazione di limiti siffatti l'invalidità assoluta del contratto²¹³, mentre si è visto che la tesi oggi preferibile è quella che considera il vincolo di scopo un mero limite esterno all'attività della pubblica amministrazione svolta secondo il diritto privato, che non incide sulla validità di essa, ma che, preliminarmente, rileva imponendo il ricorso all'evidenza pubblica e a sistemi di controllo, successivamente, una volta violato

²¹¹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 298-299, ove si legge ancora: «E invero, sia perché le pubbliche amministrazioni sussistono giuridicamente soltanto per la realizzazione di determinati interessi collettivi, sia per la loro struttura di organismi giuridici, perché un'attività possa essere loro riferibile e come tale produrre effetti giuridici, è sempre necessaria la rispondenza alla loro destinazione fondamentale cioè al pubblico interesse, che altrimenti o quell'attività è invalida o, più gravemente, essa giuridicamente non vale come attività riferibile direttamente alle persone fisiche che fungono da organi delle pubbliche amministrazioni».

²¹² Cfr. note da 196 a 199.

²¹³ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 336 ss.; cfr. anche C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., pp. 153, 168. Sulla legittimazione a contrarre v. F. CARNELUTTI, *Legittimazione a contrarre*, in *Riv. di dir. comm.*, 1935, I, pp. 502 ss.

il limite funzionale, producendo conseguenze sul piano della sola responsabilità erariale²¹⁴.

La «privatizzazione» di parte dell'attività della pubblica amministrazione non comporta pertanto una totale avulsione dai principi che impongono il soddisfacimento del pubblico interesse, che legittima secondo l'autore talune deroghe alla disciplina privatistica con conseguente avvicinamento del diritto amministrativo al diritto privato²¹⁵. L'applicazione degli strumenti privatistici alle pubbliche amministrazioni non comporta una netta contrazione del diritto amministrativo, che continua in parte a plasmare gli istituti privatistici per adeguarli all'agire delle pubbliche amministrazioni²¹⁶. A proposito di tale fenomeno la più recente dottrina ha d'altronde parlato di diritto «formalmente privato e sostanzialmente pubblico», di «pubblicizzazione del privato» o di «diritto pubblico travestito da diritto privato»²¹⁷.

5.2. LE CLASSIFICAZIONI PROPOSTE DA UNA PARTE DELLA DOTTRINA.

Alla tripartizione di Amorth autorevole dottrina ha contrapposto differenti classificazioni, che non hanno tuttavia soddisfatto l'esigenza di individuare i presupposti che legittimano l'uso dell'uno o dell'altro regime giuridico da parte dell'amministrazione.

Hauriou, ad esempio, distingueva tra «atti di potestà pubblica», ottenuti per via di un comando mediante l'esercizio di poteri autoritativi, «atti di gestione amministrativa», che per l'autore farebbero uso del regime di diritto pubblico non autoritativo per realizzare il buon funzionamento del servizio pubblico, e «atti di gestione», rispetto ai quali le amministrazioni si avvarrebbero del diritto privato per conseguire le proprie finalità²¹⁸.

²¹⁴ Cfr. *supra*, par. 4.1.

²¹⁵ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., pp. 416 ss.

²¹⁶ Cfr. F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, cit., ult. par.

²¹⁷ S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1 bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, cit., pp. 125-126, che sottolinea l'esigenza di un sistema di controlli in grado di verificare l'effettiva rispondenza dell'attività privata al pubblico interesse. Di «pubblicizzazione del privato» e «privatizzazione del pubblico» parla G. COFRANCESCO, *Le opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1992, pp. 130-131.

²¹⁸ M. HAURIOU, *La gestion administrative: étude theorique de droit administratif*, Parigi, 1900.

Siffatta tripartizione non chiarisce il tratto distintivo del «diritto privato speciale» di cui si avvalgono le amministrazioni rispetto al diritto privato *tout court*, distinguendo le prime due attività nell'ambito del diritto pubblico in funzione dell'autoritatività o meno degli strumenti di cui si avvalgono le amministrazioni per perseguire le loro tipiche finalità.

Più vicina alla posizione di Amorth è la tripartizione proposta dal Borsi²¹⁹, che suddivideva l'attività dello Stato in «atti di imperio», con i quali l'amministrazione farebbe uso della sua autorità e del suo potere d'imperio, «atti di gestione», che si rivelerebbero nei modi e nelle forme del diritto privato per il perseguimento di un interesse generale, e «attività essenzialmente privata», ove, secondo l'autore, «lo scopo dell'utile pubblico appare così remoto dal fine immediato di questi atti, che in pratica sfugge la sua influenza sulla caratterizzazione dei medesimi».

Quella che Amorth identifica come «attività amministrativa di diritto privato» corrisponde agli «atti di gestione» da ultimo considerati, cui anche il Borsi ricollega l'applicazione delle norme di «diritto privato singolare», corrispondenti alle norme di «diritto privato speciale». L'autore non giunge ad affermare come Amorth, pur con le contraddizioni sopra viste²²⁰, che la terza tipologia di attività, quella «essenzialmente privata», corrisponde pienamente all'attività privata compiuta da qualsiasi cittadino. Egli si limita a rilevare che per essa l'incidenza dell'utile pubblico è remota, ma non veramente assente: sostenendo che l'utile pubblico non è «fine immediato di questi atti», l'autore sembra infatti ammettere una sua ipotetica e residuale influenza sulla disciplina di tale attività, tesi quest'ultima da considerare oggi, come si è visto, più corretta²²¹. Inoltre, la classificazione proposta contrappone nettamente gli atti d'imperio agli atti di gestione, i primi soggetti al regime amministrativo, i secondi al regime privato, più o meno conformati dalla caratterizzazione che deriva dall'utile pubblico. Tuttavia, il regime privato conformato dall'utile pubblico e modificato in senso pubblicistico deve più correttamente essere ricondotto al diritto pubblico, diversamente da quanto sembra essere sostenuto dall'autore.

²¹⁹ U. BORSI, *L'esecutorietà dell'atto amministrativo*, Torino, 1901, pp. 28 ss.

²²⁰ Cfr. nota 211.

²²¹ Cfr. *supra*, par. 4.1.

Difforme era la posizione di Cantucci, secondo cui il criterio finalistico non può guidare la distinzione tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico, poiché tutta l'attività dell'amministrazione è sempre diretta al perseguimento dell'interesse collettivo, giammai di un interesse particolare, pertanto il suddetto criterio porterebbe ad applicare sempre il diritto pubblico.

L'attività dell'amministrazione, per questo autore, è omogenea nel suo complesso unitario, anche se differenziata nell'intensità della sua fondamentale destinazione che è appunto l'interesse collettivo, sempre presente in qualsiasi atto della p.a., poiché tanto quella posta in essere sotto il regime di diritto pubblico, quanto quella soggetta al diritto privato configura comunque attività amministrativa. Il soddisfacimento dei bisogni collettivi è infatti l'unico movente che orienta sia l'attività caratteristica della pubblica amministrazione, sia quella c.d. privata. L'utilità patrimoniale potrebbe anche non costituire mai lo scopo finale dell'attività, ma è comunque un elemento strumentale necessario al perseguimento degli scopi finali della pubblica amministrazione. Pertanto, quando lo Stato agisce e si comporta alla stregua di un privato la sua attività risente dell'influenza della natura soggettiva dell'amministrazione e le norme di diritto privato che la regolano «subiscono necessariamente modificazioni non indifferenti dagli *jura singularia* resi indispensabili per la peculiarità propria del soggetto cui devono adattarsi»²²².

Ancora oggi dottrina e giurisprudenza continuano a discutere su quali siano i criteri distintivi tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato che permettano di discernere chiaramente la disciplina applicabile all'una o all'altra ipotesi. L'incertezza di una tale distinzione dipende dalla trasformazione dell'ordinamento giuridico e della

²²² M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 22 ss. L'A. desume da queste premesse che lo Stato, sia pure soltanto nell'esercizio di certi atti aventi contenuto patrimoniale, non perde mai le caratteristiche che gli derivano dalla sua particolare natura per divenire un privato qualunque: anche laddove l'attività della p.a. appare identica a quella di un qualunque privato l'amministrazione non perderebbe la sua natura pubblicistica sia per la natura del soggetto che la pone in essere, sia per la destinazione ultima dell'attività medesima. Al contrario, quando la preminenza dell'amministrazione non appare ciò non avviene, perché essa assume una posizione di uguaglianza rispetto al singolo privato, in quanto l'ordinamento giuridico non ritiene necessario mettere in atto quelle prerogative che sono connaturate all'essenza dello Stato. Quando la pubblica amministrazione si pone in regime di libertà senza alcun privilegio lo fa infatti in ragione del principio del minimo mezzo, in quanto ritiene inutile ricorrere al comando e all'atto d'impero quando può raggiungere lo stesso risultato con il consenso dei cittadini e la conciliazione tra interesse pubblico e privato, cfr. pp. 30-31 e pp. 42-43.

concezione che si ha dell'attività della pubblica amministrazione, in continuo divenire, potendo quei criteri variare in funzione dei tempi e dei luoghi di volta in volta presi in considerazione²²³.

6. LE CONSEGUENZE DEL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE»: A) L'ANIMA AUTORITATIVA DEL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE».

Esaminati i dibattiti sulla funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato e sulla natura di quest'ultima, non ancora sopiti, occorre ora indagare le conseguenze generate dall'elaborazione del «diritto privato speciale», vale a dire la dilatazione dei privilegi dell'amministrazione e il rischio dell'accrescersi della specialità amministrativa sino a determinare il ritorno al diritto amministrativo *tout court*.

Si è osservato che in tempi recenti si è cominciata ad affermare una nuova idea di specialità, non più basata sul presupposto della ineguaglianza giuridica dei soggetti coinvolti nel rapporto di diritto pubblico, ma sulla necessaria funzionalizzazione di tutta l'attività dell'amministrazione²²⁴. Il necessario perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'ente pubblico, si afferma, impedisce in concreto l'applicazione del diritto privato comune²²⁵. Lo statuto pubblicistico non riguarda più la sola dimensione autoritativa dei rapporti amministrativi, ma penetra nelle fattispecie consensuali e contrattuali della pubblica amministrazione, non tanto (o non solo) per rafforzare le prerogative pubbliche a tutela del pubblico interesse, ma anche per assicurare l'operatività delle garanzie che connotano il regime amministrativo; non dunque in forza della dimensione autoritativa del diritto amministrativo, ma in forza di quella funzionale²²⁶.

²²³ Così M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 11.

²²⁴ In termini v. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, pp. 156 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982, pp. 57 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., pp. 146 ss.

²²⁵ Così C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., p. 13, che richiama al riguardo il pensiero di P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 32; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., pp. 413 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, 2° ed., in (a cura di) F. GALGANO, *Comm. C.c. Scialoja-Branca*, cit., sub art. 11; A. FEDERICO, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999, p. 18.

²²⁶ Così A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 85. Sullo «statuto giuridico del potere funzionalizzato» v. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., pp. 75 ss. Sul superamento della concezione secondo cui lo statuto pubblicistico sarebbe giustificato da ragioni ideologiche di supremazia dell'interesse pubblico su quello privato e sull'esistenza di un nesso tra un tale statuto e le esigenze di funzionalità dei pubblici poteri v. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, in *Atti del*

L'attuale panorama normativo delinea dunque un'amministrazione che, quando impiega il diritto privato, non riesce propriamente a fuoriuscire dal campo del diritto pubblico, in quanto non si colloca nel diritto privato come qualsiasi altro privato, ma contamina con la sua pubblicità tale ramo dell'ordinamento giuridico, in una continua commistione tra pubblico e privato. Le deroghe al diritto privato cui corrispondono le norme di «diritto privato speciale» negano a monte l'ipotetica adozione del paradigma civilistico, modificato in senso pubblicistico mediante previsioni speciali²²⁷.

Gli incerti e fluidi confini dei suddetti due rami dell'ordinamento giuridico suscitano preoccupazioni in dottrina. I pericoli che vengono riscontrati dietro tale convergenza di discipline sono, da un lato, il rischio di dimenticare i principi del diritto pubblico, fonti di garanzie per i cittadini duramente conquistate nell'ultimo secolo grazie al contributo della miglior dottrina e della giurisprudenza, dall'altro, quello di «offuscare l'antichissima libertà del diritto privato»²²⁸.

Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, 2002, pp. 21 ss.; sulla funzionalizzazione anche dell'attività amministrativa esercitata in forme privatistiche v. G. MORBIDELLI, *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, cit., pp. 803 ss. Il recente processo di trasformazione della «specialità» in chiave funzionale sembrerebbe in definitiva favorire una nuova tendenza alla pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, non più fondata sulla dimensione autoritativa dello statuto pubblicistico e sui privilegi dell'amministrazione, ma sulle specifiche esigenze del settore pubblico, su cui v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 348. Secondo G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 78 ciò giustificherebbe il moltiplicarsi della specialità elaborata con riferimento agli istituti civilistici. La valorizzazione di questa dimensione avrebbe perciò favorito l'estensione del regime amministrativo ad attività di carattere non autoritativo, neutralizzando taluni processi di privatizzazione.

²²⁷ D'altronde, assumere il paradigma civilistico quale segno del vero garantismo dello Stato di diritto costituisce un'ideologia priva di fondamento, secondo M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, cit., p. 23, potendo l'uguaglianza formale assicurata dal diritto civile nascondere una disuguaglianza sostanziale che avvantaggia il contraente forte, nel caso di specie la pubblica amministrazione, il che renderebbe necessario predisporre una disciplina speciale a sfavore dell'amministrazione per riequilibrare il rapporto tra amministrazione e cittadino. Ciò che è avvenuto, ad esempio, con la nuova direttiva 2011/7/UE, che sottopone le amministrazioni ad una disciplina sui termini di pagamento delle obbligazioni più sfavorevole di quella prevista per le imprese private al fine di riequilibrare a vantaggio dei contraenti della pubblica amministrazione la maggior forza contrattuale di essa e l'accertata inclinazione ad abusarne, resasi necessaria a causa della mancata attuazione della precedente direttiva 2000/30/CE, che aveva equiparato il trattamento delle imprese private e delle pubbliche amministrazioni. V. al riguardo N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustamm.it*, 2014.

²²⁸ V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"? Alcune riflessioni critiche*, cit., pp. 193 ss. Sulla fuga verso il diritto privato, quale pericolo di attenuazione delle garanzie procedurali e formali poste a tutela di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio dell'azione amministrativa v. A. AMORTH, *Osservazioni*, cit., pp. 309 ss.; R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, pp. 30 ss.; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., pp. 21 ss.

In particolare, si ravvisa il pericolo che la logica privata dell'autonomia contrattuale possa sconfinare in arbitrio, pacificamente ammesso nel diritto privato, ma da rifiutare nel diritto amministrativo, ove il canone di imparzialità deve sempre essere assicurato in ragione della sindacabilità dell'azione amministrativa che esso garantisce e della cura dell'interesse pubblico che sempre l'amministrazione deve ricercare²²⁹. D'altra parte, il privato non può subire una limitazione ingiustificata della sua autonomia contrattuale e non può essere costretto a farsi portatore di un interesse pubblico che non gli compete.

Il modo in cui la personalità pubblica dell'ente contraente e l'utilità pubblica che esso deve sempre perseguire incidono sulla disciplina del contratto, che rimane un atto di diritto privato generalmente assoggettato alla disciplina codicistica salvo espresse previsioni contrarie, sembra dover rispondere al principio di proporzionalità. La giustificazione dei poteri speciali della p.a. per il perseguimento dei propri fini esige infatti un rapporto di stretta necessità tra il perseguimento dell'interesse generale e il sacrificio dei diritti dei privati, che deve sempre essere il minore possibile²³⁰. Nella prassi, tuttavia, l'interesse pubblico vanta una supremazia non scritta, ma avallata continuamente dal legislatore e dalla giurisprudenza.

La specialità tipica del diritto amministrativo sembrerebbe contaminare il diritto privato tramite le norme di «diritto privato speciale»: il diritto amministrativo tende oggi a servirsi di strumenti di diritto privato, apparentemente più efficienti, più garantisti e più coerenti con le logiche del mercato, dotati di una specialità al primo sconosciuta e spesso invocata in nome di un *generico* interesse pubblico, che riconduce nuovamente la disciplina giuridica in questione nelle maglie del diritto pubblico. Il trasferimento della

²²⁹ V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, cit., p. 198.

²³⁰ F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., spec. pp. 54 ss., secondo il quale il criterio di proporzionalità deve orientare tanto il legislatore nella previsione dei poteri speciali in questione, in ossequio al principio di legalità e degli altri principi dello Stato di diritto, quanto l'amministrazione nella loro applicazione concreta. Le disposizioni speciali che non siano strettamente necessarie per realizzare l'utilità pubblica e che impongono sacrifici sproporzionati per i privati sono pertanto considerate indebiti privilegi di un soggetto che aveva scelto volontariamente di obbligarsi secondo il diritto privato. Il contratto deve sempre mirare all'equo contemperamento dei pari interessi delle parti, stante la posizione di effettiva parità dell'amministrazione con il privato, dovendo l'attività contrattuale dell'amministrazione essere ispirata non solo alla tutela dell'interesse generale e al raggiungimento del fine pubblico assegnatole, ma anche alla tutela della posizione del privato contraente.

medesima logica sottesa alla specialità dal campo del diritto pubblico a quello del diritto privato non muta la sostanza, poiché un diritto amministrativo «despecializzato» non è realmente tale quando contamina con la sua specialità il diritto privato di cui si avvalgono le amministrazioni. Di quest'ultimo rimangono solamente la forma e l'apparenza, ma un «diritto privato speciale», motivato dalle ragioni del pubblico interesse, rimane sostanzialmente un diritto pubblico.

Per tali ragioni il pericolo paventato da parte della dottrina, quello cioè che «i principi secolari della libertà dei privati vengano asserviti a pretese esigenze della collettività e i principi del moderno diritto pubblico – che ha visto la nascita di un'amministrazione (...) soggetta ad altrettante ineliminabili regole di garanzia – si nascondano nelle pieghe di un «diritto privato speciale»²³¹» sembra oggi pienamente in atto.

Spesso si è infatti contraddittoriamente invocato il diritto privato per assicurare un'asserita eguaglianza nei rapporti tra amministrazione e privati, rimasta irrealizzata a causa dell'eccessiva specialità della normativa sancita per le amministrazioni. I cittadini hanno finito tuttavia per essere privati delle garanzie che normalmente erano loro assicurate dalla disciplina di diritto comune e, al contempo, per veder ridotte le garanzie che avevano trovato riconoscimento, dopo lungo tempo, nell'ambito del diritto amministrativo²³².

Il pericolo di arbitrio che si cela dietro le norme di «diritto privato speciale» svela dunque l'anima autoritativa di queste ultime, che, anche laddove giustificate dal perseguimento dell'interesse pubblico, difficilmente sono in grado di esprimere l'anima garantista del diritto speciale²³³. Dinanzi al ricorrere dei presupposti per l'applicabilità di una norma di «diritto privato speciale», che deroga al diritto privato altrimenti applicabile,

²³¹ V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, cit., p. 199.

²³² Come è avvenuto ad esempio con riguardo ai rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a.

²³³ In tal senso v. F. LIGUORI, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2003, secondo cui «quando il potere c'è - ed è indispensabile che ci sia - ciò che meglio tutela la collettività sono le garanzie tipiche del diritto pubblico, per ciò che esso assicura in termini di partecipazione, di trasparenza, di tutela dei terzi, di tutela specifica. Ma si deve anche aggiungere che quando un vero potere non c'è, e perciò non occorrono tutte queste cautele, la migliore garanzia per la collettività è il riconoscimento di posizioni di diritto-obbligo, evitando la configurazione di zone grigie nelle quali si vanno annidando i residui di concezioni autoritarie».

i privati non sembrano disporre di strumenti di tutela, ma possono solamente subire la prevalenza dell'interesse pubblico su quello di cui sono portatori voluta dal legislatore²³⁴. L'*imperium* della prima anima del diritto amministrativo si ripresenta, occultamente, nella specialità delle regole di diritto privato in questione, che nega per definizione la loro natura garantista. A proposito degli All. E ed F della legge n. 2248 del 1865 Pajno ha precisato che «si è di fronte non tanto ad una perdita, quanto ad una trasformazione del privilegio della amministrazione: quella specialità che si realizza attraverso la sottrazione delle controversie al giudice si “trasforma”, per così dire, in un diritto contrattuale speciale». Lungo la via del «diritto privato speciale», infatti, «il diritto dell'amministrazione conserva l'antica forma del privilegio»²³⁵.

A fronte dell'ambiguità di fondo che si ravvisa durante la fase di formazione del contratto, ove l'ente pubblico è al contempo autorità e parte contraente, Ledda riscontrava la permanenza di quell'ambiguità durante la fase dell'esecuzione del contratto, connotata da una presenza continua dell'autorità. Benché fosse il giudice civile ad occuparsi del rapporto contrattuale, l'autore affermava che «neanche questo giudice, evidentemente, può assumere come illecita quella condotta che, per norma singolare, è consentita o addirittura imposta all'amministrazione; a questo punto l'autorità riaffiora (...). Il discorso cade così naturalmente sulle prerogative o i veri e propri privilegi, giustificati sempre dal richiamo alle esigenze di tutela del pubblico interesse»²³⁶.

Spesso il legislatore tende ad estendere l'applicazione della disciplina pubblicistica all'attività privatistica dell'amministrazione attraverso prescrizioni di «diritto privato speciale» che deformano il diritto privato, in nome di esigenze finanziarie, talvolta anche limitando la capacità negoziale delle amministrazioni²³⁷. Tali vincoli della

²³⁴ In sintesi, come conciliare libertà e autonomia del diritto privato, da un lato, con interessi pubblici perseguiti dalle amministrazioni, dall'altro, è l'interrogativo che per anni si è posta la dottrina e che continua a non trovare univoche risposte. Le estreme alternative proposte al riguardo sono state, da un lato, configurare tali fattori come ossimori, tra loro incompatibili in quanto intrinsecamente antitetici, dall'altro, come un binomio che può coesistere, senza lasciar prevalere uno dei due fattori sull'altro, cfr. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 72, che menziona Burckhardt e Giacometti tra i sostenitori della prima tesi e, a sostegno della seconda, esclude di poter individuare il fondamento dell'autonomia contrattuale dello Stato e degli enti pubblici nel diritto amministrativo.

²³⁵ Così A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 65-66.

²³⁶ Così F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., p. 331.

²³⁷ Così F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 60, che pone dei dubbi sulla legittimità di tale tendenza, recentemente frenata dalla Corte di Giustizia con le sue sentenze sul *golden share* in materia di società per azioni.

finanza pubblica, si sostiene, trovano il loro fondamento negli artt. 97, 81 e 119 Cost. Tuttavia, la nuova «costituzione finanziaria» non autorizza una soluzione di tal genere, ma «si rivolge semplicemente al legislatore e ai poteri pubblici» affinché gli impegni finanziari siano responsabilmente assunti «assicurando l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico»²³⁸.

L'impressione per lungo tempo diffusa tra i giuristi è stata quella secondo cui la riduzione della sfera pubblica e il mutamento degli strumenti di cui si avvale l'amministrazione, orientata sempre più al ricorso al consenso e all'uso del diritto privato, avrebbe portato ad esaltare il principio di autonomia e la libertà individuale dei cittadini, oltre che all'affermazione di un rapporto amministrativo fondato sul principio di paritarietà²³⁹. Si parlava a tal proposito di «cultura del consenso»²⁴⁰ o di «eutanasia del diritto amministrativo»²⁴¹. Il rapporto paritario di cui parlava Benvenuti, però, sarebbe dovuto crescere all'interno del sistema di diritto amministrativo nel quale doveva essere

²³⁸ Così N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 138 ss. Cfr. anche quanto si dirà nei successivi capitoli in merito all'impossibilità di giustificare molte delle norme di «diritto privato speciale» con le esigenze finanziarie delle amministrazioni.

²³⁹ Per tale posizione v. F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione sugli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2, 2000, pp. 277 ss.; F. BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, cit., p. 528. Nel dibattito sulla c.d. «ambivalenza» del regime giuridico tra polo libertario e polo autoritario i sostenitori della giuspubblicistica liberale avevano da tempo manifestato uno sfavore per l'opzione pubblicistica. V. al riguardo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 213 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 127 ss.; S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971. Il tentativo di affrancare lo Stato di diritto dalla necessità di ricorrere al diritto amministrativo si accompagnava al tentativo di riesumare il diritto comune, cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., pp. 179 ss.

²⁴⁰ F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto amministrativo*, cit., pp. 1273 ss.; F. PUGLIESE, *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013, secondo il quale «l'autorità si stempera nel consenso», cfr. p. 28.

²⁴¹ F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., pp. 37-38 e *passim*, secondo cui, in maniera critica, la deriva del riconoscimento generalizzato dell'applicazione del diritto privato alla pubblica amministrazione porterebbe a sostenere che il contratto, e non il contraddittorio, sarebbe l'essenza della democrazia. L'A. afferma che la spiegazione sottesa a tale tendenza è quella di eludere il principio di legalità, la normativa comunitaria, i controlli della Corte dei Conti, le norme sull'accesso mediante concorso al pubblico impiego, il contraddittorio procedimentale con il cittadino. Parlare di consenso non vuol dire necessariamente trasformare la relazione verticale che normalmente lega amministrazione e cittadino in una relazione paritaria, dovendosi rifuggire dal cd. «mito del consenso». Ad esempio, il modello degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990 continua a collocare l'attività amministrativa nella sfera del potere e dell'autoritarità, dunque si riconduce a quella relazione verticale che vede il privato rivestire una posizione di soggezione.

portato il privato, piuttosto che all'interno del sistema di diritto privato ove l'amministrazione avrebbe potuto essere collocata²⁴².

L'attività consensuale dell'amministrazione, anche laddove imporrebbe un rapporto paritario tra amministrazione e cittadino, non sfugge d'altro canto per ciò solo al rischio dell'attribuzione di privilegi all'amministrazione, che si possono facilmente annidare nell'esecuzione dei contratti o nella realizzazione dei crediti dell'amministrazione²⁴³. «L'incremento dell'uso degli strumenti di diritto privato non sembra essere accompagnato da una diminuzione sostanziale della sfera pubblica»²⁴⁴, tanto che ridurre l'autoritatività non può voler dire «optare per l'uso di strumenti privatistici, se con ciò si intende il ricorso ad essi in sede attuativa di poteri che pur sempre tali restano»²⁴⁵.

Spesso le norme di «diritto privato speciale» rendono dunque la «seconda via della specialità» la via meno garantista del diritto speciale delle pubbliche amministrazioni e quella del privilegio dell'amministrazione, che accetta di rinunciare

²⁴² F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit. Secondo parte della dottrina tedesca l'amministrazione è un'impresa che deve perseguire le finalità di pubblico interesse indifferentemente mediante strumenti di diritto privato o di diritto amministrativo, cfr. R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 20 ss., che richiama E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Monaco e Berlino, 1961, pp. 56 ss. Critico nei confronti della ricerca del consenso da parte delle amministrazioni è P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, cit., pp. 2652 ss. Secondo l'A. essa sostituirebbe lo scopo tipico delle amministrazioni, il perseguimento dell'interesse pubblico, confondendo la non contestazione dell'azione amministrativa così raggiunta con la sua efficienza. Il consenso del destinatario diretto dell'atto negoziale, pertanto, dovrebbe essere sostituito per l'A. dall'adesione democratica alle scelte amministrative proveniente dalla maggioranza dei cittadini. Dal punto di vista degli interessi, il pubblico è penetrato nel privato e il privato nel pubblico, cfr. al primo riguardo M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., pp. 391 ss. e al secondo riguardo G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, cit., pp. 81-84. L'influenza del diritto comune sul diritto amministrativo emerge ad esempio dalla penetrazione dei principi generali del primo nelle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in quanto questo istituto, tipicamente pubblicistico, si riscontra generalmente a fronte della violazione dei principi di correttezza, buona fede, diligenza, ragionevolezza, proporzionalità, su cui v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 174 ss., che, da principi tradizionalmente posti a presidio delle relazioni tra privati, divengono regole di validità dell'azione amministrativa.

²⁴³ F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, Milano, 2003, pp. 50-51. A tal proposito, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., p. 651 parla di «ossessione» dell'attuale diritto positivo italiano e F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione sugli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 277 ss. di «virus consensualistico».

²⁴⁴ A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

²⁴⁵ F. LIGUORI, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, cit., pp. 1825 ss.

all'autorità e di sottoporsi al diritto comune ad una *condicio iuris*: rendere speciale il diritto comune, che tale non è più dal momento che si trasforma in un *proprium* dell'amministrazione. Il prezzo che si deve pagare affinché l'amministrazione si sottoponga alla giurisdizione ordinaria quando si avvale del diritto privato è che la legge non sia più eguale per tutti. Nonostante possa essere lo stesso giudice ad applicarle, infatti, da un lato vi è la legge delle amministrazioni, «il diritto (che) si fa comune a condizione di divenire speciale»²⁴⁶, dall'altro la legge dei privati. Il contraente pubblico non rinuncia a proiettare la sua sovranità nei rapporti formalmente pariordinati, laddove all'inizio dell'Ottocento, quando era sottratto al controllo giurisdizionale, egli agiva da pari a pari con i cittadini, in quanto contratto e provvedimento amministrativo confluivano nella categoria unitaria di atto amministrativo, senza conflitto alcuno tra autorità e consenso²⁴⁷.

L'anima dell'*imperium* tende dunque troppo spesso a prevalere sull'anima della garanzia nei confronti del potere. Quest'ultima è l'unica anima del diritto speciale che dovrebbe al contrario sopravvivere, in quanto l'interesse pubblico che la prima apparentemente persegue non giustifica mai il sacrificio delle garanzie dei cittadini²⁴⁸.

6.1. B) LA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ» E GLI EFFETTI SISTEMICI DELLE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE».

²⁴⁶ Così A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 64 ss., su cui v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit.; ID., *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, cit., pp. 1071 ss.; ID., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 117 ss., ove l'A. mette in luce il riespandersi delle normative derogatorie a vantaggio delle pubbliche amministrazioni riscontrato a partire dagli anni '90.

²⁴⁷ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., pp. 483 ss.

²⁴⁸ In tal senso v. più diffusamente N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 71 ss., secondo cui i dogmi della specialità amministrativa consistenti nella concezione anacronistica del principio della separazione dei poteri, che marginalizza la giurisdizione, e nella pretesa inesauribilità del potere amministrativo sono palesemente incompatibili con la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e risultano sconfessati dal diritto positivo, oltre a rispondere a quelle «credenze» e «ideologie» di cui parla Douglas North, in ID., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, (1990), trad. it. Bologna, 1994; v. anche l'opinione di E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano, 2007, p. 23, secondo cui un diritto comune arricchito di una disciplina speciale «impregnata di tipici elementi pubblicistici» deve essere «salutato con favore nella misura in cui tale diritto assicuri forme di tutela aggiuntive e soddisfacenti in capo ai cittadini, nei limiti cioè in cui la ricerca di esso significhi limitazione e garanzia a favore dei consociati». In senso contrario S. CASSESE, in S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, cit., p. 35 e *passim*, secondo cui alle funzioni garantiste del diritto amministrativo si accompagnano le funzioni autoritative necessarie ad assicurare efficienza ed effettività alle decisioni. L'A. considera inoltre i principi autoritativi al «fondo del diritto amministrativo», v. p. 38.

Negli ultimi anni si sta dunque registrando una pericolosa deriva della specialità che fa riemergere la dimensione autoritativa dell'amministrazione, che ne trae vantaggi ingiustificati nell'esercizio della sua attività. Di tale deriva sono prova gli esempi in continuo aumento di «diritto privato speciale», quali «modificazioni (reali o presunte tali) che subisce la disciplina di diritto comune non appena acquista maggior rilievo, all'interno del rapporto, la presenza di un "interesse pubblico"»²⁴⁹. La c.d. «fabbrica della specialità», in quanto alimenta sé stessa tramite la proliferazione di norme di «diritto privato speciale» sino a condurre spesso alla riaffermazione del diritto amministrativo *tout court*, sembra oggi rinvenirsi soprattutto nel campo del diritto privato dell'amministrazione, ove la creazione di privilegi a favore dell'amministrazione viene spesso fondata sulla mitologia dell'interesse pubblico, nonostante il suo contrasto, come si vedrà, con l'interesse generale. Le norme derogatorie al diritto civile poste in favore della pubblica amministrazione alimentano infatti nuove specialità e alterano l'ordinario funzionamento del diritto comune in nome di dogmi tipicamente pubblicistici, quali la prevalenza del pubblico interesse, evidenziando l'eterogenesi dei fini realizzata dal diffondersi di normative di questo tipo rispetto alle originarie intenzioni del legislatore.

Le conseguenze sistemiche che il meccanismo di costruzione della specialità amministrativa produce emergono dalla tendenza a dedurre dalle norme derogatorie di «diritto privato speciale» veri e propri principi generali, che, si asserisce, giustificano la trasformazione in senso pubblicistico degli istituti di diritto comune da applicare alle amministrazioni e la creazione di un nuovo diritto privato dell'amministrazione pubblica. Tale diritto sarebbe intriso delle ragioni della specialità amministrativa e prescinderebbe dal diritto positivo, benché la natura eccezionale di quelle norme ne imporrebbe, al contrario, un'interpretazione restrittiva²⁵⁰. La «metamorfosi» pubblicistica degli istituti

²⁴⁹ P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, cit., p. 24.

²⁵⁰ Tali meccanismi vengono messi in luce da N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 687 ss., che descrive il tentativo realizzato dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2000 di rafforzare la specialità del diritto applicabile alla pubblica amministrazione mediante l'elaborazione di un diritto ad essa peculiare, il diritto privato speciale, tentativo fermato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale; ID, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit., che applica il meccanismo della costruzione della specialità amministrativa alle obbligazioni della pubblica amministrazione, dimostrando come i numerosi privilegi in tale ambito ad esse assegnati abbiano trasformato le obbligazioni comuni in obbligazioni pubbliche, dotate di una propria disciplina speciale; ID., *Il declino italiano. Le ragioni sono istituzionali*, cit., pp. 123 ss.

civilistici ha infatti consentito la costruzione della specialità amministrativa grazie alle prospettive pubblicizzanti impiegate sui valori della sovranità e della statualità²⁵¹.

La specialità amministrativa finisce in tal modo per autoalimentarsi: da un lato, i principi propri del diritto amministrativo, quale autonomo ramo dell'ordinamento, vengono invocati per legittimare continuamente nuove deroghe al diritto privato poste a favore delle amministrazioni; dall'altro, le norme di «diritto privato speciale» divengono le basi per la costruzione di un diritto speciale a vantaggio delle amministrazioni, oltrepassando il diritto positivo²⁵².

Il meccanismo di costruzione della specialità ora descritto viene spesso favorito dalla giurisprudenza amministrativa, naturalmente tesa ad ampliare pubblicizzandolo l'ambito materiale ad essa assegnato e a differenziare il diritto applicabile alle amministrazioni pubbliche²⁵³. D'altronde, il sistema amministrativo si fonda tradizionalmente sull'ammissibilità di un elevato grado di manipolazione delle norme scritte da parte della giurisprudenza amministrativa, indotta a ricondurre le previsioni normative ai principi generali, stante l'origine del diritto amministrativo quale diritto di elaborazione giurisprudenziale²⁵⁴.

Al riguardo, le massime della giurisprudenza sono ricche di richiami a formule incerte, quali il perseguimento del bene pubblico, la nozione generica di discrezionalità, il principio di autorità o il potere di supremazia, che, oltre ad essere talvolta invocate per favorire l'amministrazione senza un'adeguata motivazione, sono fondate su principi dedotti da valori che si presumono guidare l'attività dell'amministrazione, per la sua peculiare posizione soggettiva, del tutto indimostrati e privi di fondamento normativo. Il diritto pretorio che si è andato affermando, in maniera apparentemente «accidentale»,

²⁵¹ B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo*, cit., p. 704.

²⁵² N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni sono istituzionali*, pp. 123 ss.

²⁵³ N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., che richiama sul punto le posizioni di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, pp. 368 ss.; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 236 ss. e *passim*.

²⁵⁴ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, cit., p. 38.

deve pertanto essere sottoposto ad un vaglio critico e razionale che permetta di superare i retaggi del passato²⁵⁵.

Il problema sta nel fatto che il Consiglio di Stato non sempre considera gli effetti sistemici che derivano dalle sue decisioni, in particolare da quelle che elaborano un «diritto privato speciale» non scritto in favore delle pubbliche amministrazioni, alimentando la c.d. «fabbrica della specialità». Il giudice amministrativo tende infatti spesso a far prevalere l'anima dell'*imperium* del diritto amministrativo in ragione della visione monolitica e centralizzatrice dell'interesse pubblico.

Il parametro che il giudice utilizza nel bilanciamento delle due anime del diritto amministrativo, facendo pesare «ora l'una ora l'altra sua "anima"», con pregiudizio per la prevedibilità delle decisioni e la certezza del diritto²⁵⁶, non è infatti l'interesse dello Stato – comunità, sovrana ai sensi dell'art. 1 Cost. e «punto definitivo di riferimento di tutti i diritti e di tutti gli interessi, né l'ordinamento riassunto ed espresso nel suo valore supremo dalla Costituzione repubblicana e dalla generale volontà politica che la sottende, ma è in definitiva proprio l'amministrazione, se si preferisce il complesso governo-amministrazione, e, si può aggiungere, l'amministrazione centrale dello Stato». Mentre lo Stato come comunità e ordinamento è portatore di un interesse complessivo, lo Stato come amministrazione è portatore di un interesse settoriale. Ciò che connota la giurisprudenza del Consiglio di Stato non è per Nigro l'inconsapevolezza di una tale distinzione, ma un «sottile, costante e spesso inconscio processo di riduzione dello Stato all'amministrazione, dell'interesse del primo a quello della seconda», dovuto alla convinzione secondo cui non vi sarebbe contrasto né separazione tra l'interesse della

²⁵⁵ M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit. p. 12.

²⁵⁶ V. ancora N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 37 e 71, che evidenzia l'accrescimento del ruolo del giudice amministrativo, troppo spesso indotto a favorire le amministrazioni in ragione dell'anima dell'*imperium*, che oggi sarebbe, al contrario, chiamata a venir meno a vantaggio dell'altra anima, quella della garanzia nei confronti del potere. La mancanza di criteri legali certi che consentano di sciogliere tale ambiguità ha infatti lasciato all'arbitrio dei giudici la definizione dell'ambito di operatività delle garanzie dei cittadini, laddove l'attuale quadro normativo, tanto nazionale quanto sovranazionale, impone un sistema di garanzie predeterminate dalla legge la cui applicazione dovrebbe sempre essere assicurata dal giudice, piuttosto che sacrificata. V. anche N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., pp. 1627 ss. *Contra* v. A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e costituzione: dal giudice speciale al giudice ordinario del potere pubblico*, cit., secondo il quale l'anima della garanzia nei confronti del potere prevale oggi sull'anima dell'*imperium*.

pubblica amministrazione e l'interesse generale ed obiettivo, ma coincidenza, così come teorizzato da Piccardi²⁵⁷.

Con il riferimento all'interesse generale, costantemente presente nella giurisprudenza amministrativa ma confuso con l'interesse pubblico puntuale, non si fa che utilizzare una formula vuota che copre una realtà fenomenica molteplice. Ciò non significa, tuttavia, che il giudice amministrativo dia sempre prevalenza agli interessi dell'amministrazione rispetto a quelli dell'amministrato, ciò che accade solo quando la bilancia tra i due è in bilico, in quanto in questi casi a determinare la vittoria del primo sul secondo è «l'esigenza di continuità e di efficacia dell'azione amministrativa»²⁵⁸. Al contrario, le regole speciali non dovrebbero essere giustificate dal primato dell'interesse pubblico su quello privato, ma dovrebbero essere dettate a garanzia dell'interesse generale, considerato a livello sistemico.

²⁵⁷ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., p. 1078-1079, che sostiene che l'equilibrio tra l'interesse generale e le libertà individuali debba individuarsi nell'interesse dello Stato, considerato da un punto di vista generale ed obiettivo, ma si interroga su che cosa sia effettivamente lo Stato, criticando la giurisprudenza amministrativa che fa coincidere quest'ultimo con la sola amministrazione centrale dello Stato. Conclude l'A. affermando che «l'imparzialità del giudice amministrativo è un'imparzialità di tipo particolare. Se l'interesse-misura della legittimità dell'atto amministrativo è tendenzialmente e almeno nei casi limite, l'interesse dell'amministrazione, gli interessi in contesa – quello dell'amministrato e quello dell'amministrazione – non sono posti dal giudice sullo stesso piano per una equidistante e indifferente comparazione. Partendo dal presupposto che “tutto il gruppo” coinvolto nel processo (privati, amministrazione, giudice) ha in definitiva lo stesso interesse, il giudice amministrativo, in sostanza, “fa suo” l'interesse dell'amministrazione, è quindi insieme giudice e parte». Al riguardo v. anche S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1969, p. 22. Sulla coincidenza tra interesse dell'amministrazione e interesse della collettività v. L. PICCARDI, *La distinzione fra diritto ed interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, 1932, Roma, II, pp. 115 ss., spec. pp. 128 ss., 138 ss. e 200. È la dottrina tedesca dell'Ottocento ad affermare che l'interesse dello Stato si antepone necessariamente a quello dei singoli, venendo a rappresentare in maniera organica la «totalità del popolo», su cui v., anche per le citazioni bibliografiche, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 10-11. Sul contrasto dell'interesse pubblico con l'interesse generale, il cui effetto è quello di riespadere le normative derogatorie a vantaggio delle pubbliche amministrazioni, cfr. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 117 ss.

²⁵⁸ Cfr. ancora M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., p. 1080-1081, che considera questa la ragione di alcune delle più gravi limitazioni che il giudice amministrativo si impone nella tutela degli interessi dei privati. Nigro non omette di precisare, poco più avanti, che il Consiglio di Stato ha spesso anche cercato di incidere più profondamente sull'azione amministrativa, superando i limiti impostigli dalla normativa di riferimento e affrancandosi in vari settori dal rispetto dell'interesse della pubblica amministrazione, sebbene non abbia abbandonato la costante attenzione per la salvaguardia dell'efficacia dell'azione amministrativa. In questi tentativi di affrancazione, tuttavia, il Consiglio di Stato non ha per l'A. goduto dell'ausilio della Cassazione, che, quanto a preoccupazione di non turbare l'azione amministrativa, si sarebbe rivelata «più realista del re». Sul punto v. anche N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 111 ss. e 134 ss.

L'interesse pubblico finisce viceversa per conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi che «per il privato non hanno ragion d'essere»²⁵⁹, cosicché la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato determina la proliferazione delle norme di «diritto privato speciale» e, più ampiamente, della specialità amministrativa.

6.2. C) LA CONVERGENZA DELLE «DUE VIE DELLA SPECIALITÀ» AMMINISTRATIVA.

La dottrina che ha sottolineato le «due vie della specialità amministrativa, tradizionalmente affidate la prima alla elaborazione di strumenti autoritativi per l'esercizio del potere, la seconda alla elaborazione di un diritto privato «speciale» per il contraente pubblico», fa discendere dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa la convergenza delle suddette due vie in un unico regime giuridico di stampo pubblicistico, che realizza la suesposta «fabbrica della specialità». «Si afferma, così, un nuovo regime giuridico caratterizzato dalla formazione progressiva di un corpo di norme, frutto della convergenza delle tradizionali due vie della specialità, composto da disposizioni di diritto pubblico e di diritto privato, volto a regolare l'attività delle amministrazioni e caratterizzato dalla tendenziale equivalenza di tali disposizioni ai fini dell'utilizzabilità per la disciplina dell'esercizio di funzioni pubbliche»²⁶⁰.

L'unitario regime giuridico dell'attività amministrativa risulta così connotato dalla strumentalità al perseguimento dell'interesse pubblico. Da uno statuto generale dell'amministrazione anticamente costituito in prevalenza dal codice civile si è passati ad uno statuto per essa speciale e autonomo, composto tanto di poteri autoritativi, quanto del cd. «diritto privato speciale». Questo nuovo regime giuridico sarebbe caratterizzato da una tendenziale equivalenza tra strumenti autoritativi e strumenti di diritto comune, attratti nella sfera della pubblicità e frutto di un processo di «riavvicinamento delle due vie della specialità amministrativa»²⁶¹. La dottrina in questione ammette altresì che,

²⁵⁹ Così Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2009, n. 8987, richiamata da A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., p. 591.

²⁶⁰ Così A. PAJNO, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in (a cura di) L. TORCHIA, *Attraversare i confini del diritto*, cit., p. 140; A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., p. 591.

²⁶¹ A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., pp. 62-63.

talvolta, nei casi in cui ciò sia imprescindibile per il perseguimento delle finalità istituzionali delle amministrazioni²⁶², queste ultime siano dotate di privilegi.

Il presupposto del progressivo ravvicinamento delle «due vie della specialità» nel nuovo regime pubblicistico viene rinvenuto nella consensualità amministrativa, che trova nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il collante processuale che riunifica le diverse discipline sostanziali²⁶³.

L'esigenza di garantire al contempo separazione e coesistenza tra le due vie della specialità nella contrapposizione tra autorità e negozio²⁶⁴, si sostiene, non rispecchia il dato della realtà. Non corrisponde infatti al vero affermare che dove c'è accordo non c'è autorità e dove c'è autorità non c'è accordo, poiché non vi è antinomia tra autorità e consenso. Nei contratti dell'amministrazione si inserisce spesso un momento di autorità, com'è evidente quando sul contratto incide in via di autotutela l'amministrazione, e nell'esercizio di poteri autoritativi si inseriscono spesso momenti consensuali, come in presenza di accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, tali da rendere talvolta il consenso un elemento imprescindibile dell'attività amministrativa²⁶⁵. Il processo di unificazione delle «due vie della specialità» sarebbe posto in evidenza dalla circostanza secondo cui, nel tempo, «la specialità del regime giuridico di alcuni contratti si converte nella sottoposizione delle relative fattispecie alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo»²⁶⁶.

Come in parte si è visto, in linea con la suesposta tesi della convergenza delle «due vie della specialità» amministrativa si colloca la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha contribuito all'affermazione dei principi fondanti lo *status* privilegiato dell'amministrazione ed è considerata da Pajno «elemento di unificazione delle disciplina

²⁶² Così Corte cost., 4 maggio 2009, n. 148.

²⁶³ A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66.

²⁶⁴ A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 65.

²⁶⁵ L'immagine di un'amministrazione che contratta e che ricerca il consenso degli amministrati, tesa ad incrinare l'immagine esclusivamente unilaterale e imperativa dell'amministrazione, è offerta da B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., pp. 483 ss.

²⁶⁶ A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66.

sostanziali»²⁶⁷: il suo duplice volto di giudice²⁶⁸ e partecipe dell'attività dell'amministrazione è reso evidente dalle sue pronunce, oscillanti tra l'esigenza di assicurare la tutela dei privati e quella di preservare la difesa della supremazia dell'amministrazione. Al primo versante possono essere ricondotte le sentenze con cui il giudice amministrativo ha colmato le lacune in materia di tutela giurisdizionale del cittadino lasciate dal giudice ordinario durante il periodo dell'abolizione del contenzioso amministrativo, con particolare riferimento a quelle riguardanti l'attività contrattuale della p.a. e la fase precedente all'approvazione del contratto; al secondo versante vanno ricondotte le sentenze che hanno legittimato l'esercizio di molti poteri pubblicistici in precedenza non ammessi²⁶⁹.

Il giudice amministrativo è spesso chiamato a conciliare la salvaguardia delle libertà e il mantenimento dell'ordine statale, l'imparzialità e l'efficacia dell'azione amministrativa²⁷⁰. «Se la volontà di preservare i diritti dell'individuo conduce il giudice a controllare strettamente l'azione dell'esecutivo ... esso non esita in cambio ad accordare a questo i mezzi necessari alla sua missione che è di mantenere l'ordine e di vigilare alla soddisfazione dell'interesse generale. La giurisdizione amministrativa riflette una conciliazione delicata fra gli imperativi della libertà e quelli dell'autorità»²⁷¹. Per realizzare l'equilibrio tra il rispetto dei diritti del privato e la cura dell'efficienza amministrativa il giudice amministrativo è costretto ad adottare soluzioni dai contorni

²⁶⁷ Così ancora A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit, p. 66.

²⁶⁸ Sulla doppia anima del giudice amministrativo v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3° ed., Bologna, 1983, pp. 21-23; L. MAZZAROLLI, *Nozione di giustizia amministrativa: sua rilevanza essenzialmente pratica per indicare l'insieme degli istituti di carattere contenzioso attraverso i quali i singoli possono ricevere tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, pp. 1430 ss.

²⁶⁹ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 65 ss. Sulla ricerca di un ideale ed evolutivo "punto di equilibrio" tra le due anime, la difesa del potere e la garanzia delle libertà, v. anche G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2014, pp. 746 ss.

²⁷⁰ Così M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., p. 1076. Secondo A. BOZZO, *Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dal Consiglio di Stato nel 1966*, in *Foro amm.*, 1967, III, pp. 325 ss., «l'antitesi autorità libertà ha trovato – nel Consiglio di Stato – la sua appropriata mediazione: né indiscriminata tutela dell'interesse privato, né esasperata mortificante tutela di quello pubblico».

²⁷¹ Così, a proposito del Conseil d'État, D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, 2015, p. 158 e *passim*.

sfumati, suscettibili di variare adattandosi ora alla libertà che è in causa, ora all'interesse pubblico che deve essere salvaguardato²⁷².

Un esempio dell'approccio ondivago del giudice amministrativo, talvolta diretto ad esaltare i profili di garanzia dell'amministrato, altre volte insofferente ad abbandonare la propria cultura tesa a garantire l'interesse pubblico, enfatizzando la supremazia dell'amministrazione, si rinviene nella pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007 sulla c.d. pregiudizialità amministrativa in materia di responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi. In tale pronuncia la pregiudizialità dell'annullamento rispetto alla domanda risarcitoria è stata giustificata, *ex multis*, dalla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, desunta dall'efficacia ed esecutorietà degli atti amministrativi.

La dottrina ha fortemente criticato questa decisione del Supremo Consesso, rilevando come il diritto positivo tenda oggi a superare i privilegi dell'amministrazione, quale quello della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, che non si basano su alcuna previsione legale né sui principi del diritto amministrativo diretti a garantire l'amministrato dagli arbitri dell'amministrazione, ma sono contrastanti con i principi di trasparenza e di partecipazione del cittadino. Il giudice amministrativo più tradizionalista dovrebbe pertanto comprendere «che i principi non scritti, costituenti un privilegio per la p.a., non sono più al passo con i mutati tempi posti dall'emergente positivizzazione di principi di garanzia dell'amministrato, posti a presidio della legalità amministrativa»²⁷³.

Inoltre, la presunta convergenza delle due vie della specialità, che finisce per alimentare la specialità dell'intero diritto applicabile alle pubbliche amministrazioni, è stata sostenuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2000, che aveva avallato la scelta del legislatore di attribuire l'intero comparto delle controversie in materia di «servizi pubblici» alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dando così vita ad una nuova specialità amministrativa. Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti, la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti in ogni attività amministrativa fa emergere la specialità dei rapporti giuridici di cui è parte l'amministrazione, con

²⁷² Così ancora M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., p. 1077, che cita al riguardo la dottrina francese sul Conseil d'État.

²⁷³ Sul punto v. A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, cit., pp. 89-90.

conseguente applicazione di un diritto ad essi peculiari, anche nel campo dei rapporti paritari²⁷⁴. L'attinenza della controversia ai servizi pubblici determinava per ciò solo l'applicabilità di una «disciplina esorbitante dal diritto privato»²⁷⁵.

Questa soluzione è stata arrestata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004²⁷⁶. La giurisdizione amministrativa presuppone un'attività amministrativa che, perseguendo l'interesse collettivo, sia collegata con il potere, quand'anche essa si avvalga del diritto privato in parte modificato dal legislatore in ragione del suddetto interesse. Al contrario, invertendo i termini del rapporto, la pronuncia citata presupponeva che l'intera materia considerata, indipendentemente dalla sua collocazione nel diritto pubblico o nel diritto privato, quest'ultimo anche non derogato in alcuna sua parte dal legislatore, potesse essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l'immanenza dell'interesse pubblico rispetto ad ogni tipo di attività. Siffatta soluzione avrebbe astrattamente legittimato un criterio di riparto giurisdizionale di tipo soggettivo, fondato, a imitazione del modello francese, sulla mera presenza in giudizio di un'amministrazione, attesa la necessaria rispondenza al fine pubblico di ogni sua azione.

Al contrario, la scelta del nostro ordinamento giuridico è stata quella di ripartire la giurisdizione in funzione della posizione giuridica fatta valere in giudizio, alla luce del fatto che non sempre l'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione conforma la disciplina di diritto privato in senso pubblicistico e determina l'esercizio in via almeno mediata di un potere. Quest'ultimo costituisce oggi un presupposto necessario per ammettere la giurisdizione amministrativa sui diritti soggettivi nei casi espressamente previsti dalla legge *ex art. 103 Cost.*

Inoltre, la soluzione offerta dall'Adunanza Plenaria voleva far emergere la specialità dei rapporti giuridici di cui era parte l'amministrazione per riservare ad essi un

²⁷⁴ Secondo l'Adunanza Plenaria in commento, se nei confronti dell'amministrazione debitrice «non trovano sempre applicazione le regole del codice civile e quelle del codice di procedura (...) In generale, quando sussiste un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione, non si applica il solo diritto privato», cfr. par. 4.3.

²⁷⁵ Su cui v. N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 704 ss.

²⁷⁶ Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 687 ss. La citazione è di F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, cit., p. 375, Sugli effetti della pubblicizzazione dei rapporti sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., pp. 236 ss.

regime giuridico particolare, la «disciplina esorbitante dal diritto privato», quest'ultima non più limitata alla sola attività autoritativa dell'amministrazione, ma estesa a quella paritaria²⁷⁷. Tuttavia, l'espansione della specialità amministrativa a tali rapporti, mediante un'interpretazione estensiva delle regole che escludevano o modificavano il diritto comune per le amministrazioni, avrebbe compromesso la stessa natura paritaria di tale attività, dal momento che la trasformazione degli istituti di diritto comune in istituti di diritto pubblico rafforza spesso la posizione di privilegio dell'amministrazione²⁷⁸.

L'Adunanza Plenaria, sposando la più radicale teoria della funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, secondo la quale non sono necessarie espresse previsioni normative per derogare alla disciplina privatistica, ma è a tal fine sufficiente la sussistenza di un pubblico interesse, ed autoproclamandosi giudice dell'amministrazione, aveva posto le basi per la creazione di un diritto privato dell'amministrazione di origine giurisprudenziale, di cui poco più avanti meglio si dirà, «conformato su valutazioni incompatibili con la natura privatistica del rapporto e su una posizione di ingiustificato privilegio attribuita ad una delle parti, la pubblica amministrazione, alla quale invece la Costituzione non riconosce alcun privilegio o statuto particolare, specie ove non agisca *iure imperii* o si rapporti ai privati su un piano di parità». Si finiva così per oltrepassare i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo stabiliti dal «regime giuridico derogatorio del diritto comune»²⁷⁹.

Diversamente da quanto sostenuto dal Supremo Consesso amministrativo, la nozione di interesse pubblico non può essere genericamente impiegata²⁸⁰ per giustificare una giurisdizione amministrativa svincolata dal potere amministrativo, né tantomeno per

²⁷⁷ F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, cit., p. 379.

²⁷⁸ Così N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., p. 706, che sottolinea come la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 abbia arrestato il *dictat* dell'Adunanza Plenaria, escludendo la configurabilità di un giudice amministrativo come giudice dell'amministrazione in senso soggettivo e di un'amministrazione sottratta al diritto comune nei rapporti privatistici, ciò che la pronuncia aveva riconosciuto sostituendo il diritto comune con un diritto privato dell'amministrazione di origine giurisprudenziale.

²⁷⁹ Tale posizione è espressa nell'ordinanza di rimessione sulla questione di legittimità costituzionale che ha portato alla sentenza in commento della Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204.

²⁸⁰ Come invero fa l'Adunanza Plenaria con la pronuncia citata quando afferma che «ogni attività dell'amministrazione "è vincolata all'interesse collettivo e deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale"», richiamando le pronunce dell'Adunanza Plenaria, 22 aprile 1999, nn. 4 e 5.

giustificare una conformazione dell'attività amministrativa di diritto privato che non sia espressamente disposta dal legislatore in ragione di specifici interessi normativamente determinati o determinabili²⁸¹. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa permette di modificare la disciplina di diritto privato nei soli casi indicati dalla legge (peraltro non sempre giustificati e ragionevoli) al di fuori dei quali l'amministrazione deve agire alla stregua di un qualsiasi privato, pur perseguendo i suoi interessi.

Si sottolinea spesso l'esigenza di prevedere regole puntuali per «la pubblica amministrazione, in grado di garantire il miglior perseguimento del pubblico interesse, che, innestandosi su un regime di diritto privato, darebbero luogo al «diritto privato speciale»²⁸². Tuttavia, alla luce di quanto sinora si è visto e di quanto ancora si dirà nel successivo paragrafo, non si giustifica la convergenza delle due vie della specialità, che tenderebbe sempre a contaminare in chiave di specialità il diritto privato utilizzato dalle pubbliche amministrazioni, con una «progressiva realizzazione del “nuovo” regime giuridico pubblico»²⁸³.

6.3. D) IL «DIRITTO PRIVATO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA».

In passato una parte della giurisprudenza configurava gli atti di esercizio dei poteri contrattuali della parte pubblica come provvedimenti, anziché come dichiarazioni negoziali fondate sul diritto privato e, al più, sulle norme di «diritto privato speciale», pubblicizzando i rapporti di diritto privato dei quali era parte l'amministrazione²⁸⁴.

Una recente dottrina ha affacciato l'idea secondo cui nell'odierno ordinamento giuridico sarebbero ravvisabili taluni principi generali che potrebbero dar vita ad un vero

²⁸¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 665 ss.

²⁸² Così V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., pp. 238 ss. Sulla giustificazione delle modifiche alle categorie generali della disciplina del contratto v. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 125; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione*, cit., p. 13.

²⁸³ Così A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66.

²⁸⁴ Al riguardo, con riferimento agli atti dell'amministrazione – datore di lavoro, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., pp. 363 ss., secondo cui se non vi fosse stata la qualificazione normativa al tempo vigente, che parlava espressamente di provvedimenti del datore di lavoro pubblico, essi avrebbero dovuto più correttamente essere qualificati come negozi privati, in quanto «essi non hanno nulla dell'intrinseca sostanza del provvedimento: non esprimono il momento dell'autorità incidendo in momenti di libertà (interessi privati in situazione di soggezione), non compongono interessi pubblici e privati, non esprimono una potestà amministrativa in quanto con essi l'amministrazione cura propri interessi organizzativi e non interessi della collettività», spec. p. 364.

e proprio «diritto privato dell'amministrazione pubblica», che, riproponendo la tesi di Cammeo e Presutti, sarebbe «derogatorio in molteplici suoi aspetti rispetto a quello del codice... ma pur sempre diritto privato». Questa nuova specialità, in tesi notevolmente ridotta, non dovrebbe più intendersi in chiave di privilegio della pubblica amministrazione, ma quale strumento necessario per assicurare il miglior esercizio della funzione²⁸⁵.

Sviluppando la tesi della funzionalizzazione interna dell'intera attività dell'amministrazione, è dai principi di sistema che la dottrina in esame desume una funzionalizzazione dei negozi di diritto privato di cui si avvale l'amministrazione, piuttosto che da apposite disposizioni normative²⁸⁶. L'attività privata dell'amministrazione, si afferma, non potrebbe mai essere equiparata a quella dei soggetti privati, «perché essa resta un'azione a servizio degli interessi della collettività e quindi in principio non libera né autonoma ma sempre finalizzata al raggiungimento di obiettivi e risultati prestabiliti e comunque controllabili»²⁸⁷. In tale contesto diviene problematico individuare il giudice fornito di giurisdizione e, ancor più, i poteri giurisdizionali esercitabili per sindacare la rispondenza del contratto agli scopi.

²⁸⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica, Presentazione*, Torino, 2008, XVI. Tuttavia, l'A. sembra di recente aver mutato posizione in quanto, a proposito delle modificazioni del diritto privato quando diviene modulo d'azione di amministrazione pubblica, egli parla di «pubblicizzazione» dell'attività amministrativa di diritto privato, cfr. *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., p. 129. Sulla necessità di concepire un vero e proprio «diritto privato della pubblica amministrazione» v. A. MASSERA, *I contratti*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. parte generale*, II ed., t. 2, Milano, 2003, p. 1642; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 662; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale*, cit., p. 13; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 44; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 3; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 484, secondo cui in tal modo sarebbero sindacabili, per vizio della funzione, anche atti istituzionalmente liberi nel fine, come quelli privatistici. L'A. da ultimo citato apre la strada ad «un'interpretazione sistematica della disciplina, che, nel riaffermare la soggezione a principi di tutta l'azione amministrativa, apre la strada ad adeguamenti e correzioni, anche in via interpretativa, alle norme elettivamente destinate a regolare rapporti tra privati», su cui v. anche ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 159 ss.

²⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti Guarino*, I, Padova, 1998, pp. 565 e 574. La tendenziale funzionalizzazione del contratto è stata di recente sostenuta da G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, pp. 61 ss.

²⁸⁷ V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in *Annuario AIPDA 2002*, cit., pp. 5-8; ID., *Considerazioni introduttive alla seconda giornata di convegno*, in *Annuario AIPDA 2013*, Milano, 2014, pp. 199 ss.

Il «diritto privato dell'amministrazione pubblica» viene inteso quale autonomo sistema giuridico fondato sui principi del diritto amministrativo e avente portata generale, in quanto applicabile a tutti i rapporti privatistici delle pubbliche amministrazioni. Esso non fa riferimento a presunti principi fondamentali di rango costituzionale, quale quello di eguaglianza, vincolanti per l'amministrazione a prescindere dalla forma assunta dalla sua attività, ma opera nel senso di modificare la natura stessa degli atti privatistici adottati dalla pubblica amministrazione grazie all'ingresso dell'interesse pubblico nei rapporti privatistici, che vengono in tal modo pubblicizzati²⁸⁸.

Tale tesi non appare condivisibile per l'illegittimo presupposto da cui scaturisce, quello cioè di configurare un diritto privato esclusivo dell'amministrazione che non trova fondamento nelle espresse previsioni di legge, derogatorie alle singole disposizioni del codice civile, ma nelle logiche pubblicistiche sottese ai canoni che governano l'azione amministrativa. Tali logiche sarebbero individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e trasferirebbero l'*ubi consistam* del diritto amministrativo in un diritto privato, in particolar modo contrattuale, a sé stante.

La dottrina ha criticamente rilevato quanto segue con riguardo all'introduzione dell'art. 1, comma 1-*bis* della l. n. 241 del 1990. «Ciò che in questa prospettiva viene ritenuta una fonte di insuperabili perplessità è l'idea stessa di sostituire al tradizionale diritto privato speciale un diritto privato dell'amministrazione, che trovi origine non in disposizioni di legge, ma nella trasposizione di logiche pubblicistiche all'interno del diritto dei contratti, ad opera della giurisprudenza e della dottrina, e che veda la trasformazione di singole disposizioni derogatorie alla disciplina del codice civile in elementi che trasferiscono nella disciplina dei contratti, dei quali è parte l'amministrazione pubblica, alcuni dei caratteri propri del sistema del diritto amministrativo. In realtà, se si guarda sia alle riflessioni teoriche che alle prime

²⁸⁸ Così, in senso critico, F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., pp. 43 ss. Da ciò deriverebbe l'eliminazione della seconda via della specialità, quella del «diritto privato speciale», che non avrebbe più ragione di esistere. V. F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990*, cit., par. 4 e 5, secondo cui i principi di cui all'art. 1 della legge n. 241 del 1990 non sono idonei «a fondare uno statuto speciale dell'attività amministrativa, capace di derogare a norme e principi del diritto privato, cosicché del regime privatistico si possa selezionare quello che è compatibile con le esigenze dell'agire amministrativo», in quanto altrimenti la mera qualità del soggetto agente giustificerebbe lo statuto speciale dell'attività.

applicazioni giurisprudenziali, non sembra che la nuova disposizione contenuta nell'art. 1-bis della l. n. 241 sia riuscita nell'intento di rendere quello del diritto privato il regime generale dell'attività amministrativa, con le eccezioni previste per gli atti c.d. autoritativi, e per gli altri casi richiamati dalla legge; la norma, semmai, sembra aver, alla fine, operato, come elemento utile a realizzare, piuttosto che una progressiva fuoriuscita dal pubblico, una diversa configurazione di un regime che è e rimane di tipo tendenzialmente pubblicistico, anche se caratterizzato dall'utilizzazione di forme e strumenti di diritto privato»²⁸⁹.

Neppure merita di essere condiviso il presupposto assunto dalla dottrina qui criticata secondo cui tutti gli istituti privatistici di cui si avvale l'amministrazione nella sua attività avrebbero un carattere funzionalizzato, che imporrebbe di adattare sempre e comunque il regime privatistico agli scopi dell'amministrazione stessa. La funzionalizzazione dell'attività, come si è visto, esaurisce la sua sfera di rilevanza nell'ambito delle scelte di avvalersi o meno degli strumenti di diritto privato eventualmente modificati dal legislatore, compiute a monte con atti di evidenza pubblica che precedono il contratto, non giustificando la costruzione di nuovi istituti che non siano espressamente previsti dalla legge destinati ad avere applicazione generale nei rapporti contrattuali di cui sia parte l'amministrazione, quand'anche questa agisca per i suoi compiti istituzionali²⁹⁰.

Il negozio di diritto privato, di consueto idoneo in astratto alla realizzazione di un fine pubblico, può infatti essere in concreto inidoneo a realizzare quei fini amministrativi. Questa inidoneità, irrilevante per la disciplina privatistica del rapporto e non viziante in alcun modo il negozio, può assumere rilevanza nell'ambito del diritto pubblico. La considerazione dell'utile pubblico dovrebbe infatti rimanere nell'ambito interno della pubblica amministrazione e non influire sulla disciplina del negozio, indipendente «da qualsiasi subordinazione del rapporto al pubblico interesse»²⁹¹.

²⁸⁹ Così A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit.

²⁹⁰ Cfr. *supra*, par. 6 ss. Per tale posizione v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., pp. 665 ss.

²⁹¹ Sin qui il pensiero esposto è quello di M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 74 e 109. Prosegue contraddittoriamente l'autore, tuttavia, che «il negozio subirà soltanto quelle modificazioni che sono connesse con la particolare natura di uno dei soggetti, che non ci si

Come si è visto, è solo in sede di controlli e di responsabilità erariale che si dovrebbe collocare il giudizio sulla rispondenza del negozio al fine pubblico e alle regole che governano l'esercizio dell'attività amministrativa. Infatti, l'esercizio della funzione tramite il diritto privato non incide sul regime di validità degli atti, ma viene in rilievo nella disciplina dei controlli e della responsabilità dei funzionari pubblici, in quanto l'azione amministrativa negoziale che contrasti con i principi che governano l'amministrazione può configurarsi come attività illecita, fonte di danni erariali²⁹². La dimensione pubblica dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, sosteneva Romano, «si rileva più nell'interno dell'amministrazione che nei rapporti con altri soggetti, di fronte ai quali l'amministrazione appare come se fosse, sebbene non sia, sciolta dagli interessi [pubblici]»²⁹³.

I principi e le esigenze funzionali sottesi ai dogmi dell'imparzialità, del buon andamento e della responsabilità dell'amministrazione non dovrebbero pertanto condurre ad un'alterazione, attraverso la tecnica della funzionalizzazione, dei principi che governano le relazioni di diritto privato nel nostro ordinamento, poiché, come si è visto, nella fase successiva alla stipula del negozio dominano le esigenze negoziali a tutela della stabilità, della certezza e della serietà del vincolo. Le esigenze pubblicistiche possono solamente favorire l'attivazione di meccanismi speciali di controllo e responsabilità, anche politica, che valutino l'attività complessiva dell'amministrazione interessata²⁹⁴ o

avvede come non possano dipendere dallo stesso interesse pubblico di cui è portatore codesto soggetto e di cui la dottrina considerata esclude la rilevanza diretta nel caso di specie».

²⁹² In questo senso v. F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., pp. 127 ss., secondo cui il vincolo di scopo è incompatibile con la struttura del contratto, non potendo influenzare la natura degli atti negoziali. G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, cit., pp. 172 ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 58 ss.; S.A. ROMANO, *L'attività privata*, cit., pp. 186 ss., secondo cui il controllo dell'attività di diritto privato degli enti pubblici deve essere assicurato senza «turbare in modo profondo le regole ed i principi dell'attuale ordinamento di diritto privato». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit., p. 238. *Contra*, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 343 ss., secondo cui la correlazione tra finalità degli enti e attività amministrativa diviene requisito di validità sostanziale dell'attività stessa, tale per cui in caso di difformità tra effetti dell'atto ed effetti prefigurati dal legislatore, «è giocoforza che il diritto pubblico si sovrapponga in parte al privato, con la conseguente modificazione degli effetti di questo in ciò che riguarda quegli elementi o attributi pubblicistici», cfr. p. 348. L'interesse pubblico, da tutelare e in deroga al principio dell'autonomia negoziale, finiva pertanto per eterointegrare l'attività negoziale della p.a., su cui v. A. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, pp. 5 ss.; A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, cit.

²⁹³ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., cit., p. 13.

²⁹⁴ In questo senso v. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 392 ss., secondo cui le esigenze di funzionalizzazione del diritto privato utilizzato da parte della p.a. sono

l'opportunità di attivare i poteri di autotutela sul contratto a fronte di disfunzioni del sinallagma contrattuale, che non è tuttavia invalido solo perché non più rispondente al pubblico interesse. È solo con riguardo all'atto amministrativo che il vincolo di scopo condiziona la sua validità, sotto il profilo dell'eccesso di potere.

L'applicazione distorta del principio dell'interesse pubblico quale interesse soggettivo dell'amministrazione ha aprioristicamente legittimato le costruzioni fondate sulla necessaria disparità delle parti contrattuali e sui privilegi del contraente pubblico. Al contrario, l'interesse perseguito dall'amministrazione potrebbe talvolta coincidere con l'interesse degli amministrati e con i principi propri del diritto privato, oltre che con l'utilizzo corretto dei poteri attribuiti all'amministrazione dal diritto pubblico²⁹⁵. Parte della dottrina ha infatti rilevato che la specialità dei contratti della p.a. non è quella di attribuire posizioni di vantaggio al soggetto pubblico, ma, paradossalmente, la minor libertà di quest'ultimo rispetto ai privati in virtù dei numerosi doveri e vincoli cui esso è sottoposto²⁹⁶.

La tesi che ipotizza l'ammissibilità, *de jure condito* anziché solo *de jure condendo*, di un diritto privato dell'amministrazione a sé stante consentirebbe al giudice di rinvenire deroghe al diritto privato in favore delle amministrazioni non espressamente previste dalla legge, contrariamente a quanto sopra argomentato e legittimando fantasiose interpretazioni creative, giurisprudenziali o dottrinali, che lederebbero il valore della certezza del diritto e contrasterebbero con il comma 1-*bis* dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990. Quest'ultimo menziona infatti l'agire dell'amministrazione secondo le norme

essenzialmente tre: i) la necessità di non sperperare il denaro pubblico; ii) la necessità di non discriminare gli amministrati e non alterare il funzionamento della concorrenza e dei mercati; iii) la necessità di assicurare al contraente pubblico uno spazio di flessibilità anche dopo la stipula del contratto al fine di controllare l'attività posta in essere dal contraente privato. Si tratta di esigenze già prese in considerazione dai numerosi interventi legislativi che specificamente hanno riguardato l'utilizzo del diritto privato da parte dell'amministrazione e che possono essere soddisfatte dalle soluzioni rinvenibili nello stesso sistema di diritto privato, nel quale è possibile riscontrare strumenti di tutela dell'interesse pubblico senza poter richiamare la nozione di interesse pubblico per incidere, in assenza di espresse previsioni di legge, sulla disciplina dei rapporti negoziali della p.a.

²⁹⁵ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 124-125.

²⁹⁶ A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 130, che richiama il pensiero di Cammeo.

di diritto privato o le sue deroghe senza configurare una fuoriuscita dell'amministrazione dai confini del diritto positivo.

La dottrina, presupponendo l'esistenza di un nucleo incompressibile di autonomia privata inattaccabile da parte del legislatore, si è pertanto chiesta «fino a che punto uno strumentario giuridico, connotato essenzialmente da un incontro libero di volontà che decidono l'assetto di interessi disponibili, possa essere adeguatamente utilizzato nelle fattispecie in cui una parte non ha la disponibilità dell'interesse, esercita un'attività doverosa»²⁹⁷. È così tornato di attualità l'antico problema che attiene alla sostituibilità o meno degli strumenti pubblicistici con quelli privatistici, già oggetto degli studi di Amorth²⁹⁸, senza pretendere di incidere sulla disciplina dei secondi per sopperire all'eventuale insostituibilità dei primi. Sostituibilità che deve in ogni caso rispettare il principio di economicità dell'azione amministrativa, per cui non deve comportare oneri ulteriori per l'amministrazione²⁹⁹.

Da ultimo, occorre precisare che il carattere frammentario e asistemico delle norme che introducono deroghe alla disciplina privatistica applicabile alle pubbliche amministrazioni impone cautela nel desumere da esse principi generali applicabili analogicamente a settori diversi da quelli espressamente contemplati³⁰⁰. La natura

²⁹⁷ Così F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, cit., che richiama l'interrogativo posto da D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012, pp. 4-5.

²⁹⁸ Cfr. *supra*, par. 5.1. Il ricorso al contratto piuttosto che al provvedimento sarebbe per G. NAPOLITANO, *Il principio di contrattualità*, in (a cura di) M., RENNA, F., SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2002, pp. 554-555, doveroso tutte le volte in cui il primo sia fungibile con il secondo e consenta ugualmente il raggiungimento dell'interesse pubblico con reciproca o superiore soddisfazione delle parti: l'amministrazione si sottrarrebbe all'oneroso *iter* del procedimento amministrativo e ridurrebbe il rischio del contenzioso, il privato potrebbe partecipare alla definizione dell'assetto di interessi contenuto nel contratto e fare affidamento sulla relativa stabilità dell'accordo. Secondo l'A., al contrario, ove i costi di transazione per la conclusione del contratto si moltiplicano, come nel caso dei fallimenti del mercato, dovrebbe escludersi la fungibilità del contratto con il provvedimento, sacrificandosi altrimenti l'interesse pubblico.

²⁹⁹ Così E. FOLLIERI, *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.

³⁰⁰ Il ragionamento esposto è lo stesso fatto proprio dalla nota sentenza "Rordorf" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 19 dicembre 2007, n. 26724, nella diversa materia attinente alla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità. Nonostante infatti entrambe le regole possano qualificarsi come norme imperative, la Suprema Corte ritiene che solamente la violazione delle seconde possa determinare la nullità virtuale *ex art.* 1418, c. 1 c.c., salvo i casi in cui la legge commini espressamente la sanzione di nullità in conseguenza della violazione delle prime. Tali norme vengono considerate dalle Sezioni Unite norme eccezionali, non espressione di un principio generale applicabile al di là dei casi espressamente stabiliti dal legislatore.

eccezionale delle disposizioni in questione dovrebbe infatti precludere il meccanismo dell'analogia *legis* e, piuttosto, la loro espressa previsione normativa sembrerebbe confermare l'inesistenza di un principio generale di conformazione dell'attività di diritto privato delle amministrazioni fondata su un *generico* interesse pubblico, in mancanza di espresse disposizioni in tal senso.

7. CONCLUSIONI.

Esaminati i temi generali che riguardano il «diritto privato speciale» ed inquadrata la sua collocazione ordinamentale rispetto al diritto amministrativo, occorre spiegare più ampiamente il meccanismo con cui opera la c.d. «fabbrica della specialità». Nei capitoli successivi si esamineranno nel dettaglio taluni esempi di norme di «diritto privato speciale» nel campo delle obbligazioni della pubblica amministrazione, della responsabilità di essa e degli espropri illegittimi subiti dai privati; più generalmente, si esaminerà la specialità amministrativa che permea questi istituti di origine privatistica, spesso elaborata dal formante giurisprudenziale piuttosto che dal legislatore. Si esamineranno, in particolare, gli orientamenti giurisprudenziali che hanno favorito la proliferazione della specialità amministrativa, talvolta moltiplicando le norme di «diritto privato speciale» recepite in un secondo momento dal legislatore, talaltra giungendo all'elaborazione di appositi istituti speciali per le sole pubbliche amministrazioni collocati nel diritto amministrativo tradizionale.

Ciò è avvenuto spesso ricorrendo al criterio mitologico dell'interesse pubblico, giacché la funzionalizzazione dell'attività privatistica della pubblica amministrazione ha in molti casi portato a una sostanziale pubblicizzazione dei rapporti in considerazione e a una convergenza delle «due vie della specialità». Il dogma dell'interesse pubblico si ripresenta infatti costantemente nei ragionamenti delle Corti e della dottrina e porta a risultati non scritti che accentuano la specialità della disciplina che governa l'attività privatistica della p.a. Ciò è in particolare evidente nel campo degli espropri illegittimi esaminato nel IV capitolo, ove il «diritto privato speciale» elaborato dalla giurisprudenza ha portato alla codificazione di un istituto inedito nel campo del diritto amministrativo, l'acquisizione sanante.

Attesa la critica rivolta al fenomeno della c.d. «fabbrica della specialità», dagli esiti imprevedibili e lesiva della certezza del diritto, nell'ultimo capitolo si proporranno due rimedi per frenare la proliferazione della specialità amministrativa che si dimostrerà essere generata dalle norme di «diritto privato speciale». Da un lato, il divieto di analogia cui devono soggiacere queste regole, giacché riconducibili alle norme eccezionali non applicabili «oltre i casi e i tempi in esse considerati» ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile. Dall'altro, il ricorso ai «motivi imperativi di interesse generale» quale criterio per vagliare la legittimità delle norme di «diritto privato speciale», i soli idonei a garantire una considerazione sistemica degli effetti sull'intero ordinamento giuridico.

CAPITOLO II

IL DIRITTO SPECIALE DELLE OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. I PRIVILEGI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 2. LE OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 3. LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 3.1. LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI. 3.2. L'INGIUSTIFICATO ARRICCHIMENTO. 3.3. LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO. 4. LE MODIFICHE SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. LA CESSIONE DEI CREDITI. 4.1. IL CONSENSO DEL DEBITORE CEDUTO. 4.2. LA FORMA DELLA CESSIONE. 5. I MODI ESTINTIVI DELLE OBBLIGAZIONI. A) I PAGAMENTI DELLA P.A. 5.1. B) LE PROCEDURE ESECUTIVE DELLA P.A. 5.1.1. LA NORMATIVA SUGLI ENTI LOCALI E SULLE AZIENDE SANITARIE. 5.1.2. LA SENTENZA N. 186 DEL 2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE. 5.1.3. LE RECENTI PRONUNCE SUL TEMA. 5.2. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUI PAGAMENTI E SULLE PROCEDURE ESECUTIVE DELLA P.A. 5.3. C) LA COMPENSAZIONE DEI CREDITI. 5.4. D) IL FERMO AMMINISTRATIVO. 6. IL DIRITTO SPECIALE DELLE OBBLIGAZIONI COME ANTICAMERA DELLA SPECIALITÀ. 7. L'INCERTA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL RUOLO DEI «MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE».

1. I PRIVILEGI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Per lungo tempo il nostro ordinamento giuridico è stato dominato da una concezione ideologica che esaltava la «supremazia» dello Stato e degli enti pubblici in quanto portatori di interessi collettivi. Da tale concezione discendeva la presunzione di legittimità dell'azione amministrativa e la conseguente insindacabilità degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario. Ciò portava la giurisprudenza anche ad escludere l'applicabilità di molte regole di diritto privato nei confronti delle amministrazioni, ad esempio in materia di responsabilità precontrattuale, di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre *ex art. 2932 cod. civ.*, di specifica approvazione scritta delle clausole onerose contenute nei contratti *standard* di cui all'*art. 1341, c. 2 cod. civ.*, di riduzione ad equità della penale *ex art. 1384 cod. civ.* Tali sottrazioni al diritto comune, prive di fondamento normativo, erano state qualificate dalla dottrina come ingiustificati

«privilegi» delle amministrazioni, a prima vista venuti meno con l'inclusione delle medesime amministrazioni tra i soggetti destinatari della disciplina di «diritto comune»¹.

Ci si propone qui di indagare il nucleo di verità di tale assunto e di verificare se i «privilegi» delle amministrazioni siano davvero venuti meno o se, piuttosto, essi non abbiano solamente mutato forma. In particolare, il tema di indagine riguarda l'apparente passaggio da un'esenzione totale della p.a. dalle regole comuni, anticamente sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ad una applicazione delle medesime regole nei riguardi della stessa p.a. più proclamata che attuata, dietro la quale si palesa una parziale, ma non irrilevante, esenzione dalle regole in questione per il tramite delle norme di «diritto privato speciale». È infatti necessario accertare se queste ultime, modificando in senso pubblicistico la disciplina di diritto comune vigente per le amministrazioni², abbiano reintrodotta a favore delle medesime amministrazioni taluni privilegi che sembravano essere stati superati. In caso di risposta affermativa, diviene doveroso verificare se e sulla base di quali parametri tali privilegi possano considerarsi giustificati o ingiustificati.³ Affinché il diritto privato possa costituire una delle fonti disciplinanti l'azione amministrativa, infatti, esso deve contemperare con successo i principi ad esso sottesi con il carattere necessariamente funzionale dell'attività dell'amministrazione⁴.

2. LE OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Il tema delle obbligazioni della pubblica amministrazione ha da sempre interessato la dottrina italiana⁵, sebbene questa non sia mai giunta ad elaborare una compiuta

¹ Sul tema v. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, p. 63; F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, p. 380.

² V. al riguardo A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pub.*, 1938, p. 455, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 292, secondo cui le norme di diritto privato speciale, più correttamente, dovrebbero dirsi di diritto pubblico. Cfr. *supra*, cap. I, par. 3.

³ Secondo F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, cit., tale fenomeno va al di là dei limiti giustificati dell'esigenza di salvaguardare l'effettiva funzionalizzazione della sua attività.

⁴ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, pp. 661 ss.; P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 669.

⁵ Sul tema si vedano, *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; P. RESCIGNO, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (Note minime di diritto privato)*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, pp. 632 ss.; M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, Milano, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, pp. 179 ss.; G. FALCON, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1; S. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010; N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche*

teorizzazione delle obbligazioni pubbliche come istituto autonomo rispetto alle obbligazioni di diritto comune. Benché ricondotte al diritto comune⁶, ciò non ha tuttavia impedito al legislatore di prevedere un diritto speciale delle obbligazioni della p.a. in gran parte derogatorio rispetto al diritto comune. Tale settore ha costituito per siffatta ragione un terreno di conquista della specialità, progressivamente estesa al campo del diritto privato⁷.

Una delle cause del fenomeno in esame è la circostanza secondo cui l'archetipo dell'obbligazione pubblica è stato sovente rinvenuto nell'obbligazione tributaria, obbligazione che maggiormente si carica di autoritarietà⁸. La tendenza a delineare regole peculiari per le obbligazioni della p.a. è infatti legata al tema del conflitto tra le norme di diritto comune e quelle di diritto speciale poste per le amministrazioni pubbliche. Tale tema ha assunto particolare rilievo nel settore del diritto tributario, ove più che altrove è stata sostenuta la necessità di applicare i principi generali propri del diritto pubblico in ragione della «peculiarità strutturale» dell'obbligazione tributaria⁹.

La materia delle obbligazioni è forse quella in cui si rinviene il maggior numero di norme di «diritto privato speciale», che costituiscono un panorama frastagliato, di difficile ricostruzione per l'interprete, fonte di incertezze a causa del necessario e costante raffronto tra disciplina generale e disciplina speciale cui soggiacciono i soggetti pubblici¹⁰. A ciò si aggiunga che all'interno del macro sistema delle obbligazioni della

amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale, in *Giustamm.it*, 2014. In favore delle modificazioni alla disciplina di diritto privato nel campo dell'esecuzione dell'obbligazione si veda anche M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, pp. 135 ss.

⁶ «Ma le obbligazioni di diritto pubblico, l'obbligazione tributaria, per fare un caso, ma che sono diverse rispetto alle obbligazioni che disciplina il codice civile? Mi si citi un caso di obbligazione che stia a sé, per cui si possa dire che sfugge al codice civile! Ci si pensi: non c'è». Queste le parole di Giannini, in M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico*, (1993), in *Scritti*, IX, Milano, 2006, p. 351.

⁷ M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 110.

⁸ Sul tema v. A. ZITO, *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale: considerazioni introduttive*, in *Annuario AIPDA 2009, Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2010, p. 16-17.

⁹ Sul tema v. M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, pp. 96 ss. La peculiarità strutturale è stata ravvisata nella esecutabilità diretta della pretesa da parte dell'Amministrazione fiscale da G.A. MICHELI, G. TREMONTI, *Obbligazioni tributarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 442. V. inoltre sul tema G. ZINGALI, *Obbligazione tributaria*, in *NDI*, XI, Torino, 1968, p. 686; F. BENATTI, *Principio di buona fede e obbligazione tributaria (appunti per una discussione)*, in *Studi per Capaccioli*, Milano, 1988, p. 83.

¹⁰ In tal senso v. A. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960, p. 367, secondo cui l'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione è regolato «da una minuziosa e spesso

p.a. si rinvengono altrettanti numerosi microsistemi, differenziati in ragione del soggetto pubblico di volta in volta considerato. Tale assunto è dimostrato dal D.L. n. 35 del 2013, che ha previsto norme specifiche per ciascuna tipologia di amministrazione, ognuna delle quali sottoposta a regimi divergenti concernenti tempi e modi dell'adempimento.

È bene sin da ora precisare che alcun cenno alla specialità delle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni è contenuto nel codice civile¹¹. La settorialità degli interventi normativi che hanno previsto deroghe alla disciplina codicistica dovrebbe pertanto essere indice dell'eccezionalità e tassatività dei medesimi interventi, non estendibili al di là dei casi espressamente disciplinati. Tuttavia, di ciò non sembra essere pienamente consapevole la giurisprudenza.

Si cercherà di ricostruire lo statuto speciale delle obbligazioni della p.a. attualmente vigente al fine di verificare se i residui caratteri di specialità rappresentino aree di privilegio a favore delle pubbliche amministrazioni. Su di esso hanno inciso continui interventi normativi, spesso dalla portata temporale limitata, abrogazioni e pronunce di incostituzionalità, oltre che una giurisprudenza incline a consolidare la specialità della materia già ampiamente sancita dal legislatore¹².

3. LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Il tema delle fonti delle obbligazioni della pubblica amministrazione impone una preliminare distinzione tra fonti private e fonti pubbliche delle obbligazioni: le prime coincidono con il contratto o con le altre fonti di diritto comune; le seconde si rinvengono nella legge o negli atti amministrativi¹³. Nell'ambito della prima categoria, le fonti delle obbligazioni della p.a. diverse dal contratto presentano talune peculiarità rispetto a quelle delle obbligazioni tra privati. Ciò è vero nonostante in tale settore non vengano in considerazione le attività del soggetto pubblico vincolate nello scopo, ma dovrebbe

arruffata legislazione speciale, in cui non tutti si raccapezzano, e nella quale il conflitto delle norme, talvolta apparente e talvolta sostanziale, rende sempre più oscura la via da percorrere». Così anche V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 197, il quale sottolinea «l'incertezza della disciplina positiva con la quale siamo costretti ad operare, e la mutevolezza della giurisprudenza».

¹¹ M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 41.

¹² M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 5.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 16; M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., p. 8. Una diversa disciplina veniva ricollegata ai due tipi di obbligazioni da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., pp. 229 ss.

prevalere la valutazione delle vicende che hanno comportato spostamenti patrimoniali di ricchezza in assenza dei presupposti pretesi dall'ordinamento giuridico.

La tentazione di adeguare gli istituti di diritto comune della gestione di affari altrui (artt. 2028 ss. cod. civ.), della ripetizione dell'indebito (artt. 2033 ss. cod. civ.) e dell'arricchimento senza causa (artt. 2041 ss. cod. civ.) alla peculiare natura del soggetto pubblico coinvolto nel rapporto è una tentazione antica che si ripresenta di continuo nella giurisprudenza più recente. In particolare, ci si riferisce ai casi in cui si stabilisce di non far nascere un'obbligazione in capo allo Stato – o meglio, alla pubblica amministrazione nel suo complesso –, pur in presenza di fatti giuridici cui la legge ricollega automaticamente la nascita della medesima¹⁴.

3.1. LA GESTIONE DI AFFARI ALTRUI.

Con riferimento alla gestione di affari altrui, in passato la giurisprudenza aveva costruito la regola non scritta secondo cui l'utilità della gestione doveva essere accertata con atto di riconoscimento proveniente dalla p.a.¹⁵, rinvenendo nell'art. 2031 cod. civ. un'ipotesi di esercizio di discrezionalità amministrativa, non sindacabile dal giudice ordinario ai sensi dell'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. L'assenza di una base normativa per una soluzione di tal genere, laddove al contrario l'art. 2031 cod. civ. conferisce al cittadino un diritto soggettivo non sottoposto ad alcuna valutazione discrezionale, era dovuta all'indebita estensione di principi pubblicistici ad un'area in cui la p.a. non esercita poteri autoritativi¹⁶.

La tesi criticata è stata recentemente riproposta dalla Corte di cassazione¹⁷, che ha affermato la necessità di adattare l'istituto della *negotiorum gestio* alle particolari caratteristiche della p.a., rispetto alla quale non potrebbe valere automaticamente l'interpretazione dell'*absentia domini* quale materiale impossibilità del gerito di provvedere alla gestione del proprio affare ovvero quale assenza inequivoca della

¹⁴ Cfr. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 37 e pp. 128 ss.

¹⁵ A partire dalla sentenza della Corte di cassazione, 16 dicembre 1933, n. 3636, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, II, p. 95.

¹⁶ Cfr. M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 98-99.

¹⁷ Cass. civ., Sez. VI, 3 febbraio 2017, n. 2944.

prohibitio domini. La riserva di legge e i principi di buon andamento e di imparzialità previsti dagli artt. 95 e 97 Cost. implicherebbero infatti l'attribuzione in via legislativa di funzioni pubbliche alle amministrazioni da esercitarsi discrezionalmente per il perseguimento di specifici interessi pubblici, il che sarebbe incompatibile con l'affidamento alla libera iniziativa del privato dell'esercizio di qualunque attività della p.a. L'applicazione eccezionale dell'istituto alla p.a. richiederebbe allora, secondo la Corte di cassazione, il necessario riconoscimento dell'effettivo vantaggio conseguito, non coincidente con l'interesse pubblico perseguito dal gestore, ma inerente alla relazione costi – benefici. In codesto modo si recupererebbe il momento della discrezionalità amministrativa, il cui necessario esercizio sarebbe incompatibile con una mera tolleranza dello svolgimento dell'attività da parte del gestore¹⁸.

Nonostante la pretesa di un oggettivo impedimento materiale nella gestione dell'affare della p.a. configuri un'applicazione rigorosa, ma anche più rispettosa della lettera degli artt. 2028 ss. cod. civ. rispetto all'orientamento giurisprudenziale che, nei rapporti privatistici, si accontenta della mera inerzia del gerito, il requisito del riconoscimento esplicito dell'utilità della gestione è al contrario privo di base normativa.

3.2. L'INGIUSTIFICATO ARRICCHIMENTO.

La medesima conclusione inerente al necessario riconoscimento dell'utilità conseguita da parte della p.a. era stata adottata dalla giurisprudenza con riguardo all'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ.¹⁹ In senso critico la dottrina aveva ritenuto che «al pari della gestione di affari è questo un caso tipico in cui, nell'applicare una norma del codice civile si è gradualmente formata una regola speciale non scritta in funzione di una tutela apposita nei confronti della pubblica amministrazione»²⁰. La stessa dottrina aveva prospettato dunque la necessità di applicare

¹⁸ V. sull'argomento M. MAROTTA, *Gestione degli affari di PA: è necessario l'espreso riconoscimento dell'utilità conseguita*, Nota a Cassazione civile, 03 febbraio 2017, n. 2944, sez. VI, in *Dir. e Giust.*, 22, 2017, pp. 1 ss.

¹⁹ Cass. civ., 11 marzo 1980, n. 1614. Sull'argomento v. R. ACCROGLIANÒ, *Una particolare applicazione della disciplina in tema di indebito soggettivo ex latere solventis*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1, 2002, pp. 218 ss., Nota a Tribunale Casale Monferrato, 21 ottobre 2000.

²⁰ U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) P. RESCIGNO, Torino, 1984, vol. 9, p. 849.

incondizionatamente le regole civilistiche all'azione di arricchimento contro gli enti pubblici²¹.

Al contrario, per la giurisprudenza l'azione di arricchimento esperibile contro la p.a. era divenuta un istituto totalmente distinto rispetto a quello di cui all'art. 2041 cod. civ., «riconducibile soltanto ad un principio di equità di cui anche l'azione di arricchimento c.d. ordinaria è espressione»²². Il riconoscimento dell'utilità dell'opera o della prestazione era infatti divenuto un elemento della fattispecie generatrice del credito²³, che finiva per subordinare l'insorgenza dell'obbligo all'indennizzo alla volontà dell'arricchito²⁴. Si trattava dunque di un istituto di diritto comune intriso di elementi di specialità ove operante nei confronti della pubblica amministrazione.

Nonostante la giurisprudenza citata, non rispettosa della lettera della legge, sia stata recentemente di tanto in tanto riproposta²⁵, quand'anche avvalendosi della *fictio* di riconoscimento implicito dell'utilità mediante comportamento concludente²⁶, quella in materia di ingiustificato arricchimento sembra essere stata nel tempo superata²⁷. Tuttavia, un residuo della concezione volta a configurare una regola speciale per il soggetto pubblico si rinviene nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di «arricchimento imposto». Con la sentenza n. 11209 del 2019, infatti, la Suprema Corte ha ribadito che quando l'arricchimento non è consapevole o voluto la p.a. non può rifiutarlo, poiché inconsapevole dell'*eventum utilitatis*. In tal caso sono «le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della P.A.» a dover trovare «adeguata tutela» nel principio del

²¹ LOMBARDI, *L'amministrazione pubblica e il divieto di arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, pp. 119 ss.

²² C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, p. 122.

²³ Cass. civ., sez. un., 20 novembre 1999, n. 807.

²⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1997, p. 823.

²⁵ Cfr. T.A.R. Catania, Sicilia, Sez. II, 7 dicembre 2012, n. 2852; Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 2005, n. 21079; Cass. civ., sez. I, 8 maggio 2008, n. 11484; Cass. civ., Sez. II, 26 luglio 1999, n. 8070.

²⁶ Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 1982, n. 530, in *Giust. civ., Rep.*, 1982, voce *Arricchimento senza causa*, p. 138; di recente Cass. civ., sez. I, 17 luglio 1997, n. 6570; Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 1997, n. 10576.

²⁷ Orientamento superato per la prima volta con la sentenza della Cass. civ., Sez. Un., 10 luglio 1982, n. 4198, in *Foro it.*, 1983, I, c. 754. Recentemente, v. Cass. civ., Sez. Un., 26 maggio 2015, n. 10798, secondo cui «non è necessario il riconoscimento della *utilitas* da parte dell'arricchito, essendo sufficiente che l'arricchimento non fu consapevole o non fu voluto, vale a dire che si sia trattato di un arricchimento imposto».

c.d. «arricchimento imposto»²⁸, che non comporta alcun indennizzo a favore di chi l'imposizione ha effettuato, al fine di evitare possibili abusi delle capacità patrimoniali del soggetto pubblico.

Il rapporto obbligatorio si considera in tal caso instaurato tra il prestatore che arricchisce e il funzionario resosi responsabile della spesa fuori bilancio²⁹, in virtù della rottura del rapporto di immedesimazione organica per violazione delle regole relative all'impegno contabile, salvo che la p.a. non decida di attivare il procedimento discrezionale di riconoscimento del debito fuori bilancio. In tal evenienza si avrebbe un espresso riconoscimento dell'*utilitas* che renderebbe applicabile l'art. 2041 cod. civ. nei confronti della p.a. Il funzionario che ha pagato ha comunque poi diritto, secondo l'insegnamento della Consulta³⁰, a domandare l'indennizzo alla p.a. nei limiti dell'arricchimento da quest'ultima ottenuto e lo stesso può fare in via surrogatoria il contraente che non riesca a recuperare il corrispettivo pattuito dal funzionario insolvente. Comunque, si pone in capo al funzionario una speciale responsabilità quale sanzione per aver violato le prescrizioni contabili.

La Cassazione giunge così ad affermare che il contraente che esegue una prestazione al di là di quanto previsto originariamente nel contratto non ha diritto ad essere direttamente indennizzato dall'amministrazione, che, deliberando il tetto di spesa, adempie i suoi obblighi di legge di sana gestione delle finanze pubbliche. La comunicazione al contraente del limite di spesa determinato viene equiparata a un implicito diniego di una spesa superiore, quale manifestazione di volontà contraria a ricevere

²⁸ Così Cass. civ., Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11209, che richiama quanto sancito da Cass. civ., Sez. I, 27 giugno 2017, n. 15937; v. anche Cass. civ., Sez. I, ord. 13 giugno 2018, n. 15415, che, a proposito di spese comunali fuori bilancio, afferma: «In tema di spese comunali fuori bilancio, qualora il funzionario pubblico attivi un impegno di spesa per l'ente locale senza l'osservanza dei controlli contabili relativi alla gestione dell'ente, si determina una frattura "*ope legis*" del rapporto di immedesimazione organica, sicché il rapporto obbligatorio, non perfezionatosi nei confronti della P.A., si costituisce tra il privato e l'amministratore. Quest'ultimo peraltro può agire nei confronti della P.A. ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., avendo solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento senza che sia necessario alcun riconoscimento dell'utilità della prestazione da parte dell'ente e salva la possibilità, per quest'ultimo, di dimostrare che l'arricchimento sia stato non voluto, non consapevole ovvero imposto».

²⁹ In tal senso v. gli artt. 191, comma 4 e 194, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 267/2000 (cd. TUEL), che riprendono quanto già stabilito dall'art. 23, comma 4 del D.L. 30 dicembre 1988, n. 549 e dall'art. 23, comma 4 del D.L. 2 marzo 1989, n. 66.

³⁰ Così Corte. cost., 24 ottobre 1995, n. 446 e 30 luglio 1997, n. 295, secondo le quali il prestatore potrebbe esperire in via surrogatoria l'azione di arricchimento nei confronti della amministrazione spettante al funzionario.

prestazioni ulteriori rispetto a quelle il cui corrispettivo sarebbe rientrato nei limiti di spesa. Ad essere valorizzato è il principio del buon andamento dell'amministrazione sancito dall'art. 97 Cost., che si ritiene espressamente investire «*ictu oculi* anche il profilo della gestione finanziaria»³¹.

Dalla peculiare posizione istituzionale del soggetto pubblico, quale parte del rapporto obbligatorio, viene pertanto costruita una regola speciale che trova fondamento nell'esigenza di tutelare le finanze pubbliche e la corretta pianificazione di spesa delle amministrazioni. Parimenti, con riguardo alla figura del gestore di affari altrui, la specialità della disciplina che si pretende di applicare alla p.a. trova fondamento nell'esigenza di tutelare l'esercizio discrezionale dell'attività amministrativa e il principio di legalità nell'assegnazione di funzioni pubbliche, nonostante le medesime esigenze siano considerate derogabili quando a venire in gioco è la necessità di tutelare l'affidamento riposto da chi entra in rapporto con il funzionario di fatto³².

In tal modo la giurisprudenza sembra fare un passo indietro, dal momento che da tempo, in materia di arricchimento ingiustificato, essa aveva riconosciuto il potere del giudice ordinario di valutare l'*utilitas* o di accertare l'effettiva utilizzazione dell'opera o della prestazione da parte della p.a., non essendo a ciò d'ostacolo l'esercizio della discrezionalità amministrativa, né la valutazione dell'interesse pubblico che normalmente spettano alla p.a.³³ Il concetto di arricchimento deve infatti essere scisso da quello, ivi non richiesto, del riconoscimento dell'*utilitas*, di tal che i presupposti sanciti dallo *ius commune* prevalgono su quelli tipici dello *ius publicum* citati, che non vengono in rilievo nel campo di azione in esame³⁴ ove non sono in gioco potestà pubbliche, ma meri fatti.

³¹ Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2019, n. 11209.

³² Sulla *ratio* dell'istituto del funzionario di fatto, quale istituto posto a favore del privato e del suo affidamento, v. Cons. St., Ad. Plen., 22 maggio 1993, n. 6, le cui enunciazioni sono state ribadite dalla giurisprudenza successiva. In dottrina v. C. GRIMALDI, *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, in (a cura di B. CAVALLO), *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005, spec. pp. 36 ss.

³³ Cfr. sul tema Cass. civ., Sez. Un., 25 febbraio 2009, n. 4463; Cass. civ., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24772; Cass. civ., sez. I, 2 settembre 2005, n. 17703; Cass. civ., Sez. Un. 10 febbraio 1996, n. 1025 e 18 giugno 2008, n. 16596; Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19059, Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 1997, n. 10576; Cass. civ., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12399; Cass. civ., sez. I, 11 maggio 2007, n. 10884; Cass. civ., sez. I, 20 agosto 2004, n. 16348; Cass. civ., sez. I, 23 aprile 2002, n. 5900.

³⁴ Così A.M. BASSO, *La P.A. deve pagare la prestazione non contrattualizzata se non l'ha rifiutata*, in *Dir. e Giust.*, 21, 2015, pp. 125 ss., *Nota a Cassazione civile, Sez. Un., 26 maggio 2015, n.10798*.

L'accertamento di questi ultimi non involge difatti una comparazione di interessi contrapposti, che caratterizza al contrario l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Il tema dell'arricchimento imposto costituisce, in realtà, un problema generale che dovrebbe ricevere una soluzione uniforme, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'arricchito³⁵, «poiché unico è il sostrato etico che ne costituisce il tessuto connettivo e che, infine, determina la reazione dell'ordinamento nei confronti dell'ingiustificato spostamento patrimoniale»³⁶. L'istituto in questione appartiene infatti all'ordinamento giuridico generale, pertanto la qualità dei soggetti non può snaturare il rapporto che origina dall'arricchimento a favore di un particolarismo *contra legem*, configurante un privilegio nei confronti della p.a.³⁷

L'orientamento giurisprudenziale criticato pare inoltre del tutto privo di riferimenti normativi specificamente destinati alla tutela dell'erario pubblico e sembra nascondere un ritorno all'autorevole, ma oramai superata, tesi di Mantellini³⁸, secondo cui l'amministrazione doveva considerarsi come soggetto giuridico comunque non assoggettabile *de plano* alle ordinarie norme civilistiche, in quanto regolata da un sistema da considerarsi speciale. Il fondamento ideologico che aveva portato ad applicare nei confronti della pubblica amministrazione «un diritto privato speciale» non scritto, intriso di autoritarità e supremazia, non può tuttavia più dirsi attuale³⁹.

3.3. LA RIPETIZIONE DELL'INDEBITO.

In relazione al pagamento dell'indebitato, da ultimo, la disciplina civilistica è stata rimodellata dalla giurisprudenza in funzione della specificità del soggetto pubblico, talvolta elaborando una deroga a favore del soggetto privato, altre volte a favore del soggetto pubblico. Al primo gruppo considerato è riconducibile la casistica attinente

³⁵ V. A. ROMANO, *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino 1993, pp. 210 ss.; L. VIOLA, *L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione*, Padova, 2002, pp. 20 ss.; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, p. 326.

³⁶ R. TOMEI, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione. Tra conferma della tradizione e critica del privilegio*, Torino, 2000, p. 95.

³⁷ P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1989, p. 748.

³⁸ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1879, p. 13.

³⁹ Così G. MICARI, *L'azione di indebitato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell'utiliter coeptum*, in *Giust. civ.*, 11, 2005, pp. 2676 ss., *Nota a Cassazione civile, Sez. II, 30 luglio 2004, n.14570*.

all'irripetibilità delle somme corrisposte in eccedenza dall'amministrazione ai propri dipendenti, ove la ripetizione integrerebbe un comportamento contrario a buona fede lesivo dell'affidamento ingenerato nei privati circa la certezza del diritto alla riscossione⁴⁰; al secondo gruppo, la legislazione speciale in materia di ripetizione dell'indebito nel diritto tributario, da cui sono stati tratti principi generali applicati al di là dello specifico settore di riferimento⁴¹.

A proposito del secondo gruppo la Corte costituzionale, con la sentenza n. 45 del 1968, aveva in particolare rinvenuto l'esistenza di un «pubblico interesse» alla mancata restituzione dell'imposta indebitamente percepita, traendo un principio generale dalle norme disorganiche che, derogando all'art. 2033 cod. civ., prevedevano l'irripetibilità del tributo riscosso, ma non dovuto. L'atteggiamento della Consulta, contraria a rinvenire nelle norme in esame una discriminazione irrazionale, aveva indotto il legislatore a stabilire nuove deroghe nel segno dei *privilegia fisci*⁴².

⁴⁰ Sull'argomento è stata di recente sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2033 cod. civ., da parte della Corte di cassazione, Sez. lavoro, con ordinanza 14 dicembre 2021, n. 40004, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU, con riguardo alla rilevanza impeditiva sull'azione di ripetizione dell'indebito dell'affidamento del lavoratore che in buona fede abbia ricevuto dal datore di lavoro pubblico retribuzioni non dovute. La rimessione alla Corte Costituzionale è stata argomentata sulla base del portato della giurisprudenza della Corte EDU e, in particolare della sentenza 11 febbraio 2021, sul ricorso n. 4893/13, C. c. ITALIA, che ha ritenuto violato l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, in relazione a un caso in cui una dipendente INPS, transitata dal Ministero dell'Istruzione per mobilità volontaria, era stata condannata ai sensi dell'art. 2033 cod. civ. a restituire al datore di lavoro le retribuzioni indebite percepite. La Corte EDU ha ritenuto rientrare nel campo di applicazione della norma convenzionale il "legittimo affidamento" della ricorrente a poter conservare le retribuzioni percepite, acquisito in forza della spontaneità del pagamento, della sua provenienza da un ente qualificato, della sua durata, dell'assenza di una riserva di ripetizione, della buona fede nel percepire le retribuzioni, del tempo trascorso fino alla prima riserva manifestata dall'INPS nel febbraio 2004, con conseguente sproporzione dell'ingerenza della pubblica amministrazione. Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha precisato che laddove si tratti di una voce stipendiale a carattere sporadico, quale, ad esempio, la remunerazione del lavoro straordinario, connotato ontologicamente da estemporaneità, si potrebbe «eventualmente giustificare, tenuto conto della sua natura occasionale e isolata, un errore da parte delle autorità per quanto riguarda l'importo da riconoscere agli interessati». Lo stesso non può invece essere affermato con riferimento a voci "stabili" o per così dire "tabellari" delle retribuzioni corrisposte, in riferimento alle quali la complessità del meccanismo di computo non ne consente la dequotazione a mero errore di calcolo, con conseguente irripetibilità del solo emolumento avente carattere retributivo non occasionale, cfr. Cons. St., sez. II, 05 aprile 2022, n.2534.

⁴¹ Al riguardo v. più diffusamente M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 104 ss. Sul primo gruppo di casistica v. M. DE GIORGI, *L'indebito oggettivo nel pubblico impiego*, in *Foro Amm.*, 5, 1997, pp. 1434 ss., *Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 settembre 1996, n.1255*.

⁴² V. ancora M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., pp. 110 ss.

In altre occasioni, al contrario, la Corte ha rinvenuto nell'art. 2033 cod. civ. la norma generale di diritto comune da applicare anche all'amministrazione finanziaria per colmare le lacune lasciate dalla legislazione speciale tributaria⁴³. Essa è infine giunta a dichiarare espressamente l'illegittimità costituzionale di singole norme che escludevano il rimborso in materia di specifici tributi⁴⁴: un principio generale come quello sopra delineato avrebbe infatti dato luogo a discriminazioni irragionevoli, violative non solo dell'art. 3 Cost., ma anche degli artt. 23 e 53 Cost.

In definitiva, limitare l'ambito di operatività delle norme del codice civile volte ad evitare ingiustificati spostamenti di ricchezza, favorendo la p.a. a discapito dei privati, non sembra coerente con i principi informatori del nostro ordinamento giuridico in mancanza di idonee giustificazioni in senso contrario, principi sottesi alla solidarietà sociale e alla parità di trattamento, oltre che non coerente con la *ratio legis* che governa gli istituti considerati⁴⁵. Rendere giustificato uno spostamento di ricchezza *sine causa* in ragione della natura di una delle parti del rapporto obbligatorio è infatti espressione di un irragionevole privilegio, in quanto, come si è detto, nelle fattispecie considerate non entra

⁴³ Cfr. Corte cost., 29-31 marzo 1961, n. 21, che dichiara l'incostituzionalità del privilegio a favore dello Stato del *solve et repete* sancito dalla legislazione tributaria e Corte cost., 23 maggio 1966, n. 44, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 24 L. 5 marzo 1963, n. 246, in tema di retroattività dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili. Cfr. anche Cass. civ., sez. I, 13 maggio 1977, n. 1884; Cass. civ., sez. I, ord. 2 giugno 1983, n. 449.

⁴⁴ Corte cost., 28 luglio 1976, n. 198, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 12 e 14 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3269 in materia di imposta di registro; Corte cost., 26 luglio 2005, n. 320, che, in materia di fondi pubblici di agevolazione istituiti da leggi dello Stato e delle regioni, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 39 della L. 21 novembre 2000, n. 342, nella parte in cui disponeva che «non si fa luogo a rimborso di imposte già pagate»; Corte cost., 27 luglio 2007, n. 330, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, secondo periodo, della legge 21 novembre 2000, n. 342 (Misure in materia fiscale), nella parte in cui vietava il rimborso dell'Iva già pagata; Corte cost., 22 luglio 2009, n. 227, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2, comma 4 della L. 24 dicembre 2007, n. 244, che prevedeva l'irripetibilità delle somme versate a titolo di Ici per i periodi precedenti all'anno 2008 dai possessori di costruzioni strumentali allo svolgimento delle attività agricole di cui all'art. 2135 cod. civ., anche se effettuate da cooperative e loro consorzi; da ultimo, Corte cost., 3 novembre 2020, n. 256, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 6 *quinquies* del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che autorizzava i Comuni a trattenere le somme versate come corrispettivo del beneficio della proroga dai concessionari delle grandi derivazioni idroelettriche prima della sentenza n. 1 del 2008 della Corte costituzionale, con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità della proroga delle concessioni disposta dall'art. 1 della legge 23 dicembre 2005, n. 206 (sebbene la Corte non abbia esaminato il profilo di irragionevolezza sollevato dal giudice remittente secondo cui «risulterebbe imposta ai concessionari di grandi derivazioni di acqua per uso idroelettrico una prestazione patrimoniale ingiustificata, essendo venuta meno la "controprestazione" a quella funzionalmente collegata, ovvero la proroga della concessione in essere», assorbito dalla rinvenuta violazione dell'art. 136 Cost.).

⁴⁵ Cfr. G. MICARI, *L'azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell'utiliter coeptum*, cit.

in gioco l'esercizio di un pubblico potere, ma rilevano meri comportamenti dell'amministrazione⁴⁶.

4. LE MODIFICHE SOGGETTIVE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. LA CESSIONE DEI CREDITI.

La cessione dei crediti è oggetto di una disciplina derogatoria rispetto al modello delineato dal codice civile allorché il debitore ceduto sia una pubblica amministrazione. Il fine asserito di questa normativa è quello di tutelare l'interesse pubblico di cui è di volta in volta portatrice la p.a. debitrice, limitando la libertà del creditore cedente mediante norme di «diritto privato speciale».

4.1. IL CONSENSO DEL DEBITORE CEDUTO.

La prima deroga che in tale ambito viene in rilievo è quella posta al principio generale della libera cedibilità del credito di cui all'art. 1260 cod. civ., integrante una restrizione dell'autonomia negoziale dei privati⁴⁷. Normalmente, infatti, la cessione del credito presuppone l'accordo del cedente e del cessionario, laddove il debitore ceduto rimane estraneo al predetto accordo. La *ratio* di tale regola generale è quella secondo cui il debitore non è pregiudicato da un tale accordo, essendo per lui indifferente eseguire la prestazione nei confronti di un creditore piuttosto che di un altro. Essa, inoltre, soddisfa l'esigenza di agevolare la circolazione dei beni, che nel caso dei crediti implica più precisamente la possibile anticipata utilizzazione del diritto alla prestazione⁴⁸.

Tale principio non opera sempre nei confronti della pubblica amministrazione, in quanto l'art. 9 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, ancora oggi vigente, stabilisce che «sul prezzo dei contratti in corso non potrà avere effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione, se non vi aderisca l'amministrazione interessata». In corso di esecuzione del contratto, pertanto, la cessione del credito verso la p.a. presuppone il previo consenso di quest'ultima, diversamente da quanto avviene nei rapporti tra privati. *Ratio* della norma,

⁴⁶ V. al riguardo R. TOMEI, *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione. Tra conferma della tradizione e critica del privilegio*, cit.

⁴⁷ Cfr. P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 674, secondo i quali una disciplina di tal fatta deve essere interpretata restrittivamente al fine di scongiurare possibili violazioni dell'art. 41 Cost.

⁴⁸ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, cit., pp. 571 ss.

secondo la giurisprudenza, è quella di evitare che, «durante l'esecuzione del contratto, possano venire a mancare i mezzi finanziari al soggetto obbligato alla prestazione in favore della pubblica amministrazione»⁴⁹, prevenendo il pericolo per il soggetto pubblico di una realizzazione delle prestazioni non conforme a quanto dedotto nel negozio.

L'art. 9 considerato è espressamente richiamato dall'art. 70 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 con riferimento alle «somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti», ma sembra potersi ricavare che il divieto di cessione senza l'adesione della p.a. si applichi a tutti i rapporti di durata in corso a cui la stessa p.a. prenda parte. Per le altre tipologie di contratti, *a contrario*, non è necessaria la preventiva accettazione da parte della p.a., essendo la notificazione della cessione sufficiente alla stregua di quanto previsto dal codice civile.

La deroga alla libera cedibilità del credito concerne pertanto i soli contratti di durata in corso di esecuzione, mentre quelli ad esecuzione istantanea o già eseguiti rimangono soggetti alla disciplina ordinaria civilistica di cui agli artt. 1260 ss. cod. civ., salvo quanto poco più avanti si dirà in ordine alla forma. La Corte di cassazione ha infatti chiarito che «il divieto di cessione senza l'«adesione» della p.a. si applica solamente ai rapporti di durata come l'appalto e la somministrazione (o fornitura), solo rispetto ai quali il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il consenso del debitore (art. 1260 cod. civ.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che durante la medesima possano venir meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e possa risultare così compromessa la regolare prosecuzione del rapporto. Ne deriva che la cessione di un credito insorgente da un ordinario contratto di compravendita soggiace in tutto e per tutto (salvo che per la forma prevista dall'art. 69, comma 3, r.d. n. 2440 del 1923) all'ordinaria disciplina codicistica»⁵⁰.

Ciò implica che la mancata adesione della p.a. alla cessione del credito stipulata e notificata durante lo svolgimento del rapporto contrattuale costituisce una causa estrinseca di inefficacia della cessione, destinata a cessare al momento della conclusione

⁴⁹ Così Cass. civ., sez. I, 5 maggio 2000, n. 13261; v. anche Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981; Cass. Civ., Sez. I, 1 febbraio 2007, n. 2209.

⁵⁰ Così Cass. civ., Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981.

del rapporto contrattuale nonostante la notificazione della cessione sia avvenuta allorché il rapporto era ancora in corso. Tuttavia, l'operatività della cessione dopo l'esecuzione del contratto concerne esclusivamente i crediti non ancora estinti, perché pagati o compensati durante il periodo di sospensione della efficacia della cessione, nel corso del quale la p.a. debitrice, proprio perché non vincolata dalla cessione, conserva la facoltà di pagamento al creditore originario con effetti liberatori⁵¹.

Quello appena considerato è dunque un divieto legale che limita la cedibilità dei crediti, integrando una fattispecie di incedibilità relativa, rimovibile con il consenso del debitore ceduto⁵².

Una specifica disciplina è poi prevista dal Codice dei contratti pubblici. Sulla scia di quanto già previsto dall'art. 117 del precedente Codice (d. lgs. n. 163 del 2006), l'art. 106, comma 13 del d. lgs. n. 50 del 2016, dopo aver riprodotto la particolare forma e notificazione richiesta dalla disciplina di contabilità pubblica di cui si dirà e aver ribadito l'applicabilità della legge n. 52 del 1991 sulla cessione dei crediti derivanti dall'esercizio dell'attività di impresa, prevede che «le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione». Il previgente meccanismo del consenso espresso è stato in tal modo equiparato a quello del consenso tacito, che assume la forma del mancato rifiuto, al fine di agevolare la certezza del diritto per i privati. In particolare, il rifiuto espresso del debitore opera alla stregua di una condizione risolutiva della cessione, laddove l'accettazione ne costituisce normalmente una condizione sospensiva⁵³.

⁵¹ Così G. TARANTINO, *Cessione del credito di una P.A.: il ritardato collaudo dell'opera vale come assenso alla cessione*, in *Dir. & Giust.*, 24, 2015, pp. 32 ss., *Nota a Cassazione civile, sez. I, 17 giugno 2015, n.12504*.

⁵² Sulle conseguenze della mancata adesione della p.a. alla cessione si contrappongono due tesi: l'una ritiene la cessione valida tra le parti, ma non opponibile alla p.a. debitrice ceduta (cfr. Cass. civ., 7 ottobre 1974, n. 2691, in *Foro it.*, 1975, I, pp. 1186 ss.); l'altra ritiene la cessione non approvata invalida o assolutamente inefficace (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, 1948, p. 338). Sull'argomento si veda più diffusamente S.M.D. CONDOJANNI, *Cessione di credito e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2005, pp. 1285 ss.

⁵³ V. al riguardo F. TASSONE, *La cessione di crediti vantati nei confronti della p.a. nell'ambito dei contratti di appalto pubblico (nota a Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli sez. V 8/7/2004 n. 10015)*, in *Dir. - Concorsi e Professioni*, 2000. L'articolo in questione sostituisce una corrispondente norma

La regola speciale del necessario consenso della p.a. alla cessione del credito è sancita anche per gli organi costituzionali che godono di autonomia contabile dai rispettivi regolamenti interni⁵⁴.

La dottrina ha al riguardo osservato: «Che si tratti di un privilegio è dimostrato altresì dalla non replicabilità dello stesso a fronte della situazione inversa. Ossia, l'art. 8, D.L. n. 79/1997 stabilisce espressamente la possibilità per gli enti pubblici di cedere i propri crediti»⁵⁵.

4.2. LA FORMA DELLA CESSIONE.

Ulteriori deroghe operanti nella cessione di crediti verso la p.a. si rinvengono negli artt. 69 e 70 del r.d. del 1923 citato, che prevedono che «le cessioni (...) relative a somme dovute dallo Stato (...) debbono essere notificate all'amministrazione centrale ovvero all'ente ovvero ufficio o funzionario cui spetta ordinare il pagamento. Tali cessioni devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata autenticata da un notaio», pena l'inefficacia dell'atto⁵⁶. Oltre alla partecipazione del ceduto, la normativa in esame pone dunque un duplice vincolo: l'uno riguardante la forma dell'accordo, l'altro la notificazione della cessione.

Un secondo elemento che caratterizza la disciplina speciale della cessione dei crediti verso la p.a. è infatti ravvisabile nella forma richiesta per il contratto di cessione, quella dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, al fine di rendere certi alla p.a. il contenuto, la provenienza e la data della cessione stessa. Tale requisito non è posto, però, a pena di nullità, in quanto ove il contratto non venga fatto «risultare» nei modi anzidetti alla pubblica amministrazione la conseguenza è l'inefficacia dell'atto nei confronti di quest'ultima, non rimediabile neppure da un successivo riconoscimento da parte della p.a. o da un accertamento giudiziale dell'autenticità delle sottoscrizioni⁵⁷. Al

contenuta nel vecchio Codice dei contratti pubblici, a sua volta sostitutiva dell'art. 115, comma 3, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

⁵⁴ Cfr. P. CENDON, *Commentario al Codice civile*, Milano, 2002, p. 157.

⁵⁵ Così M. MACCHIA, *Cessione del credito, privilegi dello Stato debitore e tutela dei diritti economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2022, p. 176.

⁵⁶ Così C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., p. 100.

⁵⁷ P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., pp. 672 ss.

contrario, la disciplina codicistica non pone alcun onere formale al riguardo, ma prescrive il principio di libertà delle forme⁵⁸.

È inoltre previsto uno specifico obbligo di notificazione alla p.a. dell'accordo che rivesta le forme prescritte affinché vengano da essa predisposte le variazioni degli ordini di pagamento. Ciò esclude che il cessionario possa dimostrare in altro modo l'avvenuta conoscenza della cessione da parte della p.a.: in particolare, la deroga all'art. 1264 cod. civ. si evince dall'insufficienza della mera conoscenza di fatto ad obbligare il debitore pubblico ceduto ad adempiere nei confronti del cessionario. Anche la notificazione è richiesta quale requisito per l'opponibilità della cessione nei confronti della p.a., pena dunque la sua inefficacia nei confronti di essa, pur rimanendo la cessione valida nei rapporti tra cedente e cessionario⁵⁹.

In sintesi, mentre nel corso dell'esecuzione del contratto il creditore può cedere il suo credito verso la p.a. subordinatamente al consenso di quest'ultima, ad esecuzione del contratto conclusa la cessione richiede solamente la più gravosa forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e la notificazione alla p.a., da rispettare anche nel corso dell'esecuzione del contratto.

Orbene, il legislatore non vieta la successione nel rapporto obbligatorio di cui sia parte un ente pubblico, ma «esplica verso la medesima un certo ostruzionismo, nel senso di considerare come insufficiente la normale fattispecie determinativa della successione»⁶⁰.

L'articolo 37, comma 7-bis del D.L. n. 66/2014 precisa inoltre che le cessioni dei crediti certificati mediante la piattaforma elettronica per la gestione telematica tenuta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze si intendono notificate e opponibili nei confronti delle amministrazioni cedute dalla data di comunicazione della cessione eseguita attraverso la piattaforma elettronica. Tale modalità di comunicazione costituisce data certa, qualora non siano rifiutate entro sette giorni dalla ricezione di tale comunicazione. In seguito alla certificazione, effettuata mediante la piattaforma elettronica, le cessioni

⁵⁸ Al riguardo v. S.M.D. CONDOJANNI, *Cessione di credito e pubblica amministrazione*, cit.

⁵⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. V, n. 5493 del 2013.

⁶⁰ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, p. 49.

dei crediti potranno inoltre essere stipulate mediante scrittura privata ed essere eseguite in favore di una banca o di un intermediario finanziario autorizzato, o da questi alla Cassa depositi e prestiti S.p.a. o a istituzioni finanziarie dell'Unione Europea. La norma citata opera pertanto un rilevante alleggerimento degli oneri formali posti a carico del creditore cedente che ottiene la certificazione del proprio credito, il quale viene immediatamente posto in grado di utilizzare quest'ultimo in diversi modi, effettuandone la cessione anche parziale ovvero utilizzando il credito certificato quale garanzia per una anticipazione presso le banche o intermediari autorizzati⁶¹.

La normativa appena esaminata è stata recentemente confermata dalla normativa emergenziale con riguardo ai crediti sanitari per ciò che attiene ai crediti non accertati mediante piattaforma elettronica e finanche limitata per quelli certificati in siffatto modo. La legge 17 luglio 2020, n. 77 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante «misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», ha introdotto il comma 4-*bis* all'art. 117 del suddetto D.L. secondo cui «4-bis. I crediti commerciali certi, liquidi ed esigibili, vantati nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale in conseguenza di accordi contrattuali stipulati ai sensi dell'articolo 8-*quinquies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, ove non certificati mediante la piattaforma elettronica di cui all'articolo 7 del decreto-legge 8 aprile 2013, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2013, n. 64, possono essere ceduti, anche ai sensi della legge 30 aprile 1999, n. 130, solo a seguito di notificazione della cessione all'ente debitore e di espressa accettazione da parte di esso. L'ente debitore, effettuate le occorrenti verifiche, comunica al cedente e al cessionario l'accettazione o il rifiuto della cessione del credito entro quarantacinque giorni dalla data della notificazione, decorsi inutilmente i quali la cessione si intende rifiutata. In ogni caso la cessione dei crediti, anche se certificati mediante la citata piattaforma elettronica, deve essere notificata all'ente debitore con l'indicazione puntuale degli estremi delle singole partite creditorie cedute. L'ente debitore non risponde dei pagamenti effettuati al cedente

⁶¹ V. al riguardo B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, in *Riv. dottori comm.*, 4, 2013, pp. 817 ss.

prima della notificazione dell'atto di cessione». Nonostante la certificazione, occorre dunque la notifica all'ente debitore sanitario.

Alla pubblica amministrazione è inoltre applicabile la legge n. 130 del 1999 che disciplina la cartolarizzazione dei crediti. Tuttavia, l'art. 4, comma 4-*bis* della legge prevede che in tal caso non si applicano gli articoli 69 e 70 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, «nonché le altre disposizioni che richiedano formalità diverse o ulteriori rispetto a quelle di cui alla presente legge». Pertanto, la notificazione nei confronti della p.a. è in tal caso sostituita dalla pubblicazione di un avviso di cessione in Gazzetta Ufficiale.

Le amministrazioni pubbliche possono anche accettare preventivamente, nel contratto stipulato o in separato atto contestuale, la cessione eventualmente conclusa in futuro dall'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione.

Con i più recenti interventi normativi il legislatore ha cercato di semplificare le formalità imposte dalla disciplina speciale della cessione dei crediti verso le amministrazioni, al fine di incentivarne l'utilizzazione grazie anche a previsioni di detassazione in materia⁶².

Tuttavia, in ragione di presunte ragioni di interesse pubblico ravvisate a loro fondamento, le deroghe esaminate accrescono il numero di norme speciali che riservano un particolare *favor* alle amministrazioni. Nonostante in tale campo a venire in gioco sia solamente la dazione di una somma di denaro da parte di un debitore al suo legittimo creditore⁶³. Neppure le differenze in ordine al regime di circolazione dei crediti vantati nei confronti della p.a. rispetto a quelli tra privati sembrano pertanto dotate di un sufficiente supporto giustificativo. Al contrario, esse non fanno altro che alimentare la convinzione circa la necessaria specialità della disciplina da applicare alle pubbliche amministrazioni, al di là di quanto sia effettivamente indispensabile, con conseguente

⁶² Cfr. ancora B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, cit., secondo cui la semplificazione è avvenuta anche dando la possibilità all'ufficiale rogante della p.a. di autenticare le sottoscrizioni, con espressa previsione di gratuità dell'atto, laddove nel caso di intervento del notaio per impedimento dell'ufficiale rogante gli onorari sono ridotti alla metà.

⁶³ L.R. PERFETTI, *Cessione dei crediti e cessione del ramo d'azienda creditrice dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm. CDS*, 6, 2003, pp. 1934 ss., *Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 01 marzo 2003, n.1129*.

recupero di antiche concezioni ideologiche che favoriscono nuovi meccanismi di costruzione della specialità di cui meglio si dirà⁶⁴.

5. I MODI ESTINTIVI DELLE OBBLIGAZIONI: A) I PAGAMENTI DELLA P.A.

Il tema dei pagamenti delle obbligazioni della p.a., che si pone nel contesto dei modi di estinzione delle obbligazioni pecuniarie e, più precisamente, dell'adempimento di esse, è quello che ha da sempre interessato i maggiori interventi legislativi derogatori rispetto al regime comune, delineando un quadro composito di privilegi a favore del debitore pubblico con pregiudizio delle ragioni creditorie⁶⁵. Il nostro diritto positivo ha infatti tradizionalmente accolto il monito di Giuseppe Mantellini secondo cui lo Stato «ha modi propri per pagare»⁶⁶.

Spesso le deroghe sono state inizialmente circoscritte temporalmente e territorialmente, per poi divenire permanenti ed essere estese all'ambito nazionale⁶⁷. In tale contesto di *favor debitoris* la specialità non può comunque assurgere a regola generale, poiché essa non è prevista in base a una logica unitaria, bensì risponde di volta in volta alle esigenze economiche e sociali del momento, sotto la pressione di eventi, bisogni, necessità o emergenze. Tuttavia, come meglio si chiarirà, ciò non ha impedito alla giurisprudenza di trarre dalla normativa speciale principi di valenza generale. Essa ha infatti osservato che se nei confronti dell'amministrazione debitrice «non trovano sempre applicazione le regole del codice civile e quelle del codice di procedura civile», deve desumersi che «quando sussiste un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione, non si applica il solo diritto privato»⁶⁸.

La procedura contabile interna necessaria per il pagamento di un debito pecuniario non avente carattere di spesa fissa è costituita dall'impegno di spesa nel capitolo di

⁶⁴ Cfr. più avanti, cap. II, par. 6.

⁶⁵ Per i privilegi dello Stato creditore e della procedura di riscossione di cui questo può avvalersi si rinvia a D.F.G. TREBASTONI, *Ripetizione di aiuti comunitari e riscossione privilegiata (nota a Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2001 n. 2599)*, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 126 ss.

⁶⁶ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, cit., p. 250, secondo cui, in particolare, «L'Amministrazione, la quale ha modi propri di godere e disporre dei beni, e modi propri per contrattare, ha modi propri per pagare».

⁶⁷ S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubb.*, 4, 2014, pp. 977 ss.

⁶⁸ Così Cons. St., Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, su cui v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.

bilancio, dalla liquidazione della spesa, dalla ordinazione della spesa e dal pagamento da parte dell'ufficio di tesoreria⁶⁹. La giurisprudenza recente ha riconosciuto il carattere discrezionale di tali atti per quanto attiene agli effetti che essi producono nell'ambito interno degli enti, «ma non per la possibilità di influire unilateralmente sul diritto soggettivo del privato», tanto da affermare la «soggezione della p.a. alla normativa comune delle obbligazioni pecuniarie»⁷⁰. In realtà, come in parte detto, il diritto comune cui soggiacciono le obbligazioni della p.a. è permeato da profili di specialità.

In primis, le norme in materia di contabilità pubblica stabiliscono che il luogo dove devono essere adempiute le obbligazioni della p.a., anziché il domicilio del creditore (art. 1182 cod. civ.), è la sede dell'ufficio di tesoreria che deve procedere al pagamento⁷¹. La derogabilità della regola civilistica, che svolge una funzione suppletiva, non costituisce di per sé un privilegio, ma lo è l'affermazione giurisprudenziale dell'inderogabilità della disciplina contabile sul luogo dell'adempimento⁷². La natura *querable* delle obbligazioni della p.a., termine con il quale si indicano le obbligazioni il cui adempimento deve avvenire presso il domicilio del debitore, comporta poi la necessità di una formale costituzione in mora della p.a., in quanto l'art. 1219 cod. civ. ricollega l'automatica costituzione in mora (*mora ex re*) alla natura *portable* dell'obbligazione, quella cioè eseguibile presso il domicilio del creditore.

Le norme di recepimento delle direttive comunitarie inerenti ai debiti relativi alle transazioni commerciali hanno introdotto la mora automatica per i soli contratti stipulati successivamente alla loro entrata in vigore e, comunque, per le sole obbligazioni inerenti alle operazioni commerciali cui le stesse direttive si riferiscono⁷³. Tali direttive si sono infatti preoccupate di superare il più rilevante dei privilegi dell'amministrazione in

⁶⁹ Su cui v. P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 671.

⁷⁰ Cass. civ., Sez. I, 9 aprile 1997, n. 3070; cfr. anche Cass. civ., Sez. I, 30 aprile 2008, n. 10912. Per la piena sottoposizione delle obbligazioni pubbliche al diritto comune v. M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit.

⁷¹ V. artt. 417 ss. del regolamento di contabilità generale dello Stato, r.d. 23 maggio 1924, n. 827; per gli enti pubblici territoriali v. artt. 96 e 325 t.u. 3 marzo 1934, n. 383. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 255 ss.

⁷² Così M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 51, che richiama l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la disciplina contabile avrebbe una finalità non solo organizzativa, ma anche funzionale, poiché dettata per esigenze di un ordinato e razionale svolgimento della gestione amministrativa e contabile.

⁷³ D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 3; D.L. 8 aprile 2013, n. 35, conv. in Legge 6 giugno 2013, n. 64; sul punto cfr. Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2014, n. 11905, che considera la normativa in questione applicabile anche alle aziende sanitarie.

codesto settore, quello che le consentiva di pagare «quando credesse»⁷⁴. A tal proposito Ledda osservava come «nessun principio vieti al legislatore di configurare le procedure di spesa relative alla esecuzione di un contratto come fatti interni all'apparato, non opponibili alla controparte quali cause di giustificazione dei ritardi nell'adempimento (...); solo quando sarà [da questi] dimostrato che insuperabili ragioni tecniche impediscono una innovazione di tal genere, potrà accettarsi come necessario – anche se manifestamente iniquo – un regime contabile che in larga parte legalizza l'inadempimento dell'amministrazione». L'autore aggiungeva anche che «non può dirsi certo “paritetica” la posizione di un soggetto, al quale sia consentito riversare sul patrimonio della controparte le conseguenze negative della propria inefficienza»⁷⁵.

Inoltre, le direttive hanno consentito di superare la divergenza circa il momento a partire dal quale erano dovuti gli interessi di mora, ormai pacificamente dovuti da parte della p.a. che risponde, al pari degli altri soggetti, dei danni arrecati con il proprio colpevole inadempimento⁷⁶; per la p.a. la prassi interpretativa rinveniva il *dies a quo* di decorrenza degli interessi moratori nel momento in cui l'amministrazione emetteva il titolo di spesa e non, secondo la disciplina civilistica di cui all'art. 1219, comma 2, n. 3 cod. civ., nel momento in cui l'obbligazione avrebbe dovuto essere adempiuta⁷⁷. Oggi gli interessi moratori nei rapporti commerciali fra imprenditore e pubblica amministrazione decorrono dal trentunesimo giorno successivo al ricevimento della fattura elettronica da parte dell'ente pubblico ovvero dal sessantunesimo giorno successivo al ricevimento della fattura elettronica, qualora sia pattuito tra le parti il termine di pagamento in 60 giorni e l'accordo di allungamento sia giustificato dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione.

Per lungo tempo si è affermato invece che la decorrenza degli interessi legali sui debiti pecuniari della p.a. non potesse prescindere dal presupposto formale dell'emissione del titolo di spesa, necessario ad integrare il requisito di esigibilità richiesto, insieme a

⁷⁴ Così M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 530; sul tema v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.; M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 75 ss. e pp. 191 ss.

⁷⁵ F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, *Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, pp. 351-352.

⁷⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 2 giugno 1978, n. 2762, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, pp. 560 ss.

⁷⁷ S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., pp. 977 ss.

quello di liquidità, dall'art. 1282 cod. civ. per la decorrenza degli interessi corrispettivi⁷⁸. Tuttavia, il dogma dell'inesigibilità contabile, secondo cui in deroga all'art. 1183 cod. civ. sul tempo dell'adempimento il creditore doveva attendere il perfezionamento della procedura per l'erogazione della spesa pubblica, sembra essere stato superato⁷⁹. Se già certo e liquido, la dottrina contemporanea ritiene infatti che il credito diviene esigibile alla scadenza del termine a prescindere dal regolare esperimento della procedura di pagamento, di tal che l'amministrazione deve corrispondere gli interessi corrispettivi e compensativi. Se i crediti sono illiquidi o richiedono un previo accertamento da parte dell'amministrazione, questa è tenuta a compiere diligentemente quanto è necessario per rendere il credito liquido ed esigibile, emettendo il mandato di pagamento o esaurendo la fase di accertamento e di autorizzazione al pagamento. Pertanto, se ritarda ingiustificatamente la procedura di liquidazione e pagamento oltre il tempo ragionevolmente necessario essa è tenuta a risarcire il danno, forfettariamente dovuto nella misura degli interessi moratori⁸⁰.

È stata così in parte superata la tesi che rinveniva nell'attività contabile l'espedito per sottrarre le amministrazioni pubbliche alla disciplina delle obbligazioni,

⁷⁸ Orientamento inaugurato da Cass. civ., Sez. I, 5 giugno 1952, n. 1601. Cfr. anche Cass. civ., Sez. Un., 26 aprile 1977, n. 1561, secondo cui «la disegualianza del trattamento riservato ai creditori dello Stato rispetto a quello dei creditori di soggetti privati o pubblici non destinatari delle norme di contabilità dello Stato non può infatti dirsi irragionevole, considerata la natura dell'ente debitore, la cui attività è diretta al soddisfacimento di interessi generali»; Cass. civ., Sez. Un., 8 febbraio 1995, n. 1446.

⁷⁹ La teoria dell'inesigibilità contabile aveva portato inizialmente ad escludere la debenza degli interessi corrispettivi ai sensi dell'art. 1282 cod. civ., cfr. Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 1968, n. 25. Successivamente, essi sono stati ammessi in un numero sempre più ampio di casi, sul punto cfr., M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 75 ss. Per il parziale superamento della tesi ostativa alla debenza di interessi corrispettivi da parte della p.a. in talune materie e per l'attualità della medesima tesi in tutti gli altri casi residuali v. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 74 ss.

⁸⁰ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 203 ss. Si supera in tal modo l'insegnamento di M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., p. 88, secondo cui «l'ente non risponde per il ritardo causato dall'organo di controllo che agisca illegittimamente» e non incorre in responsabilità per la non emissione tempestiva del titolo di spesa quando essa «sia semplicemente dovuta al fatto che le decine di passaggi della pratica tra uffici richiedono un loro tempo», cfr. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit. Sul dogma dell'inesigibilità contabile v. A.M. SANDULLI, *La posizione dei creditori pecuniari dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 551 ss., secondo cui il diritto di credito, in caso di mancato stanziamento dei fondi necessari, rimarrebbe in stato di «pendenza». In senso critico v. A. BARETTONI ARLERI, *Miti e realtà nei principi della contabilità pubblica*, Milano, 1986, p. 405; A. BENEDETTI, *Obbligazioni della pubblica amministrazione*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV, p. 3851, che commenta taluni temperamenti alla regola dell'inesigibilità contabile, quali gli artt. 18, comma 3, e 20, comma 4, legge 5 agosto 1978, n. 468; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 29 maggio 1978, n. 2708. Per l'esame della giurisprudenza favorevole alla p.a. nel valutare la colpa del debitore al fine di escludere la debenza degli interessi moratori v. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 83 ss.

tale per cui: a) fermo restando il momento di maturazione del credito secondo il codice civile (artt. 1243 e 1282), il momento in cui lo Stato poteva procedere al pagamento era determinato dalle sole norme contabili; b) fino al perfezionamento della procedura contabile il diritto al pagamento restava in stato di pendenza; c) veniva meno, quindi, la possibilità di una condanna al pagamento, ad opera del giudice; d) conseguentemente, non sussisteva neppure il diritto ad ottenere il risarcimento del danno; e) non sorgeva nemmeno il diritto a ottenere il pagamento degli interessi moratori (art. 1224 cod. civ.)⁸¹.

In tema di profilo temporale dell'adempimento, inoltre, per lungo tempo la giurisprudenza ha escluso l'ammissibilità nei confronti della p.a. della fissazione del termine giudiziale per l'adempimento *ex art. 1183 cod. civ.*⁸², successivamente ammessa grazie all'insegnamento dottrinario secondo cui, essendo l'adempimento un atto dovuto su cui non può sussistere incertezza, «la presenza dell'obbligazione ... esclude la presenza di facoltà discrezionali»⁸³. Ciò rimane vero anche a fronte della funzione regolatoria recentemente assunta dall'adempimento delle obbligazioni della p.a., utilizzato dai governanti quale strumento di manovra economica per immettere liquidità nel sistema e favorire la crescita economica⁸⁴.

Al contrario, ancora oggi si ritiene inapplicabile alle pubbliche amministrazioni l'art. 1181 cod. civ., onde il creditore privato non può rifiutare un adempimento parziale di una p.a., ad esempio allorquando in bilancio non sia stanziata una somma sufficiente a pagare l'intero debito⁸⁵.

⁸¹ Cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *Lo Stato debitore e il diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2002, pp. 341 ss., che richiama la schematizzazione operata sul punto da A.M. Sandulli.

⁸² V. Cass. civ., Sez. I, 26 marzo 1947, n. 433.

⁸³ Così F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 92.

⁸⁴ Sull'argomento si veda B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, cit., pp. 817 ss. Sulla scelta di politica economica ravvisabile dietro la decisione di procedere al pagamento dei debiti nel nuovo Piano di ripresa e resilienza v. M. MACCHIA, *Cessione del credito, privilegi dello Stato debitore e tutela dei diritti economici*, cit., pp. 175 ss.

⁸⁵ V. al riguardo D.F.G. TREBASTONI, *Pagamenti delle pubbliche amministrazioni e rispetto dei termini*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2003, pp. 3493 ss. Più in generale, sull'argomento, si vedano le tesi di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., IV, p. 455; A. BENNATI, *Manuale di contabilità dello Stato*, Napoli, 1990, pp. 483 ss.; G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, cit., pp. 367 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, pp. 128 ss.

Recentemente sui tempi dei pagamenti della p.a. ha cercato di incidere nuovamente il diritto eurounitario, mediante gli interventi che hanno dato vita al Piano di ripresa e resilienza alimentato da risorse europee. Quest'ultimo ha infatti previsto una riforma che assicuri l'adeguamento ai tempi di pagamento previsti dalla direttiva Ue⁸⁶. Tuttavia, sembra essere in arrivo una nuova procedura di infrazione contro l'Italia, c.d. di «seconda fase», per i ritardi delle pubbliche amministrazioni nei pagamenti relativi ai contratti di appalto⁸⁷.

5.1. B) LE PROCEDURE ESECUTIVE DELLA P.A.

Importanti limitazioni riguardano anche le procedure esecutive nei confronti della p.a., rispetto alla quale, ai sensi dell'art. 1, l. fall., non opera la sanzione del fallimento. In via generale, l'art. 14, D.L. 31.12.1996, n. 669 prevede che le procedure esecutive nei confronti delle amministrazioni statali e degli enti pubblici non economici non sono esercitabili prima di 120 giorni dalla notifica dei provvedimenti giudiziari che impongono il pagamento di somme di denaro, notifica che segue le specifiche modalità previste dal comma 1-*bis* del medesimo articolo. La Corte costituzionale ha sancito la legittimità costituzionale di tale norma, in quanto essa contempererebbe in modo ragionevole l'interesse del singolo alla realizzazione del suo diritto con quello generale ad una ordinata gestione delle risorse pubbliche⁸⁸. Dello stesso avviso si sono mostrate la Corte di Giustizia europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno ritenuto tale disciplina in linea con la normativa europea sui ritardi nei pagamenti e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁹.

Occorre tuttavia precisare che la versione della norma su cui è intervenuta la Consulta è quella antecedente alla modifica apportata dall'art. 147 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, che prevedeva un termine più breve di quello attuale, pari a

⁸⁶ Cfr. il *Piano nazionale di ripresa e resilienza, #nextgenerationitalia*, pubblicato dal Governo, pp. 72 ss., su cui v. M. MACCHIA, *Cessione del credito, privilegi dello Stato debitore e tutela dei diritti economici*, cit.

⁸⁷ Sull'argomento v. G. SANTILLI, *Pnrr: pagamenti Pa in ritardo, dopo la procedura Ue l'Italia verso la sanzione. Con la seconda condanna della Corte di giustizia scatterebbe la multa*, in *Ilsole24ore.it*, 13 gennaio 2023.

⁸⁸ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 142. Cfr. sul punto N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.

⁸⁹ Corte di Giust., Sez. I, sentenza 11 settembre 2008, C-265/07; Corte EDU, sentenze 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, e 21 dicembre 2010, *Gaglione e altri c. Italia*.

sessanta giorni. Pertanto, la perdurante legittimità della più lungo termine di centoventi giorni attualmente in vigore meriterebbe un nuovo scrutinio da parte della Corte costituzionale, stante il suo carattere ben più pregiudizievole per i creditori.

Il comma 1-*bis* dell'art. 14 citato prevede altresì un termine finale di efficacia del pignoramento al decorrere di un anno dal suo compimento senza che sia stata disposta l'assegnazione, nonché la perdita di efficacia della relativa ordinanza qualora il creditore precedente, entro un anno dalla sua emissione, non provveda all'esazione delle somme assegnate. In questo modo si ricollega la perdita di efficacia di un atto di parte ad una condotta omissiva dell'Autorità giudicante che non disponga tempestivamente l'assegnazione dei crediti pecuniari mediante la pronuncia della relativa ordinanza⁹⁰.

Ulteriori limiti riguardano i beni aggredibili esecutivamente e derivano dalla natura dei beni pubblici facenti parte, astrattamente, della garanzia patrimoniale generica del debitore di cui all'art. 2740 cod. civ. Solo a partire dagli anni Settanta del secolo scorso la giurisprudenza ha ritenuto tale norma applicabile alle pubbliche amministrazioni. Il secondo comma ne ammette però la derogabilità nei casi espressamente stabiliti dalla legge, tra i quali rilevano quelli inerenti ai beni c.d. demaniali, a necessaria appartenenza pubblica e dunque inalienabili, e ai beni c.d. indisponibili, che risultano sottoposti a vincolo legale di destinazione. Dalla in commerciabilità di tali beni discende infatti che essi non possono essere oggetto di ipoteca, pegno, sequestro conservativo e sono sottratti alle procedure di esecuzione forzata (c.d. impignorabilità legale *ex art. 515 c.p.c.*)⁹¹.

A tal proposito, il fondamento del canone della specialità si rinviene nello stesso codice civile, ove, in aggiunta alla norma generale di cui all'art. 11, gli artt. 823 e 828, in materia di patrimonio demaniale e indisponibile, sanciscono che le regole codicistiche si applicano in quanto non diversamente previsto da «regole particolari».

⁹⁰ Critico sull'argomento è A. STORTO, *L'espropriazione forzata nei confronti degli enti pubblici (con particolare riguardo agli enti esercenti forme di assistenza e previdenza obbligatorie) dopo l'intervento urgente del d.l. 30-9-2003, n. 269*, in *Riv. esec. forzata*, 1/2003, pp. 752 ss., spec. p. 757.

⁹¹ Al riguardo si vedano G. FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957; A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1968.

Per quanto concerne il denaro, in via generale deve dirsi ammissibile la sua pignorabilità, in quanto «strumento indiretto e assolutamente neutro» che «per sua natura, non reca segni di una intrinseca destinazione»⁹². Infatti, secondo la più recente giurisprudenza il denaro rientra sempre nel patrimonio disponibile dello Stato e degli enti pubblici. Tuttavia, le somme di denaro presenti nelle casse degli enti pubblici e i crediti monetari degli enti stessi non sono pignorabili ove siano stati oggetto di specifica destinazione da parte degli enti al soddisfacimento di interessi pubblici. A partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 1981, a tal fine non è più sufficiente la mera iscrizione in bilancio delle spese relative. A ben vedere, quest'ultima sentenza ha però confermato la possibilità di limitare l'esecuzione sulle somme di denaro, poiché «rimane salva, naturalmente, l'ipotesi che determinate somme o crediti siano vincolati con apposita norma di legge al soddisfacimento di specifiche finalità pubbliche»⁹³. Ad ogni modo, l'iscrizione in bilancio di somme di denaro o di crediti non ne determina l'indisponibilità e non paralizza l'azione esecutiva, non comportando un vincolo di destinazione in senso tecnico idoneo a far ricomprendere tali somme o crediti nell'ambito del patrimonio indisponibile⁹⁴.

⁹² Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 203. Sul tema dell'espropriabilità del denaro della p.a. v. L. MONTESANO, *Condanna pecuniaria ed espropriazione forzata contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 646 ss. Per la tesi passata, che faceva discendere dall'iscrizione in bilancio di determinate somme un vincolo di destinazione e, quindi, l'impignorabilità, v. A.M. SANDULLI, *La posizione dei creditori pecuniari dello Stato*, cit., e P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 140.

⁹³ Secondo la Corte cost., 21 luglio 1981, n. 138, «la non assoggettabilità all'esecuzione forzata delle somme di denaro o dei crediti pecuniari dello Stato e degli Enti pubblici può discendere soltanto dal fatto che essi concorrano a formare il patrimonio indisponibile, e cioè, come si è visto, dal fatto che essi siano vincolati ad un pubblico servizio ovvero, - come, ad esempio, per i crediti tributari - che nascano dall'esercizio di una potestà pubblica. Per quanto qui specificatamente interessa, il denaro ed i crediti pecuniari, traenti origine da rapporti di diritto privato, per la natura fungibile e strumentale del denaro stesso, difficilmente possono ritenersi assoggettabili a vincoli di destinazione, a meno che non siano destinati immediatamente, nella loro individualità, ad un fine pubblico. Il mero fatto della loro iscrizione nel bilancio preventivo non li può trasformare in beni patrimoniali indisponibili, così da annullare la responsabilità patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici. Invero il bilancio preventivo costituisce strumento di attuazione dei programmi e crea un vincolo nei soli confronti della P.A.; ma non può incidere sulla sostanza dei diritti soggettivi e sottrarre il denaro alla responsabilità patrimoniale che opera per legge in una sfera diversa. Il bilancio, preventivo inoltre, in quanto contempla appunto la previsione di tutte le entrate e di tutte le uscite in una visione globale, non consente in alcun modo di collegare singole entrate (e cioè determinate somme di denaro) a singole uscite (e cioè all'espletamento di determinati servizi) e non può quindi essere considerato come un vincolo di destinazione, in senso tecnico, di particolari somme». Cfr. anche Cass. civ., Sez. I, 22 agosto 1997, n. 7864; Cass. civ., Sez. III, 12 febbraio 2008, n. 3287.

⁹⁴ R. GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, VI ed., Molfetta, 2018-2019, pp. 1032-1033.

Sull'argomento non mancano pronunce che tendono a riaffermare la specialità del soggetto pubblico, ad esempio laddove la Corte di cassazione afferma che, dal momento che il pignoramento presso terzi si perfeziona solo con la dichiarazione positiva del terzo pignorato, il termine finale per opporre al creditore la delibera impositiva del vincolo non è quello della notifica dell'atto di pignoramento, bensì quello successivo della dichiarazione del terzo, consentendo così di sottrarre la somma alla disponibilità del creditore medesimo a processo esecutivo in corso⁹⁵.

Particolarmente critico è difatti il privilegio accordato alla p.a. di modificare, per sopravvenute ragioni di interesse asseritamente generale, la destinazione di un bene o di somme di denaro, attraverso atti amministrativi anche successivi al pignoramento. In tal modo l'interesse in verità pubblico e puntiforme viene strumentalmente evocato al solo fine di proteggere determinate somme di denaro dall'esecuzione forzata. Tale condotta pare favorita dalla giurisprudenza, che continua ad ammettere che i beni degli enti pubblici possano essere sottratti al pignoramento, sebbene abbiano ricevuto un vincolo di destinazione a pubblico servizio solamente nel corso del processo esecutivo, ovvero a qualificare come indisponibile un bene per il solo fatto che l'amministrazione ponga in essere comportamenti concludenti dai quali sia desumibile inequivocabilmente la volontà di sottoporre il bene a vincolo di destinazione, pur senza un formale atto di assegnazione, in evidente deroga all'art. 2913 cod. civ. Tale norma sancisce infatti che «non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione gli atti di alienazione dei beni sottoposti a pignoramento, salvi gli effetti del possesso di buona fede per i mobili non iscritti in pubblici registri»⁹⁶.

⁹⁵ Così Cass. civ., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1949, su cui v. S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., pp. 977 ss.

⁹⁶ Così ancora S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., pp. 977 ss., che richiama al riguardo la seguente giurisprudenza della Corte di Cassazione: Cass. civ., Sez. III, 6 agosto 1987, n. 6755, in Foro it., 1987, I, pp. 2985 ss., secondo cui, a fronte di una destinazione a fini pubblici di un determinato bene sopravvenuta al pignoramento, si deve comunque «privilegiare l'interesse generale all'attuazione dell'ufficio o servizio inerente alla opera pubblica rispetto all'interesse privato al soddisfacimento, in via coattiva, del diritto di credito»; Cass. civ., Sez. I, 20 novembre 1997, n. 11564, che afferma come la preclusione all'esecuzione «si determina anche nell'ipotesi in cui il bene non avesse la natura di bene del patrimonio indisponibile al momento dell'atto revocando ma l'abbia assunta successivamente»; e, da ultimo, Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2011, n. 13585, che riconosce l'inespropriabilità di un bene pubblico «a maggior ragione, quando tale vincolo, come nel caso di specie, sia preesistente al pignoramento», lasciando così intendere che ciò vale anche quando il vincolo di destinazione a pubblico servizio venga apposto nel corso dell'esecuzione. Tali pronunce, pur riconoscendo che la «conversione della natura del bene staggito» costituisce «un atto pregiudizievole per i creditori» (cfr. Cass. civ., sez. III, 6 agosto 1987, n. 6755),

La specialità del debitore pubblico echeggia anche nella giurisprudenza amministrativa. In particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2014, dopo aver riconosciuto l'applicabilità delle *astreintes* nei confronti del soggetto pubblico per l'esecuzione di sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro, ha rimesso al giudice amministrativo la verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura, che può essere negata o mitigata «proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico – con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici».

In senso non molto dissimile, la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2019 ha ammesso la possibilità di apporre un tetto massimo all'*astreinte* fissata dal giudice della cognizione da parte del giudice dell'ottemperanza adito in sede di chiarimenti, al fine di evitare una locupletazione eccessiva del privato. In tale occasione il Collegio giudicante, nel porre una particolare attenzione alla non manifesta iniquità della misura, ha sottolineato la possibilità per il ricorrente di avvalersi del rimedio surrogatorio del commissario *ad acta*, potenzialmente idoneo a conferirgli il bene della vita cui aspira, di tal che l'efficacia compulsoria della penalità di mora non deve «far trasmodare l'interesse del creditore della prestazione di facere in un surrettizio interesse alla protrazione dell'inadempimento» della p.a.

Pur condividendosi l'attenzione posta alla non manifesta iniquità della misura, dagli interventi nomofilattici considerati emerge il rischio che l'ampia discrezionalità rimessa al giudice, prima in sede di cognizione e poi in sede di ottemperanza, consenta a quest'ultimo di esaltare l'anima legata all'*imperium* del diritto amministrativo⁹⁷, specie se esercitata all'insegna della specialità «favorevole» al debitore pubblico di cui parla il Supremo Consesso, privando sostanzialmente il creditore di una efficace misura di

sembrano riecheggiare antiche opinioni tese a salvaguardare le «funzioni di vitalità» dell'amministrazione (cfr. A. SALANDRA, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1915, p. 138).

⁹⁷ Secondo l'immagine di A. PAJNO, v. ID, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., pp. 590 ss.; ID, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2015, pp. 952 ss.; ID, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. di dir. pubb. comp.*, fasc. 5-6, 2013, pp. 951 ss.; ID, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 55 ss. Al riguardo cfr. il Capitolo I di questo lavoro.

coercizione indiretta qual è l'*astreinte* che, assicurando l'ottemperanza alla sentenza, riveste un ruolo fondamentale sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale⁹⁸.

Il principio di cui all'art. 2740 cod. civ., laddove operante e non derogato, viene spesso svuotato di effetto pratico e portata applicativa da discipline particolari e derogatorie inerenti al procedimento di realizzazione coattiva della pretesa creditoria azionata nei confronti di una p.a.

5.1.1. LA NORMATIVA SUGLI ENTI LOCALI E SULLE AZIENDE SANITARIE.

Le limitazioni al principio della responsabilità patrimoniale delle amministrazioni debitorie hanno interessato soprattutto gli enti locali e le aziende sanitarie, destinatarie di una copiosa legislazione d'emergenza. A tal proposito, il d. lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), prevede una particolare procedura per il dissesto finanziario degli enti locali: una volta disposta, i debiti dell'ente vengono cristallizzati, le procedure esecutive in corso si estinguono e non è possibile intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente⁹⁹. La *ratio* concorsuale della disciplina in questione, volta ad assicurare la *par condicio creditorum*, viene tradita dall'estensione del blocco dei pagamenti in questione ai casi in cui difetti la dichiarazione del dissesto e dell'accertamento dei relativi presupposti¹⁰⁰. Inoltre, l'art. 248, comma 4 del TUEL prevede una ipotesi di inesigibilità temporanea degli interessi e della rivalutazione relativa ai debiti insoluti, quale conseguenza della dichiarazione di dissesto, che è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269 del 1998.

Già in precedenza, l'art. 11 del D.L. n. 8 del 1993 aveva sottratto all'esecuzione forzata «le somme dei comuni, delle province e delle comunità montane destinate al pagamento delle retribuzioni del personale dipendente e dei conseguenti oneri previdenziali per i tre mesi successivi», nonché le somme destinate all'espletamento di

⁹⁸ Con il termine *astreinte* si intende infatti la misura di coercizione indiretta disciplinata in via generale dall'art. 614-bis c.p.c. e dall'art. 114 c.p.a. Essa ha lo scopo di indurre l'obbligato all'esecuzione «spontanea» del provvedimento condannatorio grazie alla minaccia del pagamento di somme ulteriori commisurate al tempo in cui perdura l'inadempimento, di per sé valevole come titolo esecutivo. Sull'argomento v. B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, V ed., Torino, 2017, pp. 31 ss.

⁹⁹ Cfr. art. 248 del Tuel.

¹⁰⁰ Così l'art. 78, D.L. n. 112 del 2008 per il Comune di Roma, su cui v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.

servizi locali definiti «indispensabili» con decreto ministeriale. In sede di conversione del decreto legge, il novero degli enti destinatari della norma era stato ampliato a regioni e consorzi tra enti locali e si era aggiunto che l'ente pubblico, attraverso una mera previsione di spesa (che differisce dall'impegno di spesa) potesse sottrarre le somme di denaro presenti nelle sue casse alla procedura di esecuzione forzata¹⁰¹. Le deliberazioni che vincolano somme o fondi al pagamento delle retribuzioni del personale e all'erogazione dei servizi dovrebbero consistere in atti amministrativi aventi rilevanza meramente interna, laddove la norma considerata attribuiva loro rilevanza esterna, con conseguente opponibilità ai terzi creditori pignoranti.

Tale disciplina, criticata dalla dottrina, è stata indirettamente considerata legittima da parte della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 285 del 1995, l'ha estesa alle aziende sanitarie e agli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Con riguardo a siffatti soggetti pubblici, infatti, l'art. 1, comma 5 del D.L. n. 9 del 1993 escludeva la soggezione ad esecuzione forzata delle somme dagli stessi dovute a titolo di stipendi e delle competenze comunque spettanti al personale dipendente o convenzionato, nonché dei fondi a destinazione vincolata essenziali ai fini dell'erogazione dei servizi sanitari definiti con decreto del Ministro della sanità, di concerto con il Ministro del tesoro, «da emanare entro due mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». La norma è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la pronuncia da ultimo citata nella parte in cui non prevedeva la quantificazione preventiva trimestrale della destinazione delle somme e, dall'adozione della delibera trimestrale in questione, la mancata emissione di mandati a titoli diversi da quelli vincolati, se non seguendo l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, ove non prescritta fattura, dalla data della deliberazione di impegno da parte dell'ente. L'assenza di tali limiti, operanti nei confronti degli enti locali, denotava a

¹⁰¹ La legge di conversione n. 68 del 1993 ammette che la sottrazione all'esecuzione forzata opera «a condizione che la giunta, con deliberazione da adottarsi per ogni trimestre, quantifichi preventivamente gli importi delle somme innanzi destinate e che dall'adozione della predetta delibera la giunta non emetta mandati a titoli diversi da quelli vincolati, se non seguendo l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non soggette a fattura, della data di deliberazione di impegno da parte dell'ente». Per la prospettata incostituzionalità di tale norma v. ancora N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.

giudizio della Corte un'ingiustificata disparità di trattamento, in senso deteriore, dei creditori delle unità sanitarie locali rispetto ai creditori degli enti locali.

Successivamente, con la sentenza n. 211 del 2003 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 159, commi 2, 3 e 4, del d. lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), norma sostanzialmente corrispondente all'art. 11 del D.L. 8 del 1993, nella parte in cui non prevedeva che l'impignorabilità delle somme destinate ai fini indicati alle lettere a), b) e c) del comma 2 non operasse qualora, dopo l'adozione da parte dell'organo esecutivo della deliberazione semestrale di preventiva quantificazione degli importi delle somme destinate alle suddette finalità e la notificazione di essa al soggetto tesoriere dell'ente locale, fossero emessi mandati a titoli diversi da quelli vincolati, senza seguire l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non era prescritta fattura, delle deliberazioni di impegno da parte dell'ente stesso. In tale occasione la Consulta ha rinvenuto la violazione della *par condicio creditorum* e un'irragionevole disparità di trattamento perpetrata dalla disciplina censurata rispetto a quanto previsto per le unità sanitarie locali, per le quali l'impignorabilità delle somme di danaro destinate alla realizzazione degli scopi essenziali era stata condizionata alla inesistenza di pagamenti c.d. preferenziali e, dunque, all'osservanza di un determinato ordine cronologico¹⁰².

Di recente, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 159 del TUEL, sollevata in riferimento agli artt. 24 e 117, quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e non fondata la questione di costituzionalità del medesimo articolo sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., la Corte costituzionale, con la sentenza n. 223 del 2020, ha affermato che l'art. 159 «non è certamente diretto ad accordare un generico privilegio di impignorabilità al pubblico denaro, essendo piuttosto volto a proteggere, sotto rigide condizioni, quanto è necessario per garantire determinate spese, giudicate dal legislatore meritevoli di particolare tutela in quanto coesenziali, in ultima

¹⁰² N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit., che ricostruisce la tormentata vita della disciplina considerata nei seguenti termini: «l'art. 113, d. lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 (Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali) aveva appena eliminato gli insufficienti vincoli di cui si discorre, che, reintrodotti nuovamente per effetto della sentenza della Corte costituzionale n.69 del 1998, sono stati nuovamente eliminati dall'art. 159, commi 2, 3 e 4, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) ed ulteriormente reintrodotti dalla Consulta, a seguito di parziale dichiarazione di incostituzionalità di queste disposizioni con sentenza n.211 del 2003!».

analisi, alla funzionalità e all'esistenza stessa dell'ente locale». Pertanto, essa ha sancito che «la norma in discorso non è preordinata, in sé, a garantire l'interesse individuale dei singoli creditori «qualificati», ma è essenzialmente rivolta, come detto, ad assicurare, nel rispetto del complesso delle rigide condizioni sopra ricordate, la funzionalità dell'ente locale: in quest'ottica, essa è diretta a evitare che l'aggressione, da qualsiasi creditore provenga, di una riserva essenziale di denaro possa giungere a impedire, fino in ipotesi a determinarne la paralisi, l'espletamento di determinate funzioni istituzionali ritenute dal legislatore essenziali alla vita stessa dell'ente». Il profilo funzionale dell'ente viene in definitiva considerato preminente rispetto all'esigenza di garantire l'interesse individuale dei creditori, legittimamente sacrificato dal legislatore.

Il legislatore ha anche spesso introdotto talune eccezioni al patto di stabilità interno. Ad esempio, l'art. 77-ter, comma 11, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, introdotto dall'art. 2, comma 42, della legge 22 dicembre 2008, n. 203, prevede che le regioni possono «adattare per gli enti locali del proprio territorio le regole e i vincoli posti dal legislatore nazionale, in relazione alla diversità delle situazioni finanziarie esistenti nelle regioni stesse». L'art. 7-quater, comma 3, D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito in legge 9 aprile 2009, n. 33 consente agli enti locali di poter «effettuare pagamenti nei limiti degli importi autorizzati dalla regione di appartenenza [...]. La regione a sua volta definisce e comunica agli enti locali entro il 31 maggio l'ammontare dei pagamenti che possono essere esclusi dal saldo finanziario e contestualmente procede alla rideterminazione del proprio obiettivo programmatico del patto di stabilità interno per l'anno 2009 per un ammontare pari all'entità complessiva degli importi autorizzati». La regione Piemonte, con la decisione della giunta regionale del 1° giugno 2009 e la deliberazione del 29 giugno 2009, n. 44-11691, ha permesso ad alcuni Comuni di utilizzare le risorse bloccate per effetto dei vincoli del patto di stabilità. La regione Lombardia, a sua volta, ha introdotto principi di flessibilità, tesi a premiare gli enti più virtuosi, sancendo con l'art. 4, legge reg. 27 ottobre 2009 che la Regione «provvede ad adattare per gli enti locali le regole e i vincoli posti dal legislatore nazionale riguardanti la disciplina del patto di stabilità interno».

A quanto esposto si aggiungono le norme che hanno stabilito l'inespropriabilità delle somme stanziare per certi capitoli di spesa o per l'intero bilancio di un ente¹⁰³; il blocco delle azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e di altri enti pubblici sanitari disposto dall'art. 25, comma 2, 1. reg. Campania n. 1 del 2009 per la durata dell'accordo previsto dall'art. 1, comma 180 della legge finanziaria del 2005, norma dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza n. 123 del 2010; analogo blocco delle azioni esecutive stabilito, questa volta in generale, dalla legge finanziaria del 2010, art. 2, comma 89, legge 23 dicembre 2009, n. 191, inizialmente per un anno, ma ridotto poi a due mesi con successivo intervento legislativo; infine e soprattutto, l'art. 1, comma 51 della legge 13 dicembre 2010, n. 220 (legge finanziaria e di stabilità per il 2011), come modificato dall'art. 17, comma 4, lett. e), D.L. n. 98 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 111 del 2011, dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 2013, il quale prevedeva il congelamento delle azioni esecutive nei confronti delle aziende sanitarie ubicate nelle regioni sottoposte a piano di rientro dai disavanzi sanitari fino al 31 dicembre 2012.

5.1.2. LA SENTENZA N. 186 DEL 2013 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

L'ultima norma citata sanciva in particolare l'inefficacia dei pignoramenti e delle pignorazioni a debito e l'assenza di vincoli sui beni bloccati nel corso delle procedure esecutive nei confronti delle aziende sanitarie locali e ospedaliere delle regioni sottoposte ai piani di rientro sanitari e già commissariate alla data di entrata in vigore della legge, sino al 31 dicembre 2012. La versione modificata dal D.L. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n.189 del 2012, prevedeva direttamente la loro estinzione e l'obbligo dei tesoreri degli enti sanitari di porre a disposizione senza previa pronuncia giurisdizionale le somme già oggetto di pignoramento.

Su tale disciplina si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza da ultimo citata, n. 186 del 2013, giunta finalmente ad affermare la necessità di assicurare la tutela

¹⁰³ Legge n. 483 del 1993 per il conto di tesoreria del Tesoro presso la Banca d'Italia; legge n. 460 del 1994 in ordine ai pignoramenti sulle contabilità speciali delle prefetture, delle direzioni delle Forze Armate e della Guardia di Finanza; D.L. n.1 del 1995 relativo al fondo di ammortamento del debito pubblico, decaduto, ma i cui effetti sono stati fatti salvi dalla legge n. 4110 del 1996; D.L. n. 488 del 1995 (decaduto) relativo ai fondi assegnati all'ANAS.

giurisdizionale delle ragioni dei creditori nei confronti della p.a. mediante la realizzazione dei diritti oggetto delle procedure estinte. La disciplina di *favor* del debitore pubblico è stata ritenuta incostituzionale per la violazione del principio di parità delle parti posto dall'art. 111 Cost. Il «diritto privato speciale» posto a vantaggio dell'ente pubblico è stato difatti censurato nei seguenti termini: «con la disposizione censurata, il legislatore statale ha creato una fattispecie di *ius singulare* che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco, esentando quella pubblica, di cui lo Stato risponde economicamente, dagli effetti pregiudizievoli della condanna giudiziaria, con violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111».

Nonostante la portata dirompente della pronuncia in questione, nella quale la Corte costituzionale ha messo in luce la necessaria parità processuale tra le parti pubbliche e private del giudizio, non può trascurarsi che essa non è giunta a proclamare la parità anche sostanziale tra le parti del rapporto obbligatorio. Una conclusione di tal genere avrebbe consentito di superare i profili di privilegio di cui le amministrazioni ancora godono al di fuori del processo esecutivo, riportando più compiutamente la disciplina delle obbligazioni della p.a. nei confini del diritto comune.

5.1.3. LE RECENTI PRONUNCE SUL TEMA.

Di recente, il tentativo di proteggere la liquidità e la stabilità dei bilanci degli enti locali dalle conseguenze della situazione emergenziale connessa alla pandemia da Covid-19 è stato perseguito dal D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77. L'art. 117 del decreto citato ha previsto infatti la sospensione delle azioni esecutive nei confronti degli enti del Servizio sanitario nazionale sino al 31 dicembre 2020, per una durata inizialmente pari a poco più di sette mesi¹⁰⁴. L'art. 106-*bis* dello stesso decreto ha istituito poi un «Fondo per i comuni in stato di dissesto finanziario», imponendo, per gli enti che si trovano in tale stato al 15 giugno 2020, un vincolo di destinazione gravante sulle somme assegnategli. Quest'ultimo consiste nella realizzazione di interventi di manutenzione straordinaria di beni immobili di proprietà degli stessi comuni da assegnare

¹⁰⁴ La Relazione di accompagnamento al D.L. 34/2020 discorre di mera sospensione temporanea delle azioni esecutive nei confronti degli enti sanitari, laddove la prima ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, Trib. Napoli, sez. XIV, 4 gennaio 2021, n. 82 sembra presupporre una definitiva improcedibilità delle procedure esecutive in questione.

alla Polizia di Stato e all'Arma dei Carabinieri. Tale vincolo di destinazione ha suscitato perplessità in dottrina, sia perché la finalità della procedura di dissesto è quella di consentire il risanamento finanziario dell'ente, sia perché esso pregiudica le pretese dei creditori degli enti dissestati, il cui soddisfacimento non viene assicurato¹⁰⁵.

Il «blocco» delle esecuzioni di cui sopra è stato prorogato fino al 31 dicembre 2021 dall'art. 3, comma 8, del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, facendo ammontare ad oltre un anno e mezzo il periodo di compressione delle ragioni creditorie e aggravando il margine di incertezza in ordine all'*an* e al *quando* del soddisfacimento delle medesime ragioni. Oltre ad incidere negativamente sulla parità delle armi e sulla ragionevole durata del processo esecutivo, nonché sull'effettività della tutela giurisdizionale dei creditori, la misura in favore degli enti sanitari sembrerebbe essere stata irragionevolmente protratta oltre il termine finale dello stato di emergenza e comunque oltre quello stabilito per analoghe fattispecie (segnatamente, per i locatori titolari di uno sfratto esecutivo¹⁰⁶), con conseguente violazione degli artt. 24, 111 e 3 Cost.¹⁰⁷

Nonostante la previsione di una tutela alternativa all'esecuzione forzata delle ragioni creditorie, quella cioè dell'anticipazione di liquidità cui le Regioni possono accedere presso la Cassa depositi e prestiti, a norma dello stesso d.l. n. 34 del 2020, per il pagamento dei debiti commerciali¹⁰⁸, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità

¹⁰⁵ V. al riguardo L. MERCATI, *Il finanziamento degli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2020, pp. 587 ss., spec. pp. 591-592.

¹⁰⁶ Corte cost., n. 128 del 2021, che nel frattempo ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della seconda proroga della sospensione delle procedure esecutive inerenti l'abitazione principale del debitore, anch'essa disposta come misura di contenimento dell'emergenza epidemiologica.

¹⁰⁷ Cfr. l'ordinanza del 31 marzo 2021, n. 98, con cui il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, ha sollevato, insieme al Tribunale ordinario di Napoli e al Tribunale ordinario di Benevento, questione di legittimità costituzionale dell'art. 117 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34.

¹⁰⁸ L'art. 115, comma 1, del d.l. n. 34 del 2020 ha previsto infatti l'istituzione di un «Fondo per assicurare la liquidità per pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili», distinto in due sezioni, con separate dotazioni, l'una «per debiti diversi da quelli finanziari e sanitari» e l'altra per i debiti degli «enti del Servizio Sanitario Nazionale». A norma del successivo art. 116, commi 1 e 4, gli enti locali e le Regioni che, per carenza di liquidità, anche a seguito della situazione straordinaria derivante dall'epidemia da COVID-19, non possono far fronte ai pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili maturati alla data del 31 dicembre 2019, relativi a somministrazioni, forniture, appalti e a obbligazioni per prestazioni professionali, possono chiedere alla Cassa depositi e prestiti un'anticipazione di liquidità da destinare ai predetti pagamenti, a valere sulla sezione per i debiti diversi da quelli finanziari e sanitari. Analoga anticipazione possono chiedere, a norma del successivo art. 117, comma 5, le Regioni i cui enti sanitari, per la situazione straordinaria derivante dalla pandemia, non riescono a far fronte ai pagamenti dei debiti certi, liquidi ed esigibili maturati alla data del 31 dicembre 2019, relativi a somministrazioni, forniture, appalti e a obbligazioni per prestazioni professionali, e in tal caso l'anticipazione vale sulle risorse della sezione per i debiti degli enti sanitari.

della disciplina in esame, sebbene limitatamente alla proroga dal 31 dicembre 2020 al 31 dicembre 2021, di cui all'art. 3, comma 8, del D.L. n. 183 del 2020. L'alternativa suddetta è stata reputata insufficiente in quanto, in disparte la circostanza per cui l'accesso ad essa era rimesso ad un'opzione volontaria del debitore regionale, il termine per la richiesta di provvista è scaduto il 7 luglio 2020 e non è stato riaperto, cosicché, seppure un meccanismo compensativo sussisteva, esso è venuto meno in regime di proroga.

Con la sentenza n. 236 del 2021 la Corte ha ribadito quanto già affermato dalla sentenza n. 128 del 2021 in ordine alla tutela *in executivis* quale componente essenziale del diritto di accesso al giudice, «sicché la sospensione delle procedure esecutive deve costituire un evento eccezionale, sorretto da un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto»; nonché ha fatto propri gli approdi raggiunti dalla esaminata sentenza n. 186 del 2013, secondo cui «uno svuotamento legislativo degli effetti di un titolo esecutivo giudiziale non è compatibile con l'art. 24 Cost. se non è limitato ad un ristretto periodo temporale ovvero controbilanciato da disposizioni di carattere sostanziale che garantiscano per altra via l'effettiva realizzazione del diritto di credito». In particolare la misura, costituzionalmente tollerabile *ab origine*, è divenuta secondo la Consulta sproporzionata e irragionevole per effetto di una proroga di lungo corso non bilanciata da una più specifica ponderazione degli interessi in gioco, che ha leso il diritto di tutela giurisdizionale *ex art. 24 Cost.* nonché, al contempo, la parità delle armi e la ragionevole durata del processo esecutivo.

Come spesso accade, lo straordinario è divenuto ordinario, una misura eccezionale e di *extrema ratio* di fronte alla situazione emergenziale in corso è stata trasformata in un meccanismo generalizzato, mostrando con ciò il naturale carattere espansivo della specialità sottesa alle deroghe poste a favore degli enti pubblici, questa volta fermata dalla Corte costituzionale.

Poco prima della declaratoria di incostituzionalità considerata, l'art. 16-*septies*, comma secondo, lett. g) del D.L. 146/2021, convertito in Legge 17 novembre 2021, n. 215, recante «Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili», ha previsto un'ulteriore ipotesi di improcedibilità delle azioni

esecutive nei confronti degli enti del servizio sanitario, questa volta calabrese, instaurate dopo l'entrata in vigore della norma in questione e fino al 31 dicembre 2025.

In un primo momento il TAR Reggio Calabria, con la sentenza del 21 febbraio 2022, n. 124, ha disapplicato la norma emergenziale in questione ritenendola, anche in virtù del suo carattere potenzialmente transfrontaliero, in contrasto con il diritto dell'Unione europea. Sono stati in particolare richiamati i principi di effettività della tutela giurisdizionale e quello del giusto processo, la libertà d'impresa nel mercato interno, la libera circolazione dei lavoratori e dei pagamenti, la libertà di stabilimento, di prestazione dei servizi e il principio di leale collaborazione tra gli Stati membri, nonché il principio di proporzionalità, atteso che la norma censurata «paralizza per un tempo eccessivo e sproporzionato rispetto agli obiettivi prefissati dal legislatore nazionale la tutela processuale di crediti verso le aziende sanitarie calabresi».

Successivamente, nel solco del dialogo tra Corti che tende a prediligere, nei casi di c.d. doppia pregiudizialità¹⁰⁹, l'intervento della Consulta avente efficacia *erga omnes*, il TAR per la Calabria ha sollevato con plurime ordinanze¹¹⁰ questione di legittimità costituzionale dell'art. 16-*septies*, comma 2, lett. g) d.l. 21 ottobre 2021, n. 146, per contrasto con l'art. 24 Cost., da solo e, nella misura in cui riguarda anche il giudizio d'ottemperanza svolto davanti al giudice amministrativo, in combinata lettura con l'art. 113 Cost. In particolare, il TAR ha riscontrato nella norma in esame i medesimi profili di illegittimità evidenziati dalla sentenza n. 236 del 2021 dalla Corte costituzionale, in quanto essa impedisce, in assenza di misure compensative e per un lunghissimo periodo di quattro anni (che si aggiungono ai quasi due anni in cui, sino alla sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2021, le procedure esecutive nei confronti di tutti gli Enti del Servizio Sanitario nazionale sono rimaste sospese), l'accesso alla tutela esecutiva. Così facendo la norma crea per il giudice remittente un'ingiustificata disparità tra debitore

¹⁰⁹ I casi cioè in cui una norma è sospettata tanto di incostituzionalità, quanto di contrasto con il diritto dell'Unione europea, ciò che consentirebbe una sua disapplicazione nel solo singolo giudizio mediante il sindacato diffuso dei giudizi nazionali previa eventualmente una questione di pregiudizialità sollevata dinanzi alla Corte di Giustizia dell'UE.

¹¹⁰ TAR Calabria, sez. II, ordinanza 28 febbraio 2022, n. 356; Id., ordinanze 28 febbraio 2022, n. 357 e 358; Id., ordinanza 24 marzo 2022, n. 529; Id., ordinanza 24 marzo 2022, n. 530.

pubblico e creditori privati, tra i quali possono ben esservi soggetti socialmente o economicamente svantaggiati.

Di diverso avviso rispetto a quanto affermato dalle ultime sentenze esaminate sembra essere stato l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2022, chiamata ad esaminare la questione relativa allo stato di dissesto degli enti locali disciplinato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 5, comma 2, D.L. n. 80-2004, conv. nella L. n. 140-2004 e 252, comma 4, e 254, comma 3, d.lgs. n. 267-2000, già oggetto della precedente sentenza dell'Adunanza Plenaria 5 agosto 2020, n. 15. La Sezione remittente aveva infatti chiesto al Supremo Consesso amministrativo di rimeditare la questione alla luce dei principi CEDU, in particolare espressi nella sentenza n. 43780/2004 del 24/9/2013 (De Luca c/o Italia), ove la Corte di Strasburgo ha affermato che «l'avvio della procedura di dissesto finanziario a carico di un ente locale e la nomina di un organo straordinario liquidatore, nonché il successivo d.l. n. 80/2004 che impediva i pagamenti delle somme dovute fino al riequilibrio del bilancio dell'ente, non giustificano il mancato pagamento dei debiti accertati in sede giudiziaria, poiché lesive dei principi in materia di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ne consegue l'obbligo per lo Stato di appartenenza di pagare le somme dovute dagli enti locali nei termini e secondo le modalità prescritte dalla convenzione». Più in particolare, si auspicava un ripensamento della disciplina normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, e del principio secondo cui tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente vanno attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento (giurisdizionale o amministrativo) sia successivo.

Nel caso di specie veniva in considerazione un provvedimento giurisdizionale intervenuto dopo la dichiarazione dello stato di dissesto, ma relativo a fatti precedenti a detta dichiarazione; pertanto i relativi crediti dei privati che avevano agito in sede monitoria dovevano necessariamente essere ascritti alla gestione liquidatoria. Dalla data della predetta dichiarazione e sino all'approvazione del rendiconto di gestione da parte dell'organo straordinario di liquidazione non potevano così essere intraprese o proseguite

azioni esecutive nei confronti dell'Ente per i debiti che rientravano nella competenza del predetto organo straordinario.

L'Adunanza Plenaria n. 1 del 2022 ha per contro confermato l'orientamento tradizionale secondo cui «la disciplina normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, può produrre effetti positivi soltanto se tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente possono essere attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento giurisdizionale o amministrativo sia successivo. Con l'unico limite rappresentato, come detto, dall'approvazione del rendiconto della gestione che segna la chiusura della Gestione Liquidatoria; dopo tale data, infatti, è evidente che non sarà più possibile imputare alcunché a tale organo, in quanto, dal punto di vista giuridico, esso ha cessato la sua esistenza».

A tal riguardo, i dubbi di costituzionalità manifestati dalla Sezione remittente sono stati fugati valorizzando la preminenza dell'interesse pubblico alla salvaguardia delle funzioni fondamentali dell'ente in stato di insolvenza, permettendo ad esso il recupero di una situazione finanziaria di riequilibrio e, quindi, di normalità gestionale e di capienza finanziaria che altrimenti sarebbe compromessa dai debiti sorti nel periodo precedente, sugli interessi individuali e patrimoniali dei privati ancorché accertati con provvedimenti giurisdizionali.

Anche la giurisprudenza CEDU richiamata non è stata considerata decisiva in quanto reputata non consolidata e, comunque, l'Adunanza Plenaria ha escluso il contrasto con la normativa CEDU, ravvisato dalla Sezione remittente nell'asserita espropriazione sostanziale dei crediti dei privati, le cui azioni esecutive resterebbero paralizzate *sine die*, in ragione del fatto che lo stato di dissesto non è a priori limitato temporalmente. Al riguardo, la sentenza n. 1 del 2022 ha osservato che «con la separazione tra le attività finalizzate al risanamento e quelle di liquidazione della massa passiva, il dissesto ha assunto una fisionomia analoga al fallimento privatistico, il quale, come è noto, non è sottoposto a termini finali certi senza che, per questo, si sia dubitato della sua legittimità costituzionale, trattandosi peraltro di un istituto diffuso a livello comunitario» e che «sussistono, anche in costanza di Gestione liquidatoria, contributi dello Stato per il

pagamento dell'indebitamento pregresso in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato (artt. 4 e 21 d.l. n. 8-1993), e quindi esistono correttivi normativi idonei a realizzare e plasmare l'interesse dei creditori dell'Ente i cui crediti siano confluiti nella Gestione liquidatoria».

Ancora una volta le ragioni a fondamento della tutela dell'interesse pubblico dominano le argomentazioni della giurisprudenza amministrativa a discapito delle ragioni creditorie. Una giurisprudenza che pare echeggiare le parole della suesposta sentenza n. 233 del 2020 della Corte costituzionale.

Un analogo atteggiamento pare da ultimo ravvisarsi nell'ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato del 21 luglio 2021, n. 177, che ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 248, comma 4 del TUEL¹¹¹, in riferimento agli artt. 3, 5, 81, 97, 114 e 118 della Costituzione, nella parte in cui prevede la mera sospensione, anziché la definitiva inesigibilità, del pagamento degli interessi durante la procedura di dissesto dell'ente locale, accessori che tornano ad essere dovuti dopo la conclusione della procedura *de qua*.

Il Consiglio di Stato aveva denunciato l'eccessiva tutela dei creditori che la norma censurata assicurava e l'irragionevolezza di riservare un trattamento eguale a situazioni diseguali, quella relativa al dissesto dell'ente locale e quella relativa al fallimento dell'impresa, rispetto alla quale l'art. 154 del d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155» (già art. 55 della legge fallimentare), dispone un analogo effetto sospensivo del pagamento degli accessori dei crediti.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 219 del 2022, ha reputato manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata ribadendo quanto già affermato in precedenza con le sentenze n. 242 del 1994 e n. 269 del 1998. L'eventuale accoglimento dei dubbi prospettati dal Consiglio di Stato avrebbe leso il principio

¹¹¹ Ai sensi del quale «[d]alla data della deliberazione di dissesto e sino all'approvazione del rendiconto di cui all'articolo 256 i debiti insoluti a tale data e le somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate non producono più interessi né sono soggetti a rivalutazione monetaria. Uguale disciplina si applica ai crediti nei confronti dell'ente che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione a decorrere dal momento della loro liquidità ed esigibilità».

dell'integralità della responsabilità patrimoniale del debitore di cui all'art. 2740 cod. civ., che si applica anche alle procedure concorsuali indipendentemente dal fatto che soggetto passivo dell'obbligazione sia un privato o un ente pubblico, e avrebbe dato vita ad un'ingiustificata asimmetria a danno del creditore privato, che avrebbe subito per intero l'inadempimento dell'ente locale, a differenza di quanto sarebbe avvenuto nei confronti di un soggetto privato debitore.

La Consulta ha al contrario chiarito che «l'esigenza che le disposizioni poste a raffronto mirano a soddisfare afferisce specificamente alla condizione dei creditori – tanto dell'ente locale, quanto dell'imprenditore – di essere tutelati in modo analogo, ancorché l'ordinamento preveda misure atte ad assicurare la continuità delle funzioni dell'ente locale oltre il dissesto».

Non tenendo conto del sistema normativo in cui la norma censurata si colloca, il Consiglio di Stato aveva mostrato di dare rilievo preminente e assorbente alle esigenze di stabilità di bilancio degli enti locali. Laddove la Corte costituzionale ha ravvisato nella disciplina in materia di dissesto degli enti locali «un bilanciamento non irragionevole tra l'esigenza, che è alla base della sicurezza dei traffici commerciali, che si correla all'art. 41 Cost., di tutelare i creditori e l'esigenza di ripristinare sia la continuità di esercizio dell'ente locale incapace di assolvere alle funzioni, sia i servizi indispensabili per la comunità locale». Ciò in quanto quella disciplina contiene una serie di misure volte a consentire la gestione del passivo pregresso (a tutela della massa dei creditori) e, al contempo, che il comune continui a esistere e operare (in quanto ente necessario), assicurando i servizi essenziali ed accantonando risorse per il pagamento di eventuali debiti o accessori che dovessero generarsi in pendenza della gestione liquidatoria.

5.2. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUI PAGAMENTI E SULLE PROCEDURE ESECUTIVE DELLA P.A.

I limiti all'esecuzione forzata posti dalla legge n. 220 del 2010 sono stati dettati da emergenze finanziarie. Altre volte, i limiti sono stati dettati da emergenze ambientali, come quello relativo alle somme finalizzate all'acquisto del termovalorizzatore di Acerra da parte della regione Campania posto dall'art. 11-*bis* D.L. 2 marzo 2012, n. 16,

convertito in legge 26 aprile 2012, n. 44. In altre occasioni sono le emergenze sanitarie ad aver fondato norme derogatorie.

Taluni di questi limiti sono stati censurati dalla Corte costituzionale. In altri casi, i regimi tesi a salvaguardare le pubbliche amministrazioni dall'avvio di procedure esecutive, pur precludendo del tutto l'espropriazione di determinati beni e somme di denaro, non sono stati oggetto di censure di legittimità. Ad esempio, l'art. 6, comma 6, D.L. n. 35 del 2013, finalizzato a «dare prioritario impulso all'economia» mediante lo sblocco dei pagamenti dei debiti statali, ha contraddittoriamente introdotto limiti all'esecuzione forzata per quanto riguarda le somme destinate ai pagamenti disposti in attuazione delle procedure definite dal medesimo decreto e quelle destinate ai risarcimenti per violazione del termine di ragionevole durata del processo, dando così vita ad un altro privilegio per la pubblica amministrazione¹¹².

In definitiva, numerose limitazioni alla tutela esecutiva spettante ai creditori seguitano ad essere poste dal legislatore in nome dell'interesse pubblico alla regolare erogazione di servizi essenziali per la collettività e alla funzionalità ed esistenza dell'ente pubblico. Questo valore continua ad essere considerato preminente rispetto a quello volto a garantire l'interesse individuale dei singoli creditori, come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 2020, generando effetti sistemici letali.

Con le norme considerate, «sulla pelle del cittadino, si consentono alle amministrazioni comportamenti che le leggi vietano ad ogni privato», tanto che lo Stato pare agire come «singolare malfattore legale, che permette a sé ciò che invece reprime nel privato»¹¹³. Infatti, la dottrina osserva che «la disparità di trattamento del creditore delle amministrazioni pubbliche è, a questo punto, talmente evidente da indurre a porre in dubbio la legittimità di simili disposizioni, che fanno del ceto creditorio il vero capro espiatorio di una non corretta gestione finanziaria e che minano in radice il diritto d'azione»¹¹⁴. Al contrario, il cittadino creditore «dovrebbe avere il diritto di attendersi

¹¹² S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., pp. 977 ss.

¹¹³ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, pp. 722 ss.

¹¹⁴ C. VANZ, *Espropriazione forzata contro la p.a.: nuovi limiti? (riflessioni sull'art. 12 bis comma 6 della legge 15 marzo 1991 n. 80)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, II, pp. 1104 ss.

dall'amministrazione non già qualcosa di meno, ma qualcosa di più di quanto possa pretendere dai privati»¹¹⁵. Un ulteriore pericolo che deriva dalla disapplicazione degli istituti di diritto comune nei riguardi del debitore pubblico è quello per cui quest'ultimo potrebbe trarre beneficio dal suo inadempimento, c.d. efficiente, rendendo persino più conveniente per lui non adempiere piuttosto che adempiere. Ciò con evidente stravolgimento e alterazione del corretto funzionamento del rapporto obbligatorio delineato da un ordinamento giuridico razionale e coerente.

5.3. C) LA COMPENSAZIONE DEI CREDITI.

Tra i modi di estinzione delle obbligazioni una peculiare disciplina riguarda la compensazione tra crediti e debiti nei confronti della p.a. Per lungo tempo le regole civilistiche in materia di compensazione sono state ritenute inapplicabili alle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni, almeno allorché credito e debito da compensare riguardassero amministrazioni diverse o uffici diversi dello stesso ente¹¹⁶. La compensazione era consentita al solo Stato nei casi e con le modalità stabilite da apposite disposizioni, ma non ai suoi debitori¹¹⁷, nei confronti dei quali vigeva un divieto di compensazione.

Le ragioni che deponevano per la generale preclusione della compensazione nei confronti della pubblica amministrazione si rinvenivano, più che nella natura pubblica di essa, nelle esigenze contabili. Le norme di contabilità pubblica prescrivono infatti che la tipica forma di pagamento per estinguere le obbligazioni verso lo Stato, salve le eccezioni espressamente previste, è quella del pagamento in contanti. A ben vedere, però, tali norme concernono solamente i modi di pagamento, mentre non escludono di per sé la compensabilità dei crediti verso la p.a., ammessa infatti dalla giurisprudenza se ad iniziativa della p.a.¹¹⁸.

¹¹⁵ C. MARZUOLI, *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di esecuzione forzata delle sentenze di condanna pecuniaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di Mario Nigro*, Milano, 1991, III, p. 347.

¹¹⁶ Cfr. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 92 ss.

¹¹⁷ V. A. BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, cit., p. 455.

¹¹⁸ Cfr. r.d. 23 maggio 1924, n. 827. Al riguardo v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., pp. 492-493.

Inoltre, la compensazione in ambito tributario veniva negata in ragione dell'impignorabilità del credito tributario, che discende da un rapporto di diritto pubblico ed è perciò ontologicamente vincolato al perseguimento di finalità pubblicistiche. Opera così il divieto di cui all'art. 1246, n. 3 cod. civ., secondo cui «La compensazione si verifica qualunque sia il titolo dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i casi: (...) 3) di credito dichiarato impignorabile; (...)». Tuttavia, tale impedimento si applica solo nei confronti di chi voglia opporre in compensazione un proprio credito con uno impignorabile, non viceversa, il che comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento, determinando l'ammissibilità della compensazione ove opposta da parte dell'amministrazione finanziaria ed escludendo la stessa per il contribuente¹¹⁹.

L'esclusione della compensazione in ambito tributario invocata dal contribuente è sempre stata ammessa, per contro, ove ad esperire l'eccezione di compensazione fosse l'amministrazione finanziaria. Ciò dava luogo ad una posizione di privilegio dell'ente pubblico, in quanto l'eccezione di compensazione da esso opposta veniva considerata una scelta discrezionale dell'amministrazione illimitata e insindacabile. In definitiva, si introduceva una considerazione «speciale» dell'istituto compensativo quando ad invocarlo era la pubblica amministrazione¹²⁰.

Il primo riferimento normativo che ha aperto all'applicabilità della compensazione per il contribuente nei riguardi della p.a. è stato l'art. 17 del d. lgs. n. 241 del 1997. Mentre in passato la compensazione era riferibile solo ai crediti e debiti relativi alla medesima imposta e successivamente anche a quelli relativi ad imposte diverse, ma appartenenti allo stesso tipo di tributi, l'art. 17 citato ha introdotto la possibilità di compensare debiti e crediti in sede di versamenti unitari. Infatti, il contribuente può compensare, in sede di versamenti unitari di imposte, contributi INPS e altre somme a favore dello Stato, delle regioni e degli enti previdenziali, con i crediti riferibili allo stesso periodo risultanti dalle dichiarazioni e dalle denunce periodiche.

Tuttavia, la norma considerata manca del presupposto fondamentale della compensazione civilistica, vale a dire la reciprocità dei rapporti credito-debito, in quanto

¹¹⁹ Sull'argomento v. C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., pp. 104 ss.

¹²⁰ Così ancora C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., p. 106.

l'art. 17 citato non presuppone necessariamente che il contribuente sia al contempo debitore e creditore rispetto allo stesso ente¹²¹.

L'art. 8 dello Statuto dei contribuenti, L. n. 212 del 2000, ammette oggi in termini generali che «1. L'obbligazione tributaria può essere estinta anche per compensazione». Quest'ultima viene considerata uno strumento di tutela dell'integrità patrimoniale del contribuente, in quanto ordinaria modalità di estinzione dell'obbligazione tributaria. Nonostante la generalità dell'ambito applicativo della norma considerata, secondo la Corte di cassazione¹²² il meccanismo compensativo nel settore fiscale è ancora oggi ammesso solo laddove espressamente previsto dalla legge.

A latere delle forme di compensazione già ammesse dal Codice dei contratti pubblici del 2006, si è poi avuto l'art. 31 del D.L. 78 del 2010, che ha vietato la compensazione dei crediti relativi alle imposte erariali fino a concorrenza dell'importo dei debiti, di ammontare superiore a millecinquecento euro, iscritti a ruolo per imposte erariali e relativi accessori e per i quali è scaduto il termine di pagamento, ma ha consentito comunque il pagamento, anche parziale, delle somme iscritte a ruolo per imposte erariali e relativi accessori mediante la compensazione dei crediti relativi alle stesse imposte. L'art. 2, comma 5 e 5-*bis* del D.M. 22 maggio 2012 e l'art. 3, comma 6 del D.M. 25 giugno 2012 (pubblicati, rispettivamente, nelle Gazzette Ufficiali n. 143 del 21 giugno 2012 e n. 152 del 2 luglio 2012 e come modificati dal D.M. 24 settembre 2012 e dal D.M. 19 ottobre 2012) ammettono ora la compensazione tra i crediti che le imprese vantano nei confronti della pubblica amministrazione e i debiti di natura fiscale iscritti a ruolo.

L'art. 12, comma 7-*bis* del D.L. n. 145 del 2013 ha previsto inoltre la compensazione delle cartelle esattoriali in favore delle imprese titolari di crediti non prescritti, certi, liquidi ed esigibili, per somministrazione, forniture, appalti e servizi, anche professionali, maturati nei confronti della pubblica amministrazione e certificati secondo le modalità previste dai decreti del Ministro dell'economia e delle finanze 22

¹²¹ C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, cit., p. 108.

¹²² Cass. civ., sez. trib., 30 giugno 2006, n. 15123, secondo cui: «L'estinzione per compensazione del debito tributario si determina allo stato della legislazione tributaria solo se espressamente stabilita».

maggio 2012 e 25 giugno 2012 qualora la somma iscritta a ruolo fosse inferiore o pari al credito vantato.

Tale possibilità, originariamente disposta per l'anno 2014, è stata successivamente estesa di anno in anno, sino a giungere alla proroga, disposta dall'art. 12-*bis* del D.L. n. 87/2018, anche per l'anno 2018, con riferimento ai carichi affidati agli agenti della riscossione entro il 31 dicembre 2017. Da ultimo, un emendamento al D.L. n. 124/2019, approvato dalla Commissione Finanze della Camera il 1° dicembre 2019, ha esteso anche al 2019 e 2020 l'applicazione delle norme che consentono la suddetta compensazione delle cartelle esattoriali con riferimento ai carichi affidati agli agenti della riscossione entro il 31 ottobre 2019.

Oggi la compensazione può essere pertanto effettuata tra: i) crediti certificati non prescritti, certi, liquidi ed esigibili verso lo Stato, le Regioni e le province autonome, gli enti locali, del Servizio sanitario nazionale per aver effettuato somministrazioni, forniture e appalti; ii) carichi inclusi in cartelle di pagamento e avvisi (avvisi di accertamento esecutivi dell'Agenzia delle entrate – AVE e avvisi di addebito dell'INPS – AVA), notificati entro il 30 settembre 2013; iii) carichi inclusi in piani di definizione agevolata di cui all'art. 3 del D.L. n. 119/2018 (c.d. “rottamazione-*ter*”); iv) carichi inclusi in piani di cui all'art. 1, commi 184 – 198, della legge n.145 del 30 dicembre 2018 (c.d. “Saldo e stralcio”). Inoltre, per l'anno 2020 è stata ammessa la compensazione per il pagamento, totale o parziale, di carichi inclusi in cartelle e avvisi (avvisi di accertamento esecutivi dell'Agenzia delle entrate – AVE e avvisi di addebito dell'INPS – AVA), affidati all'Agente della riscossione entro il 31 ottobre 2019. La compensazione non può essere effettuata se riferita a carichi riguardanti le c.d. «risorse proprie tradizionali», anche se inclusi in piani di definizione agevolata¹²³.

¹²³ Secondo le indicazioni dell'Agenzia delle Entrate, cfr. www.agenziaentrate.gov.it. Ai sensi dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera a) delle decisioni 2007/436/CE, Euratom del Consiglio, del 7 giugno 2007, e 2014/335/UE, Euratom del Consiglio, del 26 maggio 2014 costituiscono risorse proprie tradizionali iscritte nel bilancio generale dell'Unione europea le entrate provenienti: «a) da prelievi, premi, importi supplementari o compensativi, importi o elementi aggiuntivi, dazi della tariffa doganale comune e altri dazi fissati o da fissare da parte delle istituzioni dell'Unione/delle Comunità sugli scambi con paesi terzi, dazi doganali sui prodotti che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato, ormai scaduto, che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, nonché contributi e altri dazi previsti nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero».

Il presupposto della compensazione in questione è il procedimento di certificazione dei crediti, da attivare accedendo all'apposita piattaforma elettronica. Esso non è finalizzato alla semplice verifica dell'esistenza del credito, la cui certificazione consente al creditore di utilizzare il credito anche in altro modo, ma è ulteriormente volto a verificare l'eventuale presenza di accertate inadempienze all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento. L'importo delle somme dovute all'Agente della riscossione deve essere annotato nella certificazione ed è vincolato al solo utilizzo ai fini della compensazione, mentre qualora l'amministrazione vanti crediti già definitivi nei confronti del richiedente la certificazione è resa solo per il netto di tali controcrediti della p.a.¹²⁴

5.4. D) IL FERMO AMMINISTRATIVO.

Un privilegio della p.a. ancora vigente è inoltre rappresentato dal fermo amministrativo, introdotto dall'art. 69, comma 6, regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440. In base a tale istituto, che costituisce una misura di autotutela disposta in via cautelare¹²⁵, le amministrazioni statali che vantino «ragioni di credito» verso soggetti creditori di altra amministrazione statale possono chiedere e ottenere da quest'ultima di sospendere il pagamento dovuto in favore del terzo. Dopo l'accertamento dell'esistenza del debito nei confronti del terzo, da parte dell'amministrazione, con provvedimento definitivo potrà avvenire l'effettivo incameramento delle somme dovute dallo Stato al terzo e la compensazione legale dei debiti con i crediti dello Stato. La *ratio* sottesa a tale istituto è quella di consentire all'amministrazione la possibilità di chiedere il blocco del pagamento in attesa della soddisfazione delle sue ragioni di credito, quale peculiare mezzo di tutela delle ragioni creditorie della p.a. Ciò rispecchia la concezione autoritativa della p.a., in quanto evidente è lo squilibrio fra le posizioni delle parti del rapporto obbligatorio¹²⁶.

¹²⁴ V. al riguardo B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, cit., pp. 817 ss.

¹²⁵ Così M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 92 ss., spec. p. 97.

¹²⁶ Per un più approfondito esame del tema v. I. FRANCO, *Il fermo amministrativo dei veicoli a motore nella normativa fiscale sulla riscossione*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2003, pp. 2105 ss.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 67 del 1972, ha nondimeno rinvenuto la legittimità dell'istituto in esame, escludendone la configurazione quale «irrazionale privilegio», in considerazione della sua funzione di «strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato» e rilevando come «speciali norme di legge» possano consentire l'esercizio dell'autotutela «anche in rapporti di diritto privato»¹²⁷.

Ancor più incisiva è la nuova versione del fermo amministrativo di cui all'art. 48-*bis*, comma 1 del d.P.R. 20 settembre 1973, n. 602, più volte modificata, che impone anche alle società a prevalente partecipazione pubblica, oltre che alle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001, di verificare, prima di effettuare un pagamento a qualsiasi titolo dovuto superiore a cinquemila euro (non più diecimila come in passato, con ampliamento del *favor* per la p.a.), se il beneficiario risulti inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare almeno pari a tale importo e, in caso affermativo, di non effettuare il pagamento e di segnalare la circostanza all'agente di riscossione competente¹²⁸.

Il fermo amministrativo si pone in una linea sottile tra l'esercizio di una forma impropria di compensazione tra crediti e una mera inerzia dell'amministrazione a fronte di istanze di rimborso. Esso rappresenta un tradizionale privilegio della p.a. che deroga all'ordinaria disciplina del credito, in quanto, normalmente, la compensazione è ammessa solo tra due debiti che siano egualmente liquidi ed esigibili, mentre il fermo amministrativo ha come presupposto per la sospensione del pagamento solamente una «ragione di credito»¹²⁹. La dottrina richiede però che la procedura inerente debba quantomeno essere giunta a un punto tale da far ritenere sufficientemente definito l'obbligo di versamento del debitore e il *quantum* delle somme da incassare, dunque

¹²⁷ Corte cost., 19 aprile 1972, n. 67, con nota di S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 331 ss.

¹²⁸ Cfr. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit. V. anche M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 186-187.

¹²⁹ Sull'argomento v. S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, cit.

ragionevole la richiesta di sospensione cautelare¹³⁰, nonostante il credito della p.a. possa essere anche contestato¹³¹.

Il fermo amministrativo consente pertanto all'amministrazione di incidere unilateralmente sul rapporto obbligatorio con pregiudizio del creditore, che vede ritardato il tempo in cui il suo diritto potrà essere soddisfatto. Per tale ragione esso rispecchia la concezione imperativa e autoritativa della p.a.¹³²

Come si è detto, si tratta di un istituto preordinato alla successiva compensazione. Pertanto, secondo parte della dottrina, il fermo amministrativo costituisce uno strumento speciale di garanzia del credito pubblico che sospende l'adempimento di un debito incontestato, liquido e finanche esigibile se l'amministrazione non si avvallesse di tale misura. Se la vigenza del fermo amministrativo si spiega con la ragione secondo cui il creditore pubblico, a differenza di quello privato, può trovarsi di fronte un debitore insolvente, il privilegio non dovrebbe essere legittimamente opponibile al pagamento quando il privato dovesse prestare una differente garanzia del suo debito¹³³.

La giurisprudenza ha tuttavia recentemente dato luogo ad una progressiva erosione di tale privilegio¹³⁴. In particolare, il Consiglio di Stato ha espressamente escluso che il fermo amministrativo possa costituire un principio generale in materia di sospensione cautelare dei pagamenti, superando la prassi del passato volta ad una applicazione generalizzata dell'istituto al di là di quanto tassativamente consentito¹³⁵.

¹³⁰ F. GARRI, *Fermo amministrativo*, voce dell'Enc. giur. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989.

¹³¹ Secondo Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 1967, n. 1389; Cass. civ., Sez. Un., 21 maggio 2003, n. 7945; Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1909; Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 2004, n. 1441.

¹³² V. sul punto I. FRANCO, *Il fermo amministrativo dei veicoli a motore nella normativa fiscale sulla riscossione*, cit.

¹³³ L.R. PERFETTI, *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, in *Foro amm. CDS*, 12, 2002, pp. 3150 ss.

¹³⁴ Cfr. S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, cit., pp. 331 ss., B.G. MATTARELLA, *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 1060 ss.; cfr. anche Cons. St., Sez. IV, 6 agosto 2012, n. 4457, secondo cui il fermo è una «eccezionale forma di autotutela cautelare».

¹³⁵ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 23 dicembre 2002, n.7278, con nota di L.R. PERFETTI, *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, cit., pp. 3150 ss.

6. IL DIRITTO SPECIALE DELLE OBBLIGAZIONI COME ANTICAMERA DELLA SPECIALITÀ.

Dalle numerose norme di «diritto privato speciale» esaminate, inerenti alle obbligazioni della p.a., è possibile trarre importanti rilievi circa i loro effetti. La dottrina ha già messo in luce le conseguenze sistemiche che un'ampia normativa derogatoria rispetto alla disciplina di diritto comune genera sull'ordinamento giuridico generale, vale a dire l'attribuzione di fondamento positivo all'antica concezione autoritaria del diritto amministrativo, volta ad esaltare la superiorità dello Stato¹³⁶. La tendenza è quella di trarre «dall'attribuzione, in casi particolari, di poteri derogatori generalizzazioni che finiscono per privilegiare l'amministrazione»¹³⁷. In tal modo si delinea un meccanismo di costruzione della specialità¹³⁸ dai contorni indefiniti.

Nonostante la normativa disorganica ed episodica esaminata non sia riconducibile a sistema, nel senso che essa non giustifica la teorizzazione di una nuova figura di obbligazioni c.d. pubbliche, la disciplina di privilegio riservata al debitore pubblico tende a negare la configurabilità di un rapporto paritario tra amministrazione e privati e concede spazio all'anima dell'*imperium* del diritto amministrativo, con pericoloso sacrificio della sua anima garantista, sempre più contratta. L'ambivalenza tra specialità e diritto comune è evidente e di non facile composizione, tanto che autorevole dottrina auspica da tempo l'eliminazione dei privilegi della pubblica amministrazione con riferimento all'attività di diritto privato¹³⁹.

Il giudice è indotto a trarre da norme positive, che, in quanto derogatorie, dovrebbero essere interpretate tassativamente poiché eccezionali, principi generali applicabili estensivamente oltre la lettera della legge. È quanto avvenuto, come anticipato, con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2000, secondo cui se nei confronti dell'amministrazione debitrice «non trovano sempre applicazione le

¹³⁶ V. al riguardo N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit. ID., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, p. 117.

¹³⁷ Così S. CASSESE, *Lo Stato introvabile*, Roma, 1998, p. 47.

¹³⁸ V. ancora N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit. ID., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 118 ss.

¹³⁹ In tal senso v. F.G. SCOCA, *Diritto speciale e privilegi dell'amministrazione*, in (a cura di) E. ROZO ACUNA, *Cittadini e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000, p. 376.

regole del codice civile e quelle del codice di procedura civile», se ne può trarre che, «(in generale, quando sussiste un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione, non si applica il solo diritto privato)»¹⁴⁰. Con tale pronuncia l'Adunanza Plenaria ha sottolineato che la specialità dei rapporti giuridici di cui è parte l'amministrazione è sempre destinata ad emergere in ragione degli interessi pubblici coinvolti, con conseguente applicazione di un diritto ad essi peculiari oltre l'area propriamente amministrativa¹⁴¹.

In un campo ricco di norme derogatorie quale quello delle obbligazioni tale decisione non è rimasta isolata. Nel medesimo contesto si pone ad esempio la giurisprudenza amministrativa che tendeva ad estendere l'applicazione del fermo amministrativo al di là dei principi di tassatività e nominatività, ravvisando in esso un principio generale¹⁴².

Lo stesso modello argomentativo è stato impiegato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 1968 sopra esaminata, che aveva rinvenuto l'esistenza di un «pubblico interesse» alla mancata restituzione dell'imposta indebitamente percepita, traendo un principio generale dalle norme disorganiche che, derogando all'art. 2033 cod. civ., prevedevano l'irripetibilità del tributo riscosso, ma non dovuto.

Già la dottrina aveva ravvisato tale modello argomentativo «là dove esista una ricca legislazione di settore e tenda a formarsi un conflitto non già tra la norma del sistema amministrativistico e la norma del sistema civilistico, ma piuttosto tra un principio generale di creazione pretoria del sistema amministrativistico e le regole codificate con riguardo ai rapporti privati». «In tal caso», secondo la stessa dottrina, «la forza (ovvero la debolezza) della massima di formazione pretoria non sta tanto nella diretta attribuzione

¹⁴⁰ Così ancora N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit. ID., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 124 ss.

¹⁴¹ V. al riguardo N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3, 2013, p. 705 e F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, cit., pp. 368 ss.

¹⁴² Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 22 novembre 2001 n. 7342, nel senso dell'applicabilità dell'istituto in via analogica; v. anche la Circolare del Ministero delle finanze, Dipartimento delle entrate, Direzione generale affari legali e contenzioso, dell'11 agosto 1993 n. 19-VI-12-1319, che ha sostenuto un'interpretazione estensiva (e *contra legem*) dell'istituto.

allo Stato di generici valori, prevalenti sulla «logica» dell'ordinamento privatistico, quanto nella maggiore o minore plausibilità del ragionamento che porta a dedurre dalla disciplina speciale, anche quando sia eccezionale e addirittura sospetta di incostituzionalità, una direttiva non scritta che, nei casi limite (...), potrebbe persino apparire paradossale»¹⁴³.

La Corte di cassazione subordina spesso l'applicazione alle obbligazioni della p.a del diritto comune all'accertamento preventivo dell'assenza di norme speciali derogatorie regolative della fattispecie concreta, in una logica che sembra invertire il rapporto tra regola ed eccezione che dovrebbe vigere tra diritto comune e diritto speciale, rendendo, al contrario, residuale l'applicazione dei principi generali delle obbligazioni di diritto comune¹⁴⁴.

Il ruolo delle norme di «diritto privato speciale» quale anticamera della specialità è dimostrato dalla necessità sentita dal legislatore di riaffermare espressamente, nei confronti dell'amministrazione debitrice, un principio di diritto comune quale quello dell'esatta esecuzione della prestazione dovuta. Il D.L. n. 35 del 2013 ha infatti predisposto un piano di pagamento dei debiti commerciali scaduti accumulati nel tempo dalle pubbliche amministrazioni – facendo prevalere la finalità strumentale del pagamento rispetto al soddisfacimento di esigenze macroeconomiche piuttosto che la sua natura di atto dovuto – avvalorando la tesi secondo cui nel sistema delle obbligazioni della p.a. le regole speciali ed eccezionali favorevoli alla p.a. sembrerebbero aver assunto valenza di principio generale, mentre sarebbe ormai eccezionale la regola comune della doverosa attuazione delle obbligazioni. Parimenti, il D.M. 25 giugno 2012, in materia di compensazione dei crediti delle Regioni, degli enti locali e degli enti del servizio sanitario nazionale, ha avvertito l'esigenza di escludere espressamente deroghe a favore delle aziende sanitarie, quasi che esse fossero divenute la regola vigente a prescindere da un'apposita previsione normativa.

¹⁴³ Così M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 115.

¹⁴⁴ V. ad esempio Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2008, n. 19499; Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2012, n. 4959; Cass. civ., Sez. VI, ord. 8 marzo 2012, n. 3682.

In definitiva, tanto nella mente del legislatore, quanto in quella dei giudici, il regime favorevole sancito dalla disciplina particolare delle obbligazioni della p.a. sembra essere divenuto la regola generale rispetto a quella codicistica, per la cui operatività si renderebbe necessaria un'espressa previsione normativa¹⁴⁵.

La stessa logica che inverte il rapporto tra regola ed eccezione è espressamente affermata dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2000 sopra citata, che lascia spazio all'applicazione del diritto privato «solo se il diritto amministrativo (in funzione degli interessi pubblici) non pone principi o regole particolari, rilevanti anche per verificare l'imputabilità del ritardo dell'adempimento». Il diritto comune non viene più ad essere il diritto della p.a. nei rapporti ove manca l'esercizio di poteri autoritativi, ma occupa in tale campo uno spazio solamente residuale, dominato comunque dall'interesse pubblico.

Ciò dimostra che la trasformazione in senso pubblicistico degli istituti di diritto comune coinvolgenti l'amministrazione operata dalle norme di «diritto privato speciale» produce effetti imprevedibili, che vanno al di là della singola disposizione derogata, e promuove una diffusione della disciplina esorbitante dal diritto privato. L'estrema gravità delle conseguenze di tale fenomeno emerge dalla lentezza con la quale vengono superate le letture ampliative delle normative derogatorie al codice civile, che risente della dogmatica che per quasi due secoli ha permeato il diritto amministrativo¹⁴⁶.

La dottrina si è da tempo mostrata avversa a un'operazione come quella esaminata, volta a riconoscere deroghe e privilegi a favore dell'amministrazione oltre quanto strettamente stabilito dalla legge. Infatti, con particolare riguardo alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti, si è detto che deroghe e privilegi «non sono senza effetti sul mercato e sulle sue modalità di funzionamento concorrenziale, in quanto potenzialmente in grado di alterare quella gara ad armi pari che costituisce la ragione

¹⁴⁵ V. ancora S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., pp. 977 ss.

¹⁴⁶ In tal senso v. L.R. PERFETTI, *Cessione dei crediti e cessione del ramo d'azienda creditrice dell'amministrazione pubblica*, cit.

«ontologica» del mercato»¹⁴⁷. Essi sono inclusi tra i principali esempi di utilizzazione del diritto in chiave antieconomica¹⁴⁸.

La matrice ideale che aveva in passato caricato gli istituti di diritto privato del «peso» della natura del soggetto pubblico che li utilizza, oltre che dell'interesse pubblico di cui il medesimo è portatore, era ravvisabile nell'esaltazione della sovranità dello Stato e nel profilo finanziario – contabile che involve il rapporto contrattuale e obbligatorio delle p.a. Il filo conduttore rinvenibile dietro i privilegi dell'amministrazione esaminati pare infatti essere quello attento a preservare il patrimonio della p.a. dall'azione dei suoi creditori, sul presunto fondamento del principio di contenimento della spesa pubblica¹⁴⁹. Tale matrice «non poteva non condurre, nella migliore delle ipotesi, verso un diritto privato speciale delle pubbliche amministrazioni». A quella matrice ideale se ne contrappone oggi una nuova, fatta di garanzie del cittadino e attenta al mercato, che induce a concludere che il diritto privato deve oggi porsi come «il diritto comune degli operatori economici quale che sia la loro qualificazione»¹⁵⁰. Mentre la Corte di Lussemburgo tende spesso a bilanciare gli imperativi economici con i diritti¹⁵¹, la giurisprudenza amministrativa mostra al riguardo timide aperture, ritenendo solo talvolta illegittimo il provvedimento amministrativo che consideri di per sé prevalente l'interesse pubblico alla tutela della finanza pubblica su quello del privato¹⁵². La specialità amministrativa dovrebbe infatti ormai essere «partecipe dei valori del diritto comune e dell'unità dell'ordinamento»¹⁵³.

Contro l'incondizionata tutela delle esigenze di finanza pubblica si è detto che la nuova «costituzione finanziaria» rinvenibile negli artt. 97, 81 e 119 Cost. «si rivolge semplicemente al legislatore e ai poteri pubblici» affinché gli impegni finanziari siano responsabilmente assunti «assicurando l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito

¹⁴⁷ A. ZITO, *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale*, cit., p. 6-7.

¹⁴⁸ Cfr. sul tema F. MERUSI, *Diritto contro economia*, Torino, 2006, pp. 2 ss.

¹⁴⁹ M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 152-153 e pp. 240 ss.

¹⁵⁰ Così ancora A. ZITO, *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 5-6.

¹⁵¹ Così M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019, p. 32.

¹⁵² In questi termini ad esempio, con riguardo al potere di autotutela di cui all'art. 21 *nonies* L. 241/990, v. Tar Lazio, sez. III *ter*, 18 novembre 2021, n. 11452.

¹⁵³ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2001, p. 527.

pubblico»¹⁵⁴. Le norme costituzionali citate non giustificano al contrario il sacrificio delle ragioni creditorie.

Ciò si rende necessario per superare le disfunzioni del mercato e l'incertezza del diritto che il «diritto privato speciale» e la giurisprudenza esaminata originano. Esse interferiscono infatti con le scelte imprenditoriali assunte dagli operatori del mercato, indotti a proporre al contraente pubblico condizioni contrattuali più gravose rispetto a quelle proposte agli altri protagonisti del mercato o, nei casi più estremi, a fuggire dal soggetto pubblico quale controparte del rapporto obbligatorio, in ragione del *favor* normativo o giurisprudenziale operante nei confronti di quest'ultimo.

Inoltre, se le ragioni tradizionali delle deroghe a favore della p.a. sono rinvenute nel generale e astratto interesse pubblico al controllo dei flussi finanziari, cristallizzato dalle norme di contabilità pubblica, qualsiasi regime derogatorio o speciale potrebbe apparire, in sé e per sé, ragionevole, in quanto finalizzato al contenimento della spesa pubblica¹⁵⁵. Al riguardo, la Corte di cassazione ha ad esempio rinvenuto la giustificazione degli interventi del legislatore incidenti sui rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni nella normativa che «ha imposto vincoli stringenti e puntuali in materia di bilancio, contabilità pubblica e stabilità finanziaria»¹⁵⁶. Appare tuttavia singolare riscontrare che l'efficacia «salvifica» dell'interesse pubblico al risparmio della spesa operi proprio a vantaggio di un debitore pubblico.

Al riguardo, Ledda osservava che la normativa sui contratti pubblici dovrebbe essere «affrancata da quella soffocante ipoteca “contabile” le cui remote origini meriterebbero un'attenta indagine. La necessità di garantire la regolare erogazione del pubblico denaro è per se stessa indiscutibile, ma può essere appagata in altre forme; (...) l'ipoteca contabile non è solo ingiustificata ma soprattutto fuorviante perché fa perdere di vista l'esigenza primaria o prioritaria, che è poi semplicemente quella di consentire la

¹⁵⁴ Così N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 138 ss. Cfr. anche quanto si dirà nei successivi capitoli in merito all'impossibilità di giustificare molte delle norme di «diritto privato speciale» con le esigenze finanziarie delle amministrazioni.

¹⁵⁵ In tali termini S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit., che richiama a proposito della natura astratta e indeterminata dell'interesse contabile F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., pp. 328 ss.

¹⁵⁶ Cass. civ., sez. III, 31 novembre 2019, n. 29330. Sull'argomento v. più diffusamente N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 134 ss.

realizzazione del pubblico interesse attraverso la conclusione e la puntuale esecuzione dei contratti vantaggiosi»¹⁵⁷.

La dottrina ha sul tema rilevato che un generico interesse alla riduzione della spesa pubblica non dovrebbe giustificare interventi legislativi sulle condizioni del contratto già stipulato a vantaggio dei soggetti pubblici. Solo comprovate «esigenze imperative di interesse generale», che rivestano davvero caratteri di straordinarietà ed eccezionalità, possono giustificare interventi legislativi di tal genere¹⁵⁸.

Al contrario, la qualificazione della posizione dell'amministrazione in termini di soggetto obbligato presuppone la presenza degli elementi del rapporto obbligatorio, primo tra tutti il requisito funzionale dell'obbligazione, in virtù del quale il dovere della p.a. è sempre correlato al soddisfacimento di specifici interessi individuali del creditore. I doveri istituzionali gravanti sull'amministrazione nell'interesse della collettività dovrebbero rimanere al di fuori della tematica dell'obbligazione¹⁵⁹. Ciò nonostante, il primato dell'interesse pubblico continua a risentire della passata matrice ideologica e conduce ad una costante deviazione dalla dimensione paritaria del rapporto obbligatorio tramite le deroghe ai principi di diritto comune.

Infatti, il meccanismo di costruzione della specialità descritto dimostra che l'intervenuta evoluzione della cultura giuridica non ha consentito il definitivo superamento dei privilegi dello Stato debitore. È rimasta ferma l'idea che, anche nell'ambito dell'attività espletata tramite i mezzi giuridici del diritto privato, «la natura pubblicistica del soggetto che la pone in essere non manca di riflettersi in vario modo (...) sul regime dell'attività stessa»¹⁶⁰. Il risultato illustrato di tale percorso è stato l'estensione

¹⁵⁷ F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, cit., pp. 320-321.

¹⁵⁸ Così N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., p. 139.

¹⁵⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 17.

¹⁶⁰ R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, p. 235. In tal senso anche M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 313, secondo cui «non si può non considerare che, anche nell'ambito dell'esecuzione delle proprie obbligazioni, le pubbliche amministrazioni sono portatrici di interessi pubblici, dei quali devono comunque tener conto». Cfr. anche F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, pp. 157 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Ann. Genova*, 1966, pp. 185 ss.; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1971, pp. 1485 ss.

dei privilegi della p.a. al di là dei profili strettamente e necessariamente connessi con la particolare qualità della pubblica amministrazione¹⁶¹.

L'influenza del dato culturale sulle istituzioni è messa in luce dalla nuova economia istituzionale, quell'orientamento della scienza economica che considera le istituzioni «le regole del gioco di una società», non solo formali ma anche informali, che costituiscono i «vincoli che gli uomini hanno definito per disciplinare i loro rapporti»¹⁶². Secondo un orientamento della nuova economia istituzionale, il cui massimo esponente è rappresentato da Douglass North, sono proprio le credenze diffuse in una determinata società a forgiare in maniera rilevante le istituzioni¹⁶³. Nell'ambito di queste ultime si distinguono le istituzioni economiche inclusive e le istituzioni economiche estrattive: le prime sono volte a garantire il rispetto della proprietà privata, un sistema giuridico imparziale, l'accesso al sistema di scambi e contrattazioni, la possibilità di aprire nuove attività e alle persone di scegliere liberamente un'occupazione; le seconde, al contrario, sono forgiate dalle *élites* al potere in base alle esigenze delle stesse di preservare assetti di potere e rendite di posizione¹⁶⁴.

Sono proprio le istituzioni economiche estrattive, su cui incidono le istituzioni politiche a loro volta distinguibili in inclusive ed estrattive¹⁶⁵, ad aver ostacolato il definitivo superamento dei privilegi dello Stato debitore.

¹⁶¹ M. NIGRO, *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizionamenti legali*, in *Foro it.*, 1941, p. 463, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, p. 495.

¹⁶² D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, (1990), trad. it., Bologna, 1994, p. 23.

¹⁶³ D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., p. 26; D.C. NORTH, *Capire il processo di cambiamento economico*, (2005), trad. it., Bologna, 2006, pp. 42, 182, 109.

¹⁶⁴ Per una disamina approfondita del tema v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 17 ss., che ripercorre gli orientamenti della nuova economia istituzionale e individua il ruolo delle istituzioni per la prosperità economica. In passato, sul ruolo delle ideologie, in particolare quelle giuridiche, tendenti a persistere anche una volta esaurita la loro funzione e quand'anche sconfessate dal diritto positivo, che sempre ne è condizionato, già G. GUARINO, *L'uomo istituzione*, Bari, 2005; ID., *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, pp. 31 ss. e 67 ss.

¹⁶⁵ V. ancora N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 18 ss.

Alla luce di ciò, il rischio che la tesi favorevole ad ammettere un «diritto privato dell'amministrazione» di origine giurisprudenziale torni a trovare il gradimento di dottrina e giurisprudenza è tutt'ora attuale¹⁶⁶.

L'incidenza dell'interesse contabile sulla disciplina delle obbligazioni ha dato inoltre vita a una nuova lettura del concetto di certezza del diritto, non più inteso come affidamento riposto dal privato nella disponibilità di somme dovute, ma come supremo canone di controllo dei conti pubblici e della stabilità dei flussi finanziari¹⁶⁷. Ciò è vero nonostante la normativa contabile non avesse di per sé lo scopo di contrapporre le obbligazioni private a quelle pubbliche, né prevedesse alcuna norma abilitante le amministrazioni ad agire in deroga al codice civile. Norme di tal genere sono state introdotte solo più avanti dal legislatore, seppur già in parte anticipate dalla giurisprudenza, quest'ultima gravata da un pregiudizio ideologico¹⁶⁸. Al contrario, la normativa contabile prevede una disciplina strumentale all'adempimento, che dovrebbe consentire all'amministrazione di adempiere tempestivamente, in modo esatto e puntuale¹⁶⁹.

Anche il patto di stabilità ha fornito una delle ragioni che hanno ostacolato gli ordinari pagamenti da parte della p.a. I parametri da rispettare che esso ha posto nei confronti degli enti pubblici hanno infatti costituito un limite per i pagamenti, che non hanno tuttavia tenuto conto degli impegni contrattuali già assunti¹⁷⁰.

7. L'INCERTA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E IL RUOLO DEI «MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE».

Con riguardo alla posizione assunta dalla Corte costituzionale sul fenomeno in esame non si registra una netta presa di posizione avversa alla costruzione della specialità oltre il dato positivo. Già le pronunce che di tanto in tanto hanno dichiarato

¹⁶⁶ Sul punto v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, pp. 679-681. Cfr. *supra*, cap. I, par. 6.3.

¹⁶⁷ V. ancora S. LUCATTINI, *Lo Stato debitore*, cit.

¹⁶⁸ Così G. DELLA CANANEA, *Lo Stato debitore e il diritto europeo*, cit. Cfr. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 42, secondo cui la nascita dei privilegi delle p.a. è un fenomeno intimamente connesso all'evoluzione della legislazione contabile e della relativa scienza.

¹⁶⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 8 giugno 1985 n. 3451.

¹⁷⁰ B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, cit.

l'incostituzionalità delle norme di «diritto privato speciale» si sono limitate ad affermazioni riguardanti i singoli casi considerati, nei quali l'irragionevolezza dei privilegi posti a favore delle amministrazioni risultava palese e, soprattutto, non giustificata da interessi pubblici. Oltre ad omettere affermazioni di principio, la Corte sembra così contemplare l'interesse pubblico quale fattore potenzialmente sempre giustificante una disciplina speciale, con disequilibrio del rapporto a beneficio del soggetto pubblico.

La sentenza n. 204 del 2004, con la quale la Corte costituzionale ha escluso che l'art. 103 Cost. abbia conferito «al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare “particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi», ha considerato illegittima la devoluzione delle controversie sui servizi pubblici alla giurisdizione amministrativa per il solo fatto che l'attività amministrativa sia sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo, anche quand'essa si concretizzi in comportamenti o nella gestione di rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato.

Ciò ha fermato il meccanismo di costruzione della specialità amministrativa avallato dalla Adunanza Plenaria n. 1 del 2000, che aveva considerato ragionevole la scelta del legislatore di devolvere codeste controversie alla giurisdizione esclusiva del g.a., adottando una pervasiva concezione di servizio pubblico che finiva per inglobare ogni attività svolta dai soggetti pubblici e privati in quanto gestori di servizi pubblici. Il rilievo degli interessi pubblici coinvolti faceva sempre emergere, secondo il Supremo Consesso, la specialità dei rapporti giuridici di cui è parte la p.a., con conseguente applicazione nei suoi riguardi di un diritto speciale al di là dell'area prettamente autoritativa che connota l'attività amministrativa¹⁷¹. In quell'occasione l'Adunanza Plenaria aveva infatti precisato che «il legislatore delegato, consapevole della stretta connessione tra le regole di diritto comune e quelle che regolano l'azione

¹⁷¹ V. al riguardo N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, cit., pp. 704 ss.; F. FRACCHIA, *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, cit., p. 379; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla «specialità amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia»*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 225 ss.

dell'amministrazione, ha quindi ritenuto di devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie sui diritti di credito».

Tuttavia, l'intervento della Corte costituzionale è avvenuto in ragione dell'esigenza di fermare il tentativo del giudice amministrativo di ampliare la sfera di giurisdizione ad esso riservata. In caso contrario, infatti, il rischio sarebbe stato quello di trasformare la giurisdizione amministrativa in una giurisdizione *della* pubblica amministrazione, da preferire ogni qualvolta una p.a. fosse parte di un giudizio. Per evitare ciò si è escluso che la presenza di un interesse pubblico, che necessariamente ricorre ogni qual volta una p.a. sia coinvolta in un rapporto, giustifichi per ciò solo l'applicazione del diritto speciale e possa per sua natura fondare la giurisdizione del giudice amministrativo.

La Corte costituzionale non si è però spinta sino a censurare il meccanismo di costruzione della specialità di per sé considerato, a prescindere dall'incidenza che esso possa avere sul riparto di giurisdizione. In particolare, non sembra aver affermato a chiare lettere che la natura paritaria del rapporto privatistico tra p.a. e cittadino dovrebbe escludere l'applicazione delle norme e dei principi amministrativi, facendo solamente salve le espresse previsioni normative e derogatorie di «diritto privato speciale». Una più netta posizione, che non sembra rinvenibile neppure in altre sentenze che hanno dichiarato l'incostituzionalità di talune norme derogatorie, avrebbe senz'altro favorito un'applicazione tassativa e di stretta interpretazione delle norme di «diritto privato speciale», scongiurando per il futuro ragionamenti simili a quelli espressamente fatti propri dall'Adunanza Plenaria e ulteriormente rinvenibili nella giurisprudenza esaminata. Ciò avrebbe assicurato la piena applicazione del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. e di quello di ragionevolezza, desunto dall'art. 3 Cost., oltre che una piena adesione ai valori condivisi dal diritto europeo¹⁷².

La ragione del timido atteggiamento mostrato dalla Consulta sull'argomento è forse dovuta alla difficoltà di rinvenire nella Costituzione i motivi di illegittimità costituzionale delle norme di «diritto privato speciale», in quanto il testo costituzionale

¹⁷² Sulle ricadute del diritto europeo in materia di pagamenti della p.a. v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.; M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 159 ss.

risale, secondo la migliore dottrina, «a quella impostazione per cui il diritto pubblico reca privilegi per i soggetti pubblici ed è quindi difficile, fuori di alcuni limitati casi, invocare una normativa costituzionale contro i privilegi»¹⁷³. Ai fini dell'attuazione dell'interesse pubblico essa consentirebbe situazioni di privilegio dei soggetti pubblici, seppure nel rispetto dei principi del buon andamento e di ragionevolezza, oltre che di legalità¹⁷⁴.

Una corretta lettura evolutiva delle norme costituzionali espressioni di tali principi conduce però a risultati ben diversi: esse non possono più essere lette in termini di esaltazione dei soli interessi della p.a., ma devono essere piegate alla moderna concezione ideologica volta ad esaltare l'anima garantista del diritto amministrativo. Legalità, ragionevolezza, buon andamento divengono così canoni dell'azione amministrativa da leggere nell'ottica del necessario incremento delle garanzie da riservare al cittadino che entri in rapporto con la p.a.

Se è vero che i principi costituzionali ed europei non impongono direttamente l'applicazione di una medesima disciplina alle obbligazioni delle pubbliche amministrazioni, lo specifico regime dettato dal legislatore europeo nell'ambito della normativa contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali esclude il fondamento dei privilegi, considerati come incidenti negativamente sull'economia di mercato. Inoltre, i principi costituzionali ed europei, primi tra tutti quelli di ragionevolezza e di proporzionalità, oltre che il principio di effettività della tutela giurisdizionale che impone di assicurare in maniera efficace la tutela dei diritti, costituiscono il limite entro il quale possono trovare giustificazione gli stessi privilegi della p.a. Tali principi si muovono chiaramente verso il declino della concezione autoritativa del diritto amministrativo e verso l'esaltazione dell'anima garantista del medesimo diritto. Potere e privilegio non possono infatti più confondersi¹⁷⁵.

¹⁷³ Così S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, cit., p. 333. Costituzione che, secondo lo stesso A., «passa sugli apparati amministrativi senza toccarli», cfr. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, p. 58.

¹⁷⁴ Cfr. M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., p. 157.

¹⁷⁵ Così M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, cit., pp. 303 ss. Sull'impossibilità di far prevalere automaticamente le esigenze di equilibrio di bilancio sull'attuazione dei diritti stabiliti in Costituzione v. D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 212, secondo cui «con l'equilibrio finanziario non siamo di fronte ad un valore, ma ad un criterio di regolazione che si pone (...) su un piano diverso rispetto ai diritti sociali: un piano che bisogna ritenere recessivo rispetto a questi ultimi, ove si

Per tale ragione non può che criticarsi l'attenzione che la Corte costituzionale continua a riservare agli interessi alla stabilità finanziaria e alla funzionalità degli enti pubblici, tutt'oggi considerati preminenti rispetto ai principi appena richiamati. Essi alimentano la specialità e impediscono l'attuazione di un diritto delle pubbliche amministrazioni pienamente garantista, che tenga debitamente conto dell'affidamento riposto dai privati sulla paritarietà del rapporto privatistico intrapreso con una p.a.

In particolare, il problema qui messo in luce è sistemico. La singola norma in sé può apparire spesso ragionevole, ma dal punto di vista sistemico si rivela letale. Infatti, in molti dei casi esaminati è possibile rinvenire un interesse pubblico che rende apparentemente ragionevole e proporzionata la deroga al diritto privato posta a favore dell'amministrazione. Si tratta tuttavia di un interesse pubblico puntuale e puntiforme, quale quello sotteso al risparmio delle risorse finanziarie, che non considera l'interesse generale dell'ordinamento¹⁷⁶, messo in luce dagli effetti sistemici della deriva della specialità che le norme di «diritto privato speciale» generano su di esso. La considerazione dell'interesse generale configura la fisiologia. Quella dell'interesse particolare la patologia.

Si è visto infatti che la giurisprudenza tende a costruire un diritto speciale a vantaggio delle pubbliche amministrazioni traendo spunto dalle disposizioni di diritto positivo considerate e ravvisando costantemente la necessaria prevalenza di un interesse pubblico. Anche quando le norme di «diritto privato speciale» non conducono alla specialità sottesa al tradizionale diritto amministrativo esse configurano un regime di privilegio riservato ai soggetti pubblici che tende ad autoalimentarsi¹⁷⁷.

La dottrina suole distinguere l'interesse pubblico astratto dall'interesse pubblico concreto: il primo è individuato dalla norma e si identifica con la volontà generale, dovrebbe essere universale e viene perciò anche detto «interesse generale»; il secondo, anche detto «interesse amministrativo», è l'interesse di uno solo dei soggetti

ritenga di attribuire alla persona umana un valore dotato di pregnanza diversa, prioritaria, che costituisce una delle caratteristiche imprescindibili di ogni ordinamento costituzionale *democratico e sociale*».

¹⁷⁶ Sulla distinzione tra interesse pubblico amministrativo e interesse generale v. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, pp. 797 ss.

¹⁷⁷ V. al riguardo N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 134 ss.; ID., *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit.

dell'ordinamento generale, che si oggettivizza e deve essere accertato nel procedimento all'esito dell'istruttoria, non essendo più identificabile in base all'antica idea del predominio del potere o dell'interesse soggettivo della pubblica amministrazione¹⁷⁸.

A tal proposito viene in rilievo la nozione eurocomunitaria dei «motivi imperativi di interesse generale», utilizzata dalla direttiva 2006/123/CE sui «Servizi nel mercato interno», c.d. Direttiva Bolkestein, quali motivi che eccezionalmente consentono di limitare la libertà d'impresa, sempre che ciò sia conforme ai canoni europei di necessità, proporzionalità, effettività e adeguatezza, in quanto espressioni di interessi pubblici meritevoli di protezione anche in deroga alle regole del mercato. Si tratta di una nozione aperta il cui contenuto può essere individuato da parte degli Stati membri, nel rispetto dei suddetti criteri, in quanto il Considerando 40 della direttiva citata pone un'elencazione non tassativa degli interessi considerati desunta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷⁹. Similmente, l'art. 121 del c.p.a. consente al giudice di mantenere l'efficacia del contratto concluso in seguito ad un'aggiudicazione annullata giurisdizionalmente in quanto affetta da gravi violazioni solo ove venga accertato che ciò sia imposto da «esigenze imperative connesse ad un interesse generale».

Tale nozione dovrebbe essere utilizzata al fine di vagliare l'eccezionale legittimità della normativa derogatoria in esame, piuttosto che confrontare quest'ultima con una selezione e ponderazione di interessi pubblici generici. Per giustificare norme di tal genere si dovrebbe infatti ravvisare la sussistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità¹⁸⁰. Solo quest'ultimo, in grado di tenere debitamente in

¹⁷⁸ V. ancora al riguardo A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit.; V.R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *Annuario AIPDA 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, 2012, p. 280; G. IUDICA, *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro Amm. (II)*, 6, 1 giugno 2020, pp. 1313 ss.; per dottrina risalente sulla distinzione tra interesse generale e interesse pubblico specifico cfr. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, pp. 301 ss.; E. CANNADABARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Del dir. XXII*, Milano, 1972, pp. 7 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 122.

¹⁷⁹ Sul tema si veda più diffusamente N. LONGOBARDI, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in (a cura di) N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, pp. 133 ss.; ID., *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2013, pp. 603 ss.

¹⁸⁰ È questa la nozione con cui l'art. 32, comma 4 del D.L. 201 del 2011 (c.d. Salva Italia) ha cercato di dare contenuto alla nozione comunitaria in esame.

considerazione tutti gli interessi che potrebbero essere incisi o, al contrario, favoriti dalla specialità amministrativa in esame, potrebbe giustificare norme come quelle considerate e una giurisprudenza incline ad ammettere deroghe a favore delle amministrazioni pubbliche, nella medesima logica di stretta necessità che orienta il legislatore nei due esempi citati. In tal modo, infatti, le deroghe a favore dell'amministrazione si trasformerebbero in un *favor* per la generalità dei consociati, in quanto rispondenti all'interesse dell'ordinamento considerato nel suo insieme. A tal fine non basta, al contrario, un interesse pubblico concreto e puntuale, in quanto la tutela di quest'ultimo, se considerato in maniera circoscritta, potrebbe pregiudicare l'ordinamento generale.

Il legislatore dovrebbe pertanto scrutinare attentamente la proporzionalità delle disposizioni di «diritto privato speciale» che intende introdurre affinché le eventuali restrizioni alla disciplina di diritto comune operanti in favore delle amministrazioni siano giustificate da «esigenze imperative di interesse generale» e proporzionate alla tutela di siffatti interessi, assicurando al contempo una costante tutela delle garanzie dei cittadini. Come il diritto europeo, anche l'ordinamento nazionale dovrebbe tener conto del sistema nel suo complesso, prendendo in considerazione una dimensione più ampia possibile dell'interesse pubblico, che assicuri una coerenza sistematica del nostro ordinamento. Se ciò è già consentito nelle materie dei servizi e dei contratti, non si vede perché la medesima strada non sia percorribile con riguardo al «diritto privato speciale», che abbraccia trasversalmente tutti i settori in cui operano i soggetti pubblici.

A tal proposito occorre precisare che tra i «motivi imperativi di interesse generale» l'ordinamento europeo include la garanzia dell'equità delle transazioni commerciali e la tutela dei creditori. Si tratta dunque di valori da preservare anche a costo di ammettere eccezionali deroghe alle libertà tutelate dai trattati europei, che non possono essere a loro volta sacrificati se non in forza di altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» reputati prevalenti in sede di bilanciamento, pena la paventata incoerenza del sistema, da scongiurare ad ogni costo. «Motivi di natura meramente economica o ragioni puramente amministrative», al contrario, «non costituiscono motivi imperativi di interesse generale» che giustificano una restrizione alle citate libertà tutelate dai trattati europei,

quali l'accesso alle professioni regolamentate o al loro esercizio ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2018/958/UE¹⁸¹.

Allo stesso modo, l'art. 121 c.p.a. sancisce che «Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate [...]. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». Ancora una volta, non sembra che le esigenze finanziarie della p.a. rientrino nelle «esigenze imperative» legittimanti deroghe alla disciplina nazionale di derivazione comunitaria. Infine, tra i «motivi imperativi di interesse generale» rientrano, secondo la Corte di Giustizia dell'UE¹⁸², l'esigenza di assicurare la certezza del diritto e l'affidamento del privato, che devono pertanto essere costantemente tenuti in considerazione da parte del legislatore nazionale nel derogare alle regole comuni tramite le norme di «diritto privato speciale», primo tra tutti nel campo delle obbligazioni della p.a.

Il tema dei «motivi imperativi di interesse generale» sarà ripreso più avanti, nel tentativo di trarre conclusioni innovative dall'indagine svolta tramite l'esame della normativa di «diritto privato speciale». In particolare, si cercherà di dimostrare che i suddetti motivi dovrebbero essere utilizzati dal legislatore, dalla giurisprudenza e dalla dottrina quale criterio per vagliare la legittimità delle norme di «diritto privato speciale», giustificabili solo in forza di una visione sistemica che quei motivi consentono e non anche in ragione di un interesse pubblico puntiforme dell'amministrazione che viene in rilievo nel caso concreto.

¹⁸¹ Sul tema v. E. BERGAMINI, *Libere professioni, servizi e concorrenza. Norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *Dir. del Comm. Int.*, 1, 1 marzo 2019, pp. 14 ss. Incluso nei «motivi imperativi di interesse generale» è invece il «mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale».

¹⁸² Corte di Giust. UE, 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15, su cui v. C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016, spec. pp. 24-25.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LA SPECIALITÀ DI ESSA

SOMMARIO: 1. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 2. LE RAGIONI DELL'IMMUNITÀ DA RESPONSABILITÀ E QUELLE DEL SUO TRAMONTO. 3. L'ELEMENTO SOGGETTIVO. 4. IL CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO. 5. IL MODELLO DELLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. 6. LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO TRA *CHANCE* E PRESUNZIONI. 7. IL TERMINE DI DECADENZA DELL'AZIONE RISARCITORIA. 8. I VIZI FORMALI E PROCEDIMENTALI. 9. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. 10. LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. NELLE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA O AGGRAVATA: A) LA RESPONSABILITÀ DA COSE IN CUSTODIA. 10.1. B) LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ PERICOLOSA. 10.2. C) LA RESPONSABILITÀ PER L'ILLECITO DEL DIPENDENTE. 11. LE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DELLA P.A. 12. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUI TRATTI SPECIALI DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

1. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Il tema del risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione pone il problema di verificare se possa dirsi ancora attuale l'immagine fornita dalla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che aveva raffigurato l'amministrazione come «un'isola di immunità e privilegi che mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia». La pronuncia, superando il dogma dell'irrisarcibilità dei danni derivati al cittadino dalla lesione di un interesse legittimo cagionata dalla pubblica amministrazione, ha scardinato un importante privilegio dell'amministrazione e ha segnato uno storico momento nel cammino verso l'equiparazione tra amministrazione e cittadini sul piano della responsabilità, invertendo in parte il rapporto regola – eccezione che vigeva tra immunità e responsabilità dello Stato. Abbattendo il «muro granitico» dell'irresponsabilità della p.a.¹, si è infatti ridotta la differenziazione delle situazioni soggettive ed è caduto un simbolo storico della specialità².

¹ Per tale espressione v. A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in (a cura di) M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 199.

² Ciò anche grazie alla capacità delle clausole generali di diritto comune di penetrare negli antichi baluardi dei privilegi insiti nella specialità, cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari,

Tuttavia, la dialettica tra il diritto comune e il diritto speciale costituisce ancora un importante nodo da sciogliere³, nodo che nella materia in questione non poggia tanto su norme scritte di «diritto privato speciale», diversamente da quello che era l'auspicio di Mantellini⁴, quanto prevalentemente sul formante giurisprudenziale⁵. Il nostro ordinamento giuridico, infatti, non ha mai predisposto una disciplina autonoma della responsabilità civile della p.a., ma ha visto progressivamente estendere a quest'ultima

2001, pp. 519-520. Sul ruolo dei principi di diritto comune nell'attività amministrativa v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in (a cura di) M. D'ALBERTI, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 67 ss.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018.

³ Sul tema v. M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, pp. 145 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione d'interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, p. 18, che afferma la specialità del modello della responsabilità della p.a. rispetto al modello generale del codice civile. Secondo F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss., inizialmente l'area della responsabilità coincideva con l'ambito dell'attività materiale non preceduta da atti e/o provvedimenti. Al riguardo D. D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in (a cura di) F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, p. 721 afferma: «In Italia, come in altri paesi, ai pubblici poteri è stata a lungo riservata, sul piano della responsabilità civile, una posizione di immunità». V. anche A. POLICE, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, in *Il principio di responsabilità*, Milano, 2012, pp. 195 ss.; F. SATTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, 1988; E. CASSETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. Pubbl.*, 1997; ID., *L'illecito negli enti pubblici*, Torino, 1953.

⁴ G. MANTELLINI, *Lo Stato ed il Codice Civile*, Firenze, 1879, p. 13. Sulle regole speciali che governano la responsabilità della p.a. in Francia si ricorda il noto «*arrêt Blanco*» del 1873 del *Tribunal des conflits*, secondo cui: «la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les divers services publics n'est pas régie par les principes établis, dans les art. 1382 et suivant C. civ., pour les rapports de particulier à particulier. Cette responsabilité, qui n'est ni générale ni absolue, a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. C'est, des lors, à l'autorité administrative, et non aux tribunaux ordinaires, qu'il appartient de l'apprécier».

⁵ B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, pp. 499 ss., che sottolinea in tal senso il ruolo fondamentale ricoperto tanto dai giudici di *common law*, quanto dal *Conseil d'Etat* e dalla Corte di cassazione. L'A. evidenzia anche il ruolo centrale ricoperto dalla Corte di Giustizia con riguardo alla costruzione della responsabilità delle Istituzioni comunitarie e degli Stati membri. v. Corte di Giust. UE, *Brasserie du Pêcheur*, C-46 e C-48/93, 5 marzo 1996, ove si legge che «in un gran numero di sistemi giuridici nazionali, il regime giuridico della responsabilità dello Stato è stato elaborato in modo determinante per via giurisprudenziale». A prescindere dalla disciplina speciale o di diritto comune applicabile, secondo l'A. «il regime di responsabilità della p.a. si distanzia da quello proprio dei soggetti privati. Quando la disciplina è speciale, tale divergenza è evidente e dichiarata; ma anche quando la disciplina appare quella comune, come nel caso della disciplina dei *torts* inglesi, le peculiari caratteristiche del potere pubblico rendono le *action in torts* diversamente *suitable* nei confronti delle autorità amministrative, vuoi perché questioni di *policy* ne rendono insindacabili *in torts* le decisioni, vuoi perché le Corti tendono ad escludere la proponibilità di azioni di danni ogni volta che il cittadino può contare su altri rimedi, compensatori o impugnatori, di diritto pubblico. Guardando al sistema inglese, si può anzi ricavarne l'impressione che proprio laddove la disciplina è privatistica le probabilità che l'amministrazione risponda nell'ambito di un'azione di danni appare più limitata».

l'applicazione della disciplina civilistica, inizialmente esclusa in ragione di una presunta immunità da responsabilità della p.a.

Orbene, a tale *vis* espansiva la giurisprudenza ha contrapposto una spinta di segno opposto, volta ad introdurre dei temperamenti rispetto al regime di diritto comune e a modularne l'applicazione in funzione delle caratteristiche del soggetto agente, disegnando così una «rete di contenimento» della responsabilità dell'amministrazione⁶. Nelle sentenze in questione è possibile ravvisare l'anima legata all'*imperium* del diritto amministrativo, interpretata da una giurisprudenza incline a ridurre le garanzie dei cittadini e a favorire le amministrazioni mediante l'elaborazione di uno speciale regime di responsabilità della p.a.⁷.

Non può negarsi che tutti gli ordinamenti contemporanei stiano percorrendo un cammino verso il superamento del dogma dell'immunità amministrativa in materia di illecito civile⁸. Parimenti, però, non può dubitarsi che persistano profonde divergenze tra il regime giuridico che governa la responsabilità delle amministrazioni e quello dei privati. Tali divergenze riguardano tanto la responsabilità per i danni derivanti da comportamenti materiali o da atti di diritto privato, quanto la responsabilità derivante dall'esercizio di funzioni amministrative, rispetto alla quale l'«età della responsabilità» è giunta solamente con la sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999 appena ricordata⁹.

⁶ L'immagine è evocata da F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, già in *Danno e responsabilità*, 1997, pp. 272 ss., ora ripubblicato in F.D. BUSNELLI, S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003, pp. 173 ss.

⁷ V. in tal senso N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 37, 71 ss. e 141 ss. La tendenza del giudice amministrativo a tutelare l'interesse pubblico a discapito delle istanze risarcitorie dei cittadini viene in parte ammessa dal Presidente del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2007, ove viene sottolineato il dilemma in questione rilevando che maggiori accoglimenti delle richieste dei ricorrenti (in questo caso, di misure cautelari) avrebbe assicurato meno opere pubbliche, meno tutela dell'ambiente ecc. in favore della collettività; al riguardo v. M. MICHELETTI, *Brevi note sull'irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico*, Nota a Consiglio di Stato, 31 marzo 2009, n.1917, sez. IV, in *Foro amm.* CDS, 11, 2009, pp. 2550 ss., che parla di una scelta valoriale del g.a. che finisce per menomare eccessivamente la posizione del soggetto illegittimamente inciso e che rischia di essere neutralizzata prima o poi da un'istanza sovranazionale.

⁸ Per una panoramica europea dell'argomento v. B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, cit.; G. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2002, pp. 803 ss.; A. LAZARI, *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento? Profili comparatistici della responsabilità oggettiva dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 1998, pp. 315 ss.

⁹ R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201.

2. LE RAGIONI DELL'IMMUNITÀ DA RESPONSABILITÀ E QUELLE DEL SUO TRAMONTO.

Le ragioni tradizionalmente invocate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per escludere o limitare la responsabilità civile della pubblica amministrazione, riservando ad essa evidenti spazi di privilegio, si legano alla matrice ideologica autoritativa.

In primis, in passato si valorizzava l'insindacabilità della discrezionalità amministrativa da parte del giudice, paventando il rischio che questi si sostituisse all'amministrazione nel riconoscere il bene della vita eventualmente negato al cittadino¹⁰. Il fondamento di tale argomentazione veniva rinvenuto nel divieto posto in capo al giudice ordinario dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo di ingerirsi nell'attività amministrativa, che altro non disponeva se non il principio di irresponsabilità delle amministrazioni¹¹. Il divieto poggia ancora oggi sul modo di intendere il principio di separazione dei poteri secondo la concezione tradizionale della specialità amministrativa, volta a marginalizzare il ruolo del potere giudiziario. Alla base di tale concezione vi è l'idea secondo cui l'apparato amministrativo e l'apparato giurisdizionale non si possono toccare, in quanto la «libertà» dell'amministrazione, ovvero sia la sua discrezionalità, viene intesa come sottrazione al sindacato giurisdizionale¹².

Al contrario, la discrezionalità dell'amministrazione deve oggi essere intesa alla luce del principio di legalità, che impone che il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico sia sottoposto al costante controllo giurisdizionale. Tale controllo deve consentire al giudice di svolgere il compito cui è istituzionalmente preposto, quello cioè di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva come ribadito dall'art. 1 c.p.a. A tal fine devono essere superate le residue immunità dalla giurisdizione riservate alla p.a. in nome della discrezionalità amministrativa. Quest'ultima è infatti chiamata ad esaurirsi con l'esercizio del potere, il che avviene fisiologicamente nel procedimento amministrativo,

¹⁰ Per tale posizione v. di recente Cons. St., Sez. IV, n. 248/2008.

¹¹ Così A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, cit., p. 200.

¹² V. al riguardo N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm., Quaderni*, 30, I, 2018, pp. 181 ss.; ID., *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino, 1999, pp. 28 ss. Secondo l'A. il problema della discrezionalità amministrativa risiede nel corredo di specialità amministrativa che la accompagna, il quale è formato dal principio di inesauribilità del potere e dal modo di intendere il principio di separazione dei poteri che marginalizza la giurisdizione.

patologicamente nel processo. All'esito di quest'ultimo il giudice può sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione, ove ciò sia necessario per assicurare l'effettività della tutela del ricorrente, pronunciandosi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio ai sensi degli artt. 34, c. 1, lett. c) e 31, c. 3 e disponendo le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. e), giacché nel nostro ordinamento costituzionale non è rinvenibile una riserva in favore dell'amministrazione dopo l'esaurimento della discrezionalità amministrativa¹³.

In secondo luogo, un argomento ricorrente nella manualistica e nelle sentenze del secolo scorso faceva leva sulla presunzione di legittimità degli atti della p.a. e di correttezza del suo comportamento, oltre che sulla imparzialità amministrativa, che portavano ad escludere la configurabilità di un illecito produttivo di danni ingiusti risarcibili. Le amministrazioni non potevano considerarsi ad esempio responsabili di abusi negoziali, in quanto il loro operato era sempre «ispirato a finalità di interesse generale e perciò ad imparzialità e giustizia»¹⁴. Lo Stato, costituito a scopo di interesse pubblico, non poteva non operare nell'interesse di tutti. Il principio di buona fede, in particolare, non era applicabile alla pubblica amministrazione: quest'ultima era considerata «baluardo della correttezza» e dell'imparzialità, ciò che avrebbe reso inutile l'applicazione del suddetto precetto¹⁵.

Inoltre, si affermava che il danno arrecato al privato fosse sempre compensato dai benefici che istituzionalmente e per definizione la p.a. gli arrecava. Maggiore era la gravità dell'interesse pubblico da soddisfare, maggiore era l'immunità riconosciuta allo Stato in quel settore¹⁶.

Tali argomenti paiono essere stati in gran parte superati dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente, in quanto palesemente contrastanti con i valori

¹³ V. diffusamente N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

¹⁴ Cass. civ., 23 luglio 1969, n. 2766.

¹⁵ In questi termini C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, p. 56. Sul superamento della tesi in esame e sull'applicabilità dell'art. 1337 cod. civ. alla pubblica amministrazione v. Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 1977, n. 93; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 561.

¹⁶ In tal senso erano orientate la letteratura e la giurisprudenza francese, per le quali si vedano le indicazioni bibliografiche in M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., p. 173.

dell'ordinamento giuridico attuale e dello Stato di diritto. Non così per gli argomenti che fanno leva sulle preoccupazioni di non indurre i funzionari ad adottare decisioni «difensive» per non rischiare di incorrere in responsabilità, il che potrebbe celare un invisibile trasferimento dei costi delle scelte amministrative sui cittadini, né per quelli facenti leva sulle esigenze di finanza pubblica, ricorrentemente invocate come valore costituzionalmente protetto da bilanciare con il principio dell'integrale risarcimento del danno¹⁷. Di «rete di protezione che non carichi la pubblica amministrazione di oneri economici eccessivi» parla spesso la dottrina al fine di giustificare una lettura restrittiva dell'istituto della responsabilità civile della p.a.¹⁸

Il fondamento costituzionale di siffatto bilanciamento viene riscontrato nel patto sociale di cui agli artt. 2, 3 e 53 Cost., desunto dal dovere costituzionale di concorrere alle spese pubbliche, in nome del quale le risorse fiscali devono essere utilizzate per erogare servizi pubblici essenziali, attuare i diritti sociali, ridurre le diseguaglianze più marcate, garantire l'equità intergenerazionale, oltre che nei vincoli europei e costituzionali di cui agli artt. 81, 97 e 119 Cost., volti a garantire la sostenibilità del debito e la stabilità finanziaria¹⁹.

¹⁷ D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comparando*, in (a cura di) G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, pp. 240, 247. Già F. SATTA, *Responsabilità della PA*, voce dell'Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, p. 1381, asseriva che il riconoscimento della responsabilità civile della PA avrebbe comportato un flusso di danni e quindi di costi non addebitabili alle casse dello Stato, oltre che un controllo di natura sociale, tradotto in termini giudiziari, dell'azione amministrativa, che avrebbe travolto la ripartizione tradizionale dei poteri pubblici. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15, che ha ammesso la possibilità di escludere o mitigare la condanna al pagamento delle *astreintes* «proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico — con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempimento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici»; Corte cost., 19 aprile 1972, n. 67, con nota di S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 331 ss., che ha rinvenuto la legittimità del fermo amministrativo, escludendone la configurazione quale «irrazionale privilegio», in considerazione della sua funzione di «strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato» e rilevando come «speciali norme di legge» possano consentire l'esercizio dell'autotutela «anche in rapporti di diritto privato».

¹⁸ R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *Nel diritto.it*, 2009, pp. 1338 ss. V. in senso critico N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 141 ss.

¹⁹ V. F. TIRIO, *Responsabilità civile della p.a. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, pp. 493 ss., che richiama il bilanciamento del principio di integrale riparazione del danno con la sostenibilità finanziaria affermato da Corte cost., 8 maggio 1998, n. 165.

La preoccupazione che si legge in numerose sentenze è quella di evitare che il risarcimento del singolo scarichi impropriamente sulla collettività in generale e sulla finanza pubblica in particolare situazioni pregiudizievoli evitabili con l'esercizio della normale diligenza²⁰, con un duplice danno per la collettività cagionato da un'azione amministrativa scorretta ormai acquisita e da una sia pure parziale duplicazione dei relativi oneri²¹. Non si vogliono far gravare sulla generalità dei cittadini incolpevoli le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal comportamento tenuto dall'amministrazione, con evidente sacrificio del cittadino danneggiato dall'azione amministrativa parimenti incolpevole. Per tali ragioni la giurisprudenza tende a privilegiare la tutela in forma specifica o le pronunce di condanna all'adozione del provvedimento favorevole richiesto e illegittimamente negato dall'amministrazione, in spregio della tutela risarcitoria per equivalente, come dimostrato dall'esiguo numero di condanne al risarcimento del danno pronunciate dal giudice amministrativo²².

Già in passato Nigro aveva rilevato la costante preoccupazione del Consiglio di Stato di salvaguardare l'efficacia dell'azione amministrativa. A tal proposito, l'autore osservava come il giudice amministrativo, di fronte ad un contrasto tra i diritti dell'amministrato e gli interessi dell'amministrazione, non dà sempre e comunque prevalenza a questi ultimi, ma ciò avviene quando la bilancia tra le due posizioni è in bilico: è in tal caso che il Consiglio di Stato «entra in campo a determinare la vittoria dell'esigenza di continuità e di efficacia dell'azione amministrativa», ad esempio interpretando la legge in modo conforme all'interesse dell'amministrazione²³. Al contrario, apprezzabile è il tentativo di contenere le azioni di responsabilità civile nei confronti della pubblica amministrazione, da non incentivare *tout court*, ai casi in cui siano effettivamente cagionati danni ingiusti²⁴.

È stato correttamente osservato che il problema della scarsità delle risorse pubbliche, anziché imperniato su un modello di rapporti tra Stato e cittadini

²⁰ *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291; Cons. St., sez. IV, n. 1436 del 2016.

²¹ Tar Campania, sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603.

²² H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2013, pp. 731 ss.

²³ Così M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, pp. 1080-1081.

²⁴ A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, cit., p. 212.

assolutamente anacronistico, dovrebbe essere risolto dal legislatore, piuttosto che dal giudice in sede processuale, non potendo in alcun modo il vincolo di bilancio «consentire operazioni che vadano a detrimento della tutela giurisdizionale o che compongano un quadro di gerarchie tra le azioni esperibili»²⁵. Peraltro, non sempre risulta percorribile la strada dell'annullamento del provvedimento lesivo²⁶. La soluzione contraria delineaerebbe un'ingiusta impunità della p.a., che non risponderebbe di un danno da essa prodotto²⁷.

Già Meucci era giunto a contestare che le ragioni del contenimento della spesa pubblica potessero giustificare l'esclusione della responsabilità dello Stato, ritenendo a ciò necessario il ricorrere di uno *jus singulare* espressamente previsto dal legislatore²⁸.

Alberto Romano ha osservato che i danni causati dall'amministrazione «ricadono sempre sui cittadini; quel che è in gioco è quali siano i cittadini che ne risentano», se cioè essi debbano gravare «esclusivamente sui cittadini ... colpiti dall'atto amministrativo illegittimo» o se invece non debba procedersi ad una «socializzazione ... del rischio da illegittimità amministrativa», da far gravare su ciascun contribuente per il tramite della finanza pubblica²⁹. La seconda soluzione prospettata, condivisa anche da Nigro³⁰, è stata dall'autore sostenuta invocando i principi di uguaglianza e di solidarietà, che impongono la necessaria partecipazione alle spese pubbliche secondo il principio di capacità

²⁵ A. ZITO, *Il danno da esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p. 15. In tal senso anche A. TRAVI, *Il limite della copertura finanziaria, Relazione al Convegno organizzato dall'AIPDA (Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo) sul tema Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Napoli, 7-8 ottobre 2004, il quale sottolinea come non sia individuabile nel nostro ordinamento una correlazione tra disponibilità delle risorse e modalità di svolgimento delle funzioni.

²⁶ Sui rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria e sulla residualità, ma al contempo essenzialità, di quest'ultima, sia consentito rinviare a C. DE NICOLA, *Fungibilità della tutela costitutiva e risarcitoria al vaglio del principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2021, pp. 235 ss.

²⁷ Così M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, pp. 105 ss.

²⁸ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Roma, 1879, p. 288. Al riguardo v. il recente studio di E. FOLLIERI, *Rilettura di Lorenzo Meucci*, Milano, 2020, pp. 91. Secondo Meucci dire che «la responsabilità dello Stato si riduce alla responsabilità dei cittadini verso se medesimi», vorrebbe dire ricadere nell'errore logico di ritenere che l'interesse pubblico di fronte allo Stato non sia proprio dello Stato medesimo. «L'interesse pubblico è il fine proprio dello Stato, come l'interesse mio privato è il mio fine», pertanto non si può «esimere lo Stato da quella responsabilità che ogni altra persona incontra quando dà altrui un incarico per un interesse suo proprio», cfr. pp. 326-327.

²⁹ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 289.

³⁰ M. NIGRO, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, pp. 1675 ss., che, ipotizzando di escludere o minimizzare il requisito della colpa dell'amministrazione nel risarcimento degli interessi legittimi, parla di socializzazione del rischio mediante forme di indennizzo simili a quelle di un indennizzo per atti legittimi, tali da rendere l'illegittimità un evento «legittimo», di cui l'ordinamento accetta l'inevitabile presenza.

contributiva ex art. 53 Cost., e in ragione del fatto che la collettività che beneficia dell'attività amministrativa posta in essere nel suo interesse è tenuta a sopportarne i costi. Essa dovrebbe pertanto sempre sollevare i cittadini dal danno individualmente patito. Tuttavia, la giurisprudenza e la prevalente dottrina non hanno accolto il criterio della «socializzazione del rischio», rimanendo ancorati a clausole generali di responsabilità per colpa e ad ipotesi tipiche di responsabilità oggettiva, come tali non suscettibili di interpretazione analogica³¹.

A ciò si aggiunga la difficoltà di adattare l'istituto della responsabilità civile ad attività complesse e aventi struttura multidimensionale quali quelle amministrative, rispetto alle quali si pone il problema di identificare la ricorrenza dell'elemento soggettivo, l'accertamento e la quantificazione del danno effettivamente risarcibile.

Può dirsi oggi tramontata la concezione che giustificava le immunità della pubblica amministrazione in base a valori non più attuali. Il riconoscimento di una sfera di discrezionalità in capo all'amministrazione rende quest'ultima «arbitra» nella sua sfera di libertà, a patto di non trascendere la legge cui essa è sempre soggetta e di non invadere la sfera di libertà del privato ledendo un suo diritto³². Il principio del *neminem laedere* opera sempre quale limite esterno alla discrezionalità amministrativa e il giudice che condanna l'amministrazione al risarcimento del danno non invade la sfera di merito ad essa riservata, ma applica semplicemente un rimedio imposto dalla legge assicurando l'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. L'accertamento della spettanza del bene della vita, cui la sentenza n. 500 del 1999 ha subordinato la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi, avviene per mezzo di un giudizio prognostico di tipo probabilistico, basato sulla regola civilistica del «più probabile che non», che non sostituisce la riedizione del potere spettante alla sola amministrazione³³. Inoltre, la legge n. 241 del 1990 altro non è che la codificazione degli strumenti di controllo del potere discrezionale della p.a., che offrono tutela al cittadino leso, di talché la discrezionalità

³¹ E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, pp. 521 ss. Sull'argomento cfr. *infra*, cap. III, par. 5.

³² L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 284.

³³ H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit.

non rappresenta più un ambito di immunità per la P.A., né un limite invalicabile alla tutela delle posizioni soggettive che le si frappongono.

Il principio di legalità impone infatti un costante controllo giurisdizionale dell'agire amministrativo e una possibile reazione contro le condotte antiggiuridiche della p.a. Tanto l'art. 28 Cost., che costituzionalizza la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici accanto a quella dei funzionari e dei dipendenti, quanto l'art. 113 Cost., che sancisce la giustiziabilità degli atti amministrativi, impongono di riconoscere la ristorabilità dei privati anche per i danni cagionati dall'illegittimo esercizio delle funzioni amministrative, pena un sistema più facilmente permeato da illegalità e connotato da inefficienza ed esposizione al rischio di pregiudizio per l'interesse del cittadino³⁴. In tal modo viene assicurato il perseguimento degli obiettivi di interesse generale e si realizza pienamente la funzione deterrente sottesa alla responsabilità civile, la quale assume un valore ulteriore nel campo pubblicistico, vale a dire quello di promuovere la legalità dell'azione amministrativa conquistando la fiducia del cittadino³⁵. La crisi della legalità, al contrario, ha indotto ad alimentare l'irresponsabilità delle amministrazioni dissuadendo i giudici dal promuovere la stessa legalità a spese dell'erario. I giudici hanno così dimenticato che l'attività amministrativa non può mai avvenire in danno dei singoli e dei loro interessi meritevoli di tutela.

Nel percorso in esame un ruolo fondamentale è stato ricoperto dal diritto dell'Unione europea. Ben prima della c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE, già la direttiva 89/665/CEE, recepita in Italia dalla legge n. 142 del 1992, aveva imposto l'obbligo per gli Stati membri di introdurre rimedi risarcitori, oltre alla tutela d'annullamento, per gli atti illegittimi adottati dalle stazioni appaltanti in materia di contratti pubblici, aprendo la strada alla responsabilità per atti provvedimenti consacrata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999.

Inoltre, il principio di eguaglianza posto dall'art. 3 Cost. impone di equiparare la responsabilità dell'amministrazione a quella dei privati, nel presupposto che contraddistingue gli odierni Stati di diritto, ovvero della parità tra cittadini e p.a., la quale

³⁴ Così L. PRINCIPATO, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, pp. 1606 ss.

³⁵ A. LAZARI, *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento?*, cit.

non dovrebbe sottostare ad un regime speciale. Non sembrano infatti ricorrere limiti desumibili dal particolare statuto delle pubbliche amministrazioni, fondato sull'art. 97 Cost., ad una piena applicabilità delle regole di diritto comune in tema di responsabilità.

Come meglio si vedrà, in nome del principio di proporzionalità, di ispirazione comunitaria ma desumibile anche dal principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, dovrebbero ammettersi le sole deroghe al diritto comune strettamente necessarie ad assicurare la tutela dei «motivi imperativi di interesse generale», che tengano in debita considerazione gli effetti sistemici che deroghe siffatte producono sulla generalità dei consociati e che rispondano ad esigenze non della sola amministrazione, ma dell'ordinamento generale. Non pare perciò sufficiente bilanciare l'interesse dell'amministrazione al risparmio finanziario con quello del danneggiato ad ottenere l'integrale risarcimento del danno subito, ma occorre tener conto che dalle limitazioni della responsabilità della p.a. potrebbero derivare conseguenze nefaste per la razionalità dell'intero ordinamento: dilagherebbe la sfiducia dei cittadini nella giustizia del sistema e nell'affidabilità del soggetto pubblico quale controparte del rapporto obbligatorio, gli investitori stranieri sarebbero ancor più allontanati dal nostro Paese, non potendo contare su una tutela giurisdizionale effettiva qualora danneggiati dalla p.a., la libertà di iniziativa economica sarebbe pregiudicata in quanto costretta a fare i conti con i danni subiti dalla p.a. ogni qual volta l'operatore economico sia tenuto ad avere a che fare con essa e molto altro ancora.

Ciò è di continuo messo in discussione dalla giurisprudenza. Recentemente, con un'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria prospettante un'interpretazione restrittiva della responsabilità della p.a. da ritardo provvedimento in nome del vincolo di bilancio, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana ha rilevato in senso critico che «fino a quando la giurisdizione generale in punto di responsabilità risarcitoria non è stata attribuita al Giudice amministrativo, poteva dirsi affermata una uniformità di pensiero secondo cui: a) l'affermazione della sottoposizione dell'Amministrazione alla *rule of law* impediva di disegnare un "diritto speciale" a questa applicabile» e che «allorché la giurisdizione sulla domanda risarcitoria da lesione di interesse legittimo è stata stabilmente attribuita al giudice amministrativo (...): a) né il Legislatore ha dettato una specifica disciplina della responsabilità dell'Amministrazione;

b) neppure la giurisprudenza amministrativa (con poche ed isolate eccezioni) si è sforzata di verificare se la sistematica dell'illecito civile si attagliasse *in toto* a tale "nuova" fattispecie». Al contrario, secondo il Collegio giudicante, «le caratteristiche del rapporto di diritto pubblico» dovrebbero rilevare ai fini della responsabilità della p.a., in quanto la «posizione dell'Amministrazione all'interno dell'ordinamento» impone uno scrutinio rigoroso sull'*an* e sul *quantum* del danno. In particolare, «il Collegio ritiene che le particolarità della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo e del rapporto di diritto pubblico si riflettano sul regime di quella responsabilità producendo conseguenze che connotano in modo particolare la fattispecie risarcitoria applicabile a tale soggetto e ciò senza che sia necessario costruire una tipologia speciale di responsabilità»³⁶.

In tal modo la giurisprudenza ha apertamente prospettato il proprio *favor* verso un regime speciale della responsabilità della pubblica amministrazione e, più in generale, verso la proliferazione di un diritto speciale delle pubbliche amministrazioni. Si auspica infatti un regime della responsabilità della p.a. divergente rispetto a quello comune, frutto di un suo adattamento al di là del dato positivo e in ragione di esigenze di finanza pubblica, che risentono di un approccio contabilistico in base al quale la mera gestione di risorse pubbliche giustificerebbe di per sé la netta contrazione del danno risarcibile al privato.

3. L'ELEMENTO SOGGETTIVO.

Con riguardo alla «rete di contenimento» della responsabilità dell'amministrazione delineata dalla giurisprudenza, spicca in primo luogo la tematica attinente all'elemento soggettivo. La sentenza n. 500 del 1999 ha imposto di accertare anche in capo alla p.a. la ricorrenza della «colpa», uno degli elementi costitutivi del fatto illecito *ex art.* 2043 cod. civ. In tale contesto si è affermata una lettura restrittiva di tale requisito, inteso quale sinonimo di violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, che costituiscono limiti esterni alla discrezionalità ai quali l'azione amministrativa deve ispirarsi. Il rifiuto dell'idea della colpa *in re ipsa* da parte della Corte di cassazione ha così fornito ai giudici l'occasione per selezionare

³⁶ In questi termini v. l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, C.G.A. Sicilia, 15 dicembre 2020, n. 1136.

discrezionalmente le fattispecie cui concedere tutela, con pericoloso pregiudizio della certezza del diritto e delle ragioni dei cittadini.

A prima vista la giurisprudenza nazionale, influenzata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha spostato il problema della colpa sul piano processuale e sembrerebbe aver semplificato l'onere probatorio posto a carico del ricorrente circa la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo alla p.a.: tale onere sarebbe assolto ove siano dedotti meri indici presuntivi della colpa (c.d. rilevanza indiretta), gravando sulla p.a. l'onere della prova contraria circa la scusabilità dell'errore in cui essa è incorsa. In tal senso si sarebbe affermata l'auspicata «oggettivizzazione» dell'elemento psicologico³⁷ nei confronti di un apparato, qual è la pubblica amministrazione, rispetto al quale è sempre stato difficile configurare la ricorrenza del dolo o della colpa, tradizionalmente riferiti a persone fisiche. Così, la componente psicologica sarebbe dedotta indirettamente dalla ricorrenza di indici sintomatici rilevatori del dolo o della colpa in funzione dei vizi che inficiano il provvedimento e della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, accentuando l'indagine sulla condotta e sfumando quella sulla colpa³⁸. Tali indici sintomatici sono stati tratti dalle sentenze della Corte di Giustizia *Brasserie du pêcheur e Factortame Ltd e altri*³⁹, che hanno ammesso la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto UE solo in caso di «violazione grave e manifesta». La ricorrenza di quest'ultima dipende ancora oggi da: i) il grado di chiarezza e di precisione della norma violata; ii) l'ampiezza del potere discrezionale; iii) il carattere intenzionale o volontario della violazione commessa; iv) la persistenza della violazione in seguito ad un intervento chiarificatore della Corte stessa.

Da tali pronunce il giudice amministrativo ha elaborato gli indici rivelatori di una negligenza della p.a., vale a dire la gravità della violazione commessa, la limitata discrezionalità rimessa alla p.a., la sussistenza di precedenti giurisprudenziali, l'apporto

³⁷ E. FOLLIERI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 6, 2012, pp. 689 ss.

³⁸ L'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia Tesauro ha ricordato come la colpa abbia «perduto ogni connotazione soggettiva» in molti ordinamenti europei così da configurarsi «attraverso criteri obbiettivi», cfr. G.F. CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee; sentenza 5 marzo 1995, cause riunite C-46/93 e C-48/93*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, pp. 733 ss.

³⁹ Corte di Giust. UE, 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur – Factortame Ltd e altri*, C-46/93 e C-48/93.

del privato fornito nel corso del procedimento, la chiarezza del quadro normativo di riferimento, la semplicità della situazione di fatto o di diritto⁴⁰. L'illegittimità del provvedimento non implica automaticamente la ricorrenza dell'elemento soggettivo della colpa della p.a., in quanto illegittimità e illiceità non sono categorie coincidenti⁴¹, ma costituisce un indizio grave, preciso e concordante idoneo a fondare una presunzione semplice di colpa, che spesso la giurisprudenza reputa essere l'unica prova gravante sul privato. Invertendo l'onere della prova, è l'amministrazione ad essere tenuta a provare l'assenza del dolo o della colpa, dimostrando la scusabilità del suo errore mediante gli stessi indici rivelatori della sua negligenza, letti al contrario: la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, l'incertezza normativa, la complessità della situazione di fatto o di diritto, l'induzione in errore commessa dal privato, la dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata⁴².

In realtà, il *favor* verso il privato mostrato dalla giurisprudenza in questione è più apparente che reale. Quale vantaggio concreto può riscontrarsi per il danneggiato da un regime che pone a suo carico un tenue *onus probandi*, limitato alla dimostrazione dell'illegittimità del provvedimento, ma che solleva comunque la p.a. dalle sue responsabilità ove questa fornisca, come frequentemente avviene, la prova liberatoria della scusabilità del suo errore? Il problema sta nei caratteri dell'esimente costruita dalla giurisprudenza amministrativa, che hanno finito per trasformare la responsabilità dell'amministrazione in una responsabilità per solo dolo o colpa grave, essendo la colpa divenuta sinonimo di «violazione grave e manifesta»⁴³: l'amministrazione è ammessa a dimostrare la scusabilità del suo errore, che rende inesigibile un comportamento alternativo, fornendo gli esaminati indici presuntivi – la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, l'incertezza normativa, la complessità della situazione di fatto o di diritto, l'induzione in errore commessa dal privato – che altro non rappresentano se non

⁴⁰ *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115; Id., sez. III, 20 aprile 2020, n. 2528; Id., sez. III, 26 febbraio 2020, n. 1419.

⁴¹ Già le Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500 del 1999 avevano imposto un accertamento autonomo della colpa della p.a., non dimostrata dalla mera illegittimità del provvedimento.

⁴² *Ex multis*, Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1815; Id., sez. IV, 27 agosto 2019, n. 5907.

⁴³ Per la critica verso la distinzione tra vizi più o meno gravi in cui è incorsa l'amministrazione, nella dottrina e nella giurisprudenza francesi, si veda B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, cit., secondo cui «in nessun ordinamento la presenza di un atto illegittimo è di per sé sufficiente a generare la responsabilità dell'amministrazione, richiedendo i diversi ordinamenti un *quid pluris* – sul fronte della colpa grave o del carattere serio della violazione – per ricondurre all'invalidità pubblicistica anche conseguenze risarcitorie».

ipotesi di violazioni commesse con colpa lieve. Spesso la giurisprudenza ha infatti ravvisato la colpa dell'amministrazione solo in presenza di una legge che individui in modo chiaro, univoco e cogente la regola di azione amministrativa, escludendola (eccetto che in caso di palese spregio delle regole di correttezza e proporzionalità) laddove sia elevato il grado di discrezionalità esercitabile⁴⁴.

In tal modo l'incertezza del diritto, dipendente da un'oscurità della norma e dall'incertezza della sua interpretazione giurisprudenziale⁴⁵, viene fatta gravare sul cittadino danneggiato, che ne subisce le conseguenze pregiudizievoli senza poter essere ristorato dall'amministrazione scusata e senza che una limitazione di responsabilità di tal genere trovi un legittimo fondamento positivo. Potrebbe dirsi che dalla giurisprudenza in esame sia derivata un'applicazione dell'art. 2236 cod. civ. prescindente dal ricorrere del presupposto secondo cui la prestazione del professionista deve implicare «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

Senza considerare che la ricorrente massima appena criticata collide con quanto affermato dalla Corte di cassazione, che ha precisato come al requisito della colpa di cui all'art. 2043 cod. civ. non sia riconducibile il carattere della violazione, grave e manifesta, cui la giurisprudenza comunitaria ricollega l'insorgenza dell'obbligo risarcitorio⁴⁶.

È stato giustamente osservato che mentre per il giudice amministrativo l'incertezza normativa esime l'amministrazione da responsabilità, per i giudici europei essa giustifica i comportamenti dei soggetti privati nei confronti dell'amministrazione. La prospettiva cambia radicalmente ed è legata alla nozione sovranazionale del principio di legalità, riferito a norme il cui contenuto deve essere facilmente accessibile e prevedibile⁴⁷. Se infatti la limitazione della responsabilità alle ipotesi di «violazione

⁴⁴ Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1683. Quali esempi di giurisprudenza sull'errore scusabile dell'amministrazione in presenza di contrasti giurisprudenziali, per un'incertezza normativa o per la complessità della situazione di fatto, cfr. Cons. St., sez. III, 15 maggio 2018, n. 1881, Id.; sez. IV 7 gennaio 2013, n. 23; Id., sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337.

⁴⁵ Sull'argomento v. G. VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, in www.studiolegaleriva.it.

⁴⁶ Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2011, n.10813, secondo cui «non si comprende, infatti, come tali connotazioni, in quanto relative al mero dato oggettivo del grado di scostamento della legislazione nazionale da quanto imponeva la direttiva, possa trasformarsi in un requisito soggettivo come la colpa».

⁴⁷ F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, pp. 312-313. Secondo F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento*

grave e manifesta» del diritto sembra giustificata con riguardo alla responsabilità degli Stati membri verso l'Unione Europea al fine di non incidere in maniera eccessiva sulla sovranità e autonomia degli Stati, nonché per assicurare uno spazio di manovra nell'esercizio della loro discrezionalità politica in nome del principio di proporzionalità, la stessa limitazione non sembra mai giustificare il sacrificio dei diritti dei cittadini, stante l'assenza di un controvalore meritevole di maggior protezione assimilabile alla sovranità degli Stati membri.

Inoltre, il richiamo alla categoria dell'errore scusabile non sembra coerente con il ruolo istituzionale della pubblica amministrazione e con i suoi doveri, in quanto esso determina un'indebita estensione di parametri elaborati con riguardo a soggetti privati, che solo possono considerarsi non rimproverabili in presenza di incertezze come quelle considerate⁴⁸.

4. IL CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO.

Quando non è possibile escludere la ricorrenza dell'elemento soggettivo della p.a., neppure nella forma lieve di cui si è detto, la giurisprudenza amministrativa è assai propensa ad attivare il meccanismo sancito dall'art. 1227 cod. civ. ravvisando un concorso di colpa del danneggiato nella produzione del danno. L'articolo citato recita infatti al primo comma: «Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate»; al secondo comma: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ». Talvolta, in maniera più radicale, si esclude del tutto il nesso causale tra la condotta illecita della p.a. e il danno prodotto, facendo leva sul secondo comma della disposizione richiamata; altre volte, si limita solamente il *quantum* risarcibile dalla p.a. ai sensi del primo comma della stessa disposizione.

amministrativo, in *Corriere giur.*, 2011, p. 992, dal privato danneggiato dalla condotta illecita della p.a. viene invece preteso nel nostro ordinamento un «comportamento di “straordinaria diligenza”», v. ancora N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., p. 144.

⁴⁸ Così E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., secondo cui ciò contrasta con le indicazioni della moderna civilistica, che pretende l'adattamento degli standard di diligenza alle caratteristiche quantomeno tipologiche dell'agente.

La questione si lega al tema della pregiudizialità amministrativa, ovverosia alla necessità o meno di impugnare il provvedimento illegittimo prima di avanzare la domanda risarcitoria. La pregiudizialità ha animato un acceso contrasto tra la Corte di cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, terminato con l'apparente superamento della pregiudizialità imposto dal legislatore nel 2010 con il nuovo art. 30 c.p.a. e velatamente reintrodotta da una lettura della norma che valorizza l'art. 1227 cod. civ., tale per cui la mancata impugnazione del provvedimento illegittimo sarebbe indice di negligenza del soggetto leso che avrebbe potuto, tramite l'impugnazione, evitare il danno in tutto o in parte⁴⁹. Si parla a tal proposito di c.d. autonomia temperata⁵⁰.

Il risultato raggiunto dalla strenua difesa della pregiudizialità da parte del giudice amministrativo è stato quello di limitare le fattispecie concrete in cui si riconosce la responsabilità della p.a., nella logica del «contenimento», nonostante la Corte costituzionale abbia affermato, in una pronuncia concernente la questione legata all'applicabilità dell'art. 1227 cod. civ. nei confronti della p.a., che «l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione»⁵¹.

Dalla rigida applicazione dell'art. 1227 cod. civ. volta a contenere la responsabilità dell'amministrazione deriva la necessità per il privato di provare che il danno subito sia causalmente riconducibile solo e soltanto all'azione amministrativa e non, in tutto o in parte, ad altre (con)cause, a cominciare dalla negligente inerzia processuale del non

⁴⁹ Si fa riferimento, da un lato, alla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, alle ordinanze gemelle delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 13659 del 12 giugno 2006 e n. 13660 del 13 giugno 2006, a Cass. civ., sez. un., 21/10-23/12/2008, n. 30254; dall'altra, a Cons. St., Ad. Plen., n. 4 del 2003, a Cons. St., Ad. Plen., n. 12 del 2007 e a Cons. St., Ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3.

⁵⁰ Cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., 2022, pp. 1093 ss., spec. pp. 1101 ss., che, a proposito della pregiudiziale di annullamento, affermano che l'art. 30 c.p.a. supera la tesi della pregiudizialità e quella dell'autonomia per aderire alla «tesi della rilevanza».

⁵¹ Corte cost., ord. 14 luglio 1999, n. 308. In senso critico si afferma tuttavia che mentre nel giudizio civile includere nell'onere di diligenza rilevante ex art. 1227 cod. civ. quello di agire in giudizio porrebbe a carico dell'attore un'alea del tutto disomogenea rispetto a quella sottesa all'azione giurisdizionale, nel campo del giudizio amministrativo la domanda risarcitoria presuppone l'illegittimità del provvedimento al pari della domanda di annullamento. Pertanto, imporre il previo esperimento dell'azione caducatoria rispetto a quella risarcitoria porrebbe a carico dell'attore in giudizio un'alea omogenea, ciò che escluderebbe la sproporzionalità dell'imporre la pregiudizialità amministrativa.

ricorrente. «Formalmente si invoca l'art. 1227 e quindi si resta all'interno del diritto civile. Nella sostanza si forza il dato normativo, sino a configurare l'azione impugnatoria (e persino l'istanza cautelare) come un diritto-dovere»⁵², mediante quella che è stata definita una lettura di «comodo» dell'art. 1227 volta a preservare i privilegi della p.a. e a reintrodurre surrettiziamente la pregiudizialità amministrativa⁵³.

Una lettura particolarmente rigorista dell'onere posto in capo al privato dall'art. 30, comma 3, c.p.a. si rinviene nella sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha imposto al primo non solo di attivare il rimedio giurisdizionale avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a., ma anche il potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis ss. della legge n. 241 del 1990, poiché l'attivazione di questo strumento «è indice di serietà ed effettività dell'interesse legittimo di quest'ultimo al provvedimento espresso», mentre l'assenza di iniziative, salvo che non se ne trovi una plausibile spiegazione alternativa, lascia presumere che il decorso del tempo sia sostanzialmente indifferente per il privato⁵⁴. Nella pronuncia in questione si legge infatti: «la mancata sollecitazione del potere di avocazione previsto dall'art. 2, comma 9-bis e seguenti, l. n. 241 del 1990 – così come la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali – non ha rilievo come presupposto processuale dell'azione risarcitoria ex art. 2-bis della medesima legge, la quale, al pari dell'azione risarcitoria per illegittimità provvedimentoale, è ormai svincolata da ogni forma di pregiudiziale amministrativa. La condotta attiva del privato può invece assumere rilievo come fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo periodo, cod. proc. amm., laddove si accerti *«che le condotte attive trascurate (...) avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno»* (così la citata sentenza dell'Adunanza plenaria 23 marzo 2011, n. 3, § 7.2.2). In altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedimentali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggono il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria,

⁵² H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., che auspicava una lettura equilibrata del nuovo art. 30, c. 3 c.p.a., tale da reputare sufficiente la proposizione di istanze di autotutela rivolte alla p.a., senza esigere anche la proposizione di ricorsi giurisdizionali.

⁵³ Così M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, cit.

⁵⁴ Così M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile? [Nota a sentenza] Cons. Stato ad. plen., 23/4/2021, n. 7*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2022, pp. 143 ss.

ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità»⁵⁵.

La giurisprudenza si mostra consapevole del «maggior sacrificio» che un siffatto orientamento impone al privato e lo giustifica in quanto «il principio di solidarietà impone che ai vari soggetti coinvolti nell'attività amministrativa sia imposto uno *standard* di comportamento tanto più alto quanto più potenzialmente foriero di conseguenze sugli altri consociati coinvolti»⁵⁶. Pare davvero curioso addossare al privato, destinatario dell'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, uno *standard* di comportamento più elevato al fine di salvaguardare la generalità dei consociati, stante la beffa di essere chiamato a rimediare onerosamente ad un comportamento della p.a. irrispettoso degli *standard* su di essa gravanti. Il principio di solidarietà sociale, al contrario, dovrebbe giustificare la ricaduta sulla generalità dei consociati delle conseguenze negative derivanti dalla responsabilità della p.a.

In tale contesto una strada da indagare dovrebbe essere quella della possibilità di optare per una piena oggettivizzazione della responsabilità della p.a., che ne favorirebbe una specialità in direzione contraria a quella sinora percorsa, tale da aggravare il regime vigente per la p.a. al fine di incrementare la tutela giurisdizionale dei cittadini, istituzionalmente più deboli.

⁵⁵ Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7, par. 14.

⁵⁶ Così C.G.A. Sicilia, 12 dicembre 2020, n. 1136.

In questa direzione si è spinta una parte della dottrina⁵⁷ e della giurisprudenza⁵⁸, che, pur senza giungere a teorizzare o riscontrare in concreto una responsabilità aquiliana oggettiva della p.a., ha aderito alla tesi che qualifica la responsabilità da illegittimo esercizio della funzione amministrativa in termini di «responsabilità da contatto sociale», la quale soggiace al regime tendenzialmente oggettivo della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 cod. civ. La tesi in considerazione ha favorito l'effettiva possibilità di accedere alla tutela risarcitoria da parte del privato, sgravandolo dall'onere di dimostrare l'invalidità dell'atto e la spettanza del bene della vita (per dimostrare l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043 cod. civ.), nonché la violazione da parte dei pubblici poteri delle regole di buona fede e correttezza (per provare la colpa della p.a. danneggiante)⁵⁹. Ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. è il debitore danneggiante, in tesi la p.a., a dover dimostrare che l'impossibilità dell'adempimento dell'obbligazione è dipesa da una causa ad esso non imputabile, sopportando il debitore il rischio della causa ignota, il quale non si libera fornendo la prova della mera assenza di colpa.

Avverso la tesi della responsabilità da contatto sociale si oppone tuttavia un dato difficilmente superabile: il danneggiato da provvedimento illegittimo non lamenta l'inadempimento di un'obbligazione di correttezza, bensì la mancata soddisfazione del

⁵⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, pp. 1268 ss.; ID., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, pp. 637 ss.; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, pp. 213 ss.; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, pp. 20 ss.; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 3, pp. 557-584; A. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in (a cura di) F. ASTONE, *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, pp. 351-386; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, pp. 74-86; V. CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, pp. 165 ss. In senso contrario alla riconduzione della responsabilità della P.A. alla nozione di responsabilità da contatto si vedano G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, pp. 241 ss.; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, pp. 683 ss.; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, pp. 87-178; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la «nuova» responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, pp. 968 ss.

⁵⁸ Si veda per tutte Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236.

⁵⁹ In argomento v. L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1 marzo 2020, pp. 235 ss.

bene della vita sostanziale sotteso all'interesse legittimo di cui è portatore. Rispetto a tale pretesa la p.a. non è titolare di un'obbligazione, in quanto può legittimamente sacrificare l'interesse legittimo che si ponga in contrasto con l'interesse pubblico. La p.a. occupa una posizione di superiorità rispetto al privato ed è titolare di un potere, che, ove mal esercitato, non dovrebbe originare una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione, bensì aquiliana per danno ingiusto⁶⁰.

5. IL MODELLO DELLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA.

L'ordinamento europeo ha adottato il modello della responsabilità oggettiva della p.a. nel settore dei contratti pubblici, ove la Corte di Giustizia ha dichiarato incompatibile con la disciplina europea una normativa nazionale che subordini in tale settore la tutela risarcitoria alla prova del carattere colpevole di quella violazione, anche laddove la colpa della p.a. sia presunta, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁶¹. Il rischio insito nel pretendere la dimostrazione della colpa, secondo la Corte di Giustizia, è quello di pregiudicare il concorrente inciso da una decisione illegittima della p.a. che non riesca ad assolvere tale onere probatorio, essendo in tal caso privato del risarcimento, o di consentirgli un accesso tardivo alla tutela risarcitoria, all'esito di un lungo processo, con pregiudizio del valore della concorrenza. In caso contrario, inoltre, la tutela per equivalente non sarebbe una tutela pienamente alternativa rispetto alla tutela in forma specifica che imporrebbe il subentro nel contratto. Viceversa, un tale subentro può essere eccezionalmente negato al ricorrente vittorioso in giudizio, ove impossibile o inefficiente al ricorrere delle condizioni di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., solo assicurando l'equivalente monetario del bene della vita sostanziale alle medesime condizioni oggettive presupposte per la tutela in forma specifica del subentro.

La questione che si pone è dunque se la concorrenza possa correttamente essere considerata un fattore discriminante, in senso più gravoso per la p.a., del regime di responsabilità applicabile a quest'ultima o se, piuttosto, l'effettività della tutela giurisdizionale non imponga anche al di fuori del settore dei contratti pubblici una responsabilità scissa dalla necessaria dimostrazione della ricorrenza dell'elemento

⁶⁰ In termini v. Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7.

⁶¹ Corte di Giust., Sez. III, C-314/09, del 30 settembre 2010, Stadt Graz, rel. K. Lenaerts.

soggettivo, considerata la vigenza del principio di effettività nell'intero ordinamento giuridico e non solo in quello dei contratti pubblici, nonostante sia ivi ribadito con maggior rigore dalla c.d. direttiva ricorsi 2007/66/CE.

D'altronde, una soluzione come quella ipotizzata, avallata in alcune occasioni dal Consiglio di Stato, avrebbe quale unico effetto quello di rendere inapplicabile la criticata esimente dell'errore scusabile. Il sistema di presunzioni attualmente operante consente infatti al cittadino leso di dedurre la mera illegittimità del provvedimento lesivo, oltre alla necessità di provare l'evento dannoso e il nesso causale, dal momento che identificare la colpa della p.a. con la violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione non fa che riaffermare tautologicamente la coincidenza della colpa con l'illegittimità del provvedimento⁶².

Il rapporto amministrazione – cittadino genera di per sé l'obbligo e il correlativo diritto alla protezione del cittadino, dalla cui violazione dovrebbe già derivare la responsabilità della p.a. ex art. 1218 cod. civ., senza necessità di provarne la colpa, quale conseguenza della semplice violazione delle regole di correttezza⁶³. In tal modo si darebbe attuazione all'idea della «socializzazione del rischio» prospettata dalla dottrina sopra considerata. È quanto avviene ad esempio in Francia, ove alla responsabilità per *faute de service* è connessa una sorta di obbligazione assoluta di risultato, dalla cui violazione deriva la responsabilità dell'amministrazione, indipendentemente dalla ricorrenza o meno della colpa del funzionario pubblico. La prova del mancato funzionamento della macchina amministrativa rende di per sé responsabile l'amministrazione, a prescindere dalla sussistenza di una condotta negligente, in quanto illegittimità e illiceità vengono sostanzialmente a coincidere⁶⁴.

⁶² In tal senso Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

⁶³ In tal senso si è pronunciato ancora il Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833 e Id., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, ispiratosi a Corte di Giust. UE, 30 settembre 2010 C-314/09, Stadt Graz/Strabag. Tale giurisprudenza del Consiglio di Stato è stata commentata da C. CASTRONOVO, *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013, pp. 637 ss., secondo cui la colpa, quando viene identificata con l'illegittimità, diviene colpa assolutamente oggettiva. Ma una colpa assolutamente oggettiva non è colpa secondo A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2014, pp. 1191 ss.

⁶⁴ Per un'analisi più dettagliata del sistema francese v. A. LAZARI, *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento?*, cit., che sottolinea come nei sistemi a responsabilità oggettiva o oggettivizzante, come quelli francese e spagnolo, l'ancora di salvezza delle finanze statali è costituita essenzialmente dal vincolo di causalità, che si cerca di recidere per escludere la responsabilità della p.a.

Continuare a parlare di colpa della p.a. potrebbe giudicarsi con favore solamente ove tale colpa, epurata da ogni connotazione soggettiva, venisse calibrata in funzione delle specifiche caratteristiche del danneggiante, dei suoi doveri istituzionali e del suo ruolo di professionista particolarmente qualificato, chiamato ad agire nel rispetto dei valori di cui all'art. 97 Cost., in quanto «da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si aspetterebbe dal *quisque de populo*»⁶⁵. Identificare la colpa con la violazione delle regole che governano l'agire della p.a. vuol dire, in definitiva, rendere irrilevante l'errore scusabile e abbattere gran parte della rete di «contenimento» costruita dal giudice amministrativo per la responsabilità della p.a.⁶⁶

Infatti, il modello della responsabilità oggettiva, o della responsabilità per colpa «oggettivizzata», meglio si adatterebbe al ruolo dell'amministrazione nella società e alla ricercata effettività della tutela giurisdizionale del cittadino rispetto all'amministrazione⁶⁷, stante l'assoluta irrilevanza di ogni profilo soggettivo e volontaristico nell'applicazione delle regole che ne governano l'azione e l'organizzazione, la cui violazione comporta un'oggettiva disfunzione valutata negativamente dall'ordinamento giuridico⁶⁸. Inoltre, essa meglio risponderebbe al principio della adeguata allocazione dei rischi in capo al soggetto dotato della concreta possibilità di controllare i potenziali effetti pregiudizievoli delle proprie condotte ed evitare il danno⁶⁹.

⁶⁵ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁶⁶ Si veda per tale posizione E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit.

⁶⁷ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, pp. 283 ss. La tesi favorevole alla responsabilità oggettiva della p.a. è sostenuta da M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, pp. 3-4.

⁶⁸ A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, in (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, AA. VV., *Diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2005, pp. 145 ss.; F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'ammin.*, 1978, pp. 6 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968. Sul punto v. ancora E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit.

⁶⁹ Cfr. G.D. COMPORTELLI, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, pp. 663 ss.

Costante sembra essere il monito della Corte di Giustizia in ordine all'irrelevanza dei profili soggettivi della responsabilità, tanto che per essa la colpa pare ravvisabile nella stessa violazione della norma da parte dell'amministrazione, e la giurisprudenza amministrativa ha iniziato ad oggettivare la colpa individuando gli esaminati indici complementari a quello costituito dall'illegittimità dell'atto⁷⁰, svilendo però l'esito di tale percorso logico mediante il ricorso alla figura dell'errore scusabile.

La strada prospettata difficilmente sarà percorsa dal legislatore nazionale, la cui attenzione primaria rimane rivolta al contenimento della spesa pubblica⁷¹. Nonostante ciò, le istanze europee potrebbero in futuro favorire una imposizione di tal genere, sulla scia di quanto è avvenuto in materia di contratti pubblici. Si tenga anche conto che il legislatore ha riconosciuto in talune ipotesi la responsabilità oggettiva della p.a., come nella fattispecie sancita dall'art. 112, comma 3 c.p.a. in tema di danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione.

Da ultimo, la rilevanza assegnata alla buona fede oggettiva, quale aspettativa a che coloro con i quali si viene a contatto si comportino secondo correttezza, secondo parte della dottrina porterà la giurisprudenza ad abbandonare il sistema proprio dei paesi di *civil law*, dove il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento presuppone la colpa del soggetto che, con il proprio comportamento, ha dato luogo all'affidamento di controparte, e ad adottare il sistema proprio dei paesi di *common law*, ove la responsabilità contrattuale non trova fondamento nella colpa⁷². In questi ultimi vige infatti un regime di *strict liability*, ove l'inadempimento non viene valutato in base alla sua imputabilità in capo al debitore, ma in base all'oggetto della promessa contrattuale, che imponeva il superamento

⁷⁰ Cfr. G. VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, cit.

⁷¹ Tale è stata la reazione del legislatore federale tedesco a fronte di una proposta di abolire il principio della colpa con l'accentuazione dei profili di illegittimità dell'azione amministrativa, cfr. G. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, cit.

⁷² G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, p. 316.

dell'impedimento verificatosi. Ciò che conta è solamente la mancata realizzazione da parte del debitore del risultato pattuito⁷³.

6. LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO TRA *CHANCE* E PRESUNZIONI.

Nella materia della responsabilità della p.a. particolarmente problematica è stata la questione inerente alla liquidazione del danno riconosciuto al privato, vale a dire la determinazione della misura dell'obbligazione pecuniaria dovuta in sostituzione del bene della vita ormai irrimediabilmente perduto o danneggiato. Il metodo della liquidazione equitativa dettato dall'art. 1226 cod. civ., utilizzabile quando non è possibile dimostrare l'esatta quantificazione del danno, è infatti utilizzato nei confronti della p.a. non in modo eccezionale, come nel sistema delineato dal codice civile, ma in via generale. Ciò in quanto risulta particolarmente difficile definire il valore economico della posizione soggettiva lesa dall'atto illegittimo, a maggior ragione nei casi di lesione di interessi pretensivi e procedimentali, rispetto ai quali la verifica della spettanza del bene della vita postula un'intermediazione amministrativa favorevole⁷⁴.

La giurisprudenza ha per tale ragione utilizzato tradizionalmente dei criteri restrittivi per la risarcibilità degli interessi legittimi⁷⁵ e tende a fare un largo uso delle presunzioni e dei criteri fissi ai fini della liquidazione del danno che la p.a. deve risarcire⁷⁶, limitando spesso le poste di danno riconoscibili in favore del privato.

In relazione ai danni derivanti dall'illegittimo diniego ad emanare provvedimenti favorevoli, anche nella forma della mera aspettativa, spesso viene risarcito il solo ritardo nell'ottenimento del provvedimento favorevole o la perduta possibilità (*chance*) di vedere

⁷³ V. sull'argomento A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. IV*, disc. priv., sez. civ., vol. XVII, Torino, 1998, pp. 36 ss.

⁷⁴ In tal senso Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478.

⁷⁵ Sul punto, *ex multis*, A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, pp. 3222 ss.; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4049 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 487 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 843 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 335 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 1376 ss.

⁷⁶ H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit.

soddisfatta la propria pretesa a patto che, in quest'ultimo caso, non vi siano stati accadimenti ulteriori tali da mutare la situazione di fatto o di diritto e da interrompere il rapporto di causalità giuridica⁷⁷.

Nel settore dei contratti pubblici, ad esempio, spesso la giurisprudenza ha considerato non risarcibili le spese di partecipazione alla gara, dovute a titolo di danno emergente, che il concorrente accetterebbe il rischio di perdere decidendo di partecipare, indipendentemente dall'esito della stessa, quali spese «a fondo perduto»⁷⁸. Se tale soluzione può dirsi ragionevole quando il soggetto viene legittimamente escluso dalla gara, lo stesso non può dirsi nel caso in cui il concorrente venga ingiustamente escluso dalla medesima gara. Dall'illecito della p.a. deriva infatti la lesione del diritto all'autodeterminazione negoziale del concorrente, titolare del diritto a non essere coinvolto in trattative inutili e a non subire interferenze nelle proprie scelte negoziali, e i suddetti costi configurano conseguenza diretta dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo⁷⁹. Il risarcimento dovrebbe in tal caso essere dovuto nella misura stimabile della sua *chance* perduta di aggiudicazione del contratto, ove dotata di «probabilità seria e concreta» o quantomeno di «significativa probabilità»⁸⁰.

⁷⁷ V. A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in (a cura di) G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, p. 82 e già R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, p. 211; S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, in *Collana della facoltà di giurisprudenza*, Università degli Studi di Trento, 16, 2017, p. 44.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2014, n. 1478; Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2013, n. 1052.

⁷⁹ In tal senso v. Cons. St., sez. VI, 17 febbraio 2017, n. 731; Tar Lazio, sez. I, 7 marzo 2016, n. 2966; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444.

⁸⁰ Cfr. sull'argomento R. CAROCCIA, *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022; L. GIAGNONI, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'Adunanza Plenaria in Urb. e App.* 2018, 363 il quale evidenzia che il danno da perdita di chance «affonda le proprie radici nella giurisprudenza francese di fine 800»; L. VIOLA, *Il danno da perdita di chances a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. e app.* 2020, pp. 182 ss., che, alla nota 24, rileva che la nozione nasce in Francia, precisamente nel 1877, cfr. L. MEDINA ALCOZ, *Dal dogma dell'infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di "chance": l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano (1865-1999)*, in *Dir. Regione* 2005, 439; F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, pp. 873 ss.; V. ANTONELLI, *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in (a cura di) M. RENNA B. MARCHETTI *La giuridificazione, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Studi*, Vol. III -, Firenze, 2016, pp. 73 ss. Secondo Cons. St., sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225, infatti, «il riconoscimento del danno da perdita di *chance* presuppone "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura – secondo più restrittivi indirizzi –

Chi subisce un danno da perdita di *chance*, inoltre, può chiederne il ristoro o in forma specifica, mediante la ripetizione dell'occasione perduta, o per equivalente monetario. La seconda strada è percorribile solamente ove il decorso del tempo e il mutamento delle circostanze rendano non più ripetibile l'occasione perduta alle medesime condizioni originarie, pena la valutazione del comportamento in questione da parte del giudice ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. In tal caso, rispetto al quale si parla di perdita di *chance* «concreta» e «definitiva» (per via dell'impossibilità del riesercizio del potere), se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare se ne ammette la liquidazione in via equitativa, spesso con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile, scontato percentualmente.

Nel caso di procedura ad evidenza pubblica, in particolare, ove l'impresa riesca a dimostrare che in assenza dell'atto illegittimo avrebbe vinto la gara, viene in considerazione un lucro cessante apparentemente ordinario. A tal fine si tiene conto dell'utile conseguibile in caso di vittoria e, nella diversa ipotesi della perdita della mera *chance* di vittoria, ove questa non possa ritenersi sicura, del numero dei partecipanti alla gara o concorso: la base di calcolo della domanda risarcitoria è data dall'importo del contratto medesimo dedotto dalla stazione appaltante, eventualmente diminuito secondo il ribasso contenuto nella proposta dell'impresa, e il *quantum* del danno risarcibile è quantificato in via forfettaria in misura pari al 10% del prezzo base. Nel caso di mera *chance*, esso deve essere determinato dividendo l'utile di impresa così calcolato per il numero dei concorrenti che hanno partecipato alla procedura di gara o che si ipotizza avrebbero partecipato all'eventuale procedura mancata, sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente. La misura forfettaria del 10% implica l'applicazione analogica del criterio di cui all'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F (ribadito

la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava». La pronuncia prosegue chiarendo che «l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua *chance* di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "significativa probabilità" di aggiudicazione del contratto. Al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità" di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione, poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto». Cfr., in tema di pubblici concorsi, Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5559; Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408; in tema di contratti pubblici, Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2740; Id., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115; Id., 5 marzo 2015, n. 1099; Id., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7593.

dall'art. 109 del d. lgs. n. 50 del 2016), nonostante esso fosse dettato per la diversa ipotesi di recesso della p.a. da appalto già aggiudicato⁸¹.

La doppia presunzione descritta riduce in definitiva il danno risarcibile, dando luogo ad un'ingiustificata area di irresponsabilità della p.a. Nonostante l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017 abbia affermato il superamento della presunzione attinente all'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta⁸², considerato non applicabile in modo automatico e indifferenziato, la giurisprudenza successiva sembra aver continuato ad applicare la suddetta presunzione⁸³. Inoltre, se è vero che in astratto la presenza di più soggetti riduce le probabilità di vittoria che il ricorrente aveva, le stesse probabilità andrebbero in concreto apprezzate in considerazione della specifica posizione dell'interessato.

A tal proposito, si è parlato in dottrina di «anima regolatoria» della perdita di *chance*, che denoterebbe la funzione solo latamente compensativa del risarcimento del danno, stante la difficoltà di accertare il danno realmente subito dal ricorrente; verrebbe in gioco più propriamente un «contenimento» o una funzione «calmieristica» del risarcimento del danno, che costituisce un *unicum* proprio dell'esperienza amministrativistica. L'orientamento giurisprudenziale illustrato risponde infatti all'intento di delineare un meccanismo di protezione della p.a. avverso pretese risarcitorie elevate, con un pericoloso rischio di *under-compensation* per il concorrente che vede dissolvere a suo discapito la regola aurea dell'integralità del risarcimento. Il ristoro riconosciuto in suo favore sarebbe infatti sempre parziale, quasi a voler trasformare la *chance* in una misura indennitaria⁸⁴.

⁸¹ Così Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4634; Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2485; Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 20 maggio 2003, n. 5868; v. al riguardo R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 dicembre 2019; B. TASSONE, *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, 21 ottobre 2020, p. 215.

⁸² Il cui fondamento normativo veniva rinvenuto come si è detto nell'art. 345 della L. 20.3.1865 n. 2248 all. F, poi sostanzialmente riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con d.p.r. 554/99 ed ora contenuto nell'art. 109 del d. lgs. n. 50 del 2016.

⁸³ Cons. St., sez. V, 26 aprile, 2018 n. 2527, con riferimento all'utile che normalmente si potrebbe trarre dal contratto, afferma che esso «non potrà stimarsi superiore al dieci per cento del valore a base d'asta».

⁸⁴ V. B. TASSONE, *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, cit., pp. 215 ss.

Tuttavia, la lettera dell'art. 124 c.p.a., che fa riferimento al risarcimento del danno per equivalente subito e provato dal ricorrente vittorioso che non ottiene la dichiarazione di inefficacia del contratto e la conseguente aggiudicazione, sembra sottendere che il mancato utile debba essere provato rigorosamente dal danneggiato, individuando quello effettivo secondo l'offerta fatta in gara. Se vi è la prova che il ricorrente, in mancanza dell'atto illegittimo, avrebbe vinto la gara, il risarcimento andrebbe quantificato nella misura dell'utile conseguibile in caso di aggiudicazione; se invece il ricorrente allega solo la perdita di una *chance* di vittoria, la somma commisurata all'utile di impresa dovrebbe essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria⁸⁵.

Con riguardo al danno da perdita di *chance* occorre inoltre precisare che in giurisprudenza si contrappongono due orientamenti: il primo considera la misura della probabilità di conseguire il provvedimento favorevole, rispetto alla quale la giurisprudenza amministrativa sembra propensa a prescindere dalla soglia del 50%⁸⁶, rilevante ai fini dell'*an* del risarcimento, in quanto si identifica il pregiudizio non con la perdita di un risultato utile, bensì con la possibilità di conseguirlo (c.d. teoria eziologica o *chance* «esplicativa»)⁸⁷; il secondo orientamento considera la perdita di un'occasione favorevole come di per sé risarcibile, in quanto la probabilità e, secondo le maggiori aperture, anche la semplice possibilità di conseguimento di un dato bene o di evitare un pregiudizio è considerata un'«entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di una autonoma valutazione, onde la sua perdita costituisce lesione all'integrità del patrimonio risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del danneggiante» e la misura della probabilità di vittoria rileva solo

⁸⁵ R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, cit., secondo cui non manca giurisprudenza che continua a calcolare equitativamente il mancato utile, ordinariamente in una percentuale del 5% del valore dell'appalto sulla base del prezzo offerto, ovvero direttamente quantificandolo in una somma, o ancora con diverso criterio equitativo.

⁸⁶ Cfr. ad esempio Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340; ma in senso contrario, attestata sulla posizione tradizionale, v. Cons. St., sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249. V. al riguardo B. TASSONE, *La chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, cit., pp. 199 ss., secondo il quale non si deve comunque sovrapporre il criterio civilistico del «più probabile che non» con la *chance* tramite la soglia del 50%.

⁸⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249. In senso critico verso la teoria eziologica v. E. FOLLIERI, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.

ai fini del *quantum* del risarcimento (c.d. teoria ontologica o *chance* «delimitativa»)⁸⁸. Il primo orientamento vede nella *chance* una tecnica per gestire i problemi dell'accertamento del nesso causale e considera risarcibile il lucro cessante, quale mancato guadagno; il secondo considera la *chance* un bene della vita autonomo rispetto a quello finale, consistente nella possibilità di conservare e/o conseguire l'interesse materiale già protetto dall'ordinamento, il cui risarcimento si considera concernente il danno emergente della perdita subita⁸⁹.

All'interno del primo orientamento una parte della giurisprudenza considera il mancato esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione circa la valutazione sulla spettanza del bene della vita in favore del ricorrente come un fattore preclusivo del giudizio prognostico impostole in conseguenza della proposizione della domanda risarcitoria. Ciò implicherebbe, secondo gli orientamenti più restrittivi, la sostituzione del giudice all'amministrazione nel compiere valutazioni che solo ad essa competono⁹⁰. Oltre alla esaminata lesione dell'effettività della tutela giurisdizionale del ricorrente che una interpretazione della discrezionalità amministrativa di tal genere origina⁹¹, riduce ulteriormente l'area della responsabilità della p.a. Al contrario, il giudice

⁸⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, relativa ad illegittimo affidamento *in house* di lavori nel settore dei beni culturali con conseguente perdita della *chance* di aggiudicarsi le relative gare, mai esperite; Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

⁸⁹ Le due tesi sono state entrambe ripudiate dall'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza dell'11 maggio 2018, n. 7, che non è tuttavia giunta ad approdi definitivi in tema di *chance*. L'Adunanza Plenaria ha infatti restituito gli atti alla sezione rimettente senza pronunciarsi sulla questione se, in caso di affidamento diretto di un appalto, il risarcimento dei danni da perdita di *chance* cagionato a una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico spetti secondo la teoria eziologica o secondo quella ontologica. Cfr. B. TASSONE, *La chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, cit., nota 93, pp. 223-224.

⁹⁰ E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., che richiama la pronuncia del Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 secondo cui «il rischio che il giudice si sostituisca all'amministrazione, sia pure in modo virtuale e nella sola prospettiva risarcitoria, diventa tanto più consistente quanto più sono intensi i margini di valutazione rimessi alla seconda nel riconoscere al privato, asseritamente leso, il bene della vita. Evenienza questa che viene individuata in quelle ipotesi in cui l'attività dell'amministrazione sia connotata da margini di discrezionalità amministrativa pura, anziché solo tecnica: in questa ipotesi si prospetta il rischio di un'ingerenza del giudice - chiamato a formulare il giudizio prognostico sulla spettanza del bene non ottenuto con la determinazione illegittima ed annullata - nella sfera davvero esclusiva dell'amministrazione, quella afferente il merito amministrativo e le valutazioni di pura opportunità e convenienza alla stessa spettanti nella prospettiva dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico. In questi casi, connotati dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, si esclude che il giudice possa indagare sulla spettanza del bene della vita, ammettendo il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene stesso».

⁹¹ Cfr. *supra*, cap. III, par. 2. Secondo la giurisprudenza, «il giudizio sulla spettanza ossifica eccessivamente (...) l'azione amministrativa e posticipa irragionevolmente le possibilità di ottenere il risarcimento, costringendo il giudice a pronunciare una sentenza di inammissibilità dell'azione risarcitoria per difetto di

è tenuto ad accertare dapprima la causalità materiale, basata sul parametro civilistico del «più probabile che non», tra illecito della p.a. e interesse meritevole di tutela del danneggiato, successivamente la causalità giuridica, al fine di selezionare quali delle conseguenze pregiudizievoli da esso subite siano conseguenze immediate e dirette dell'illecito della p.a. *ex art. 1223 cod. civ.*

Nel settore dei contratti pubblici, ancora, il danneggiato è tenuto a dimostrare di non aver potuto utilizzare altrove e in diverso contesto i propri mezzi e risorse. Infatti, dall'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, secondo cui il danneggiato non può essere risarcito più del danno che ha effettivamente subito, tanto che occorre tenere conto di eventuali effetti vantaggiosi derivati al danneggiato dal comportamento lesivo dell'amministrazione, la giurisprudenza ha costruito una presunzione semplice di cui l'amministrazione può avvantaggiarsi per provare l'*aliunde perceptum vel percipiendum*, che deve essere ulteriormente detratto dall'utile risarcibile: a fronte di una domanda di risarcimento del danno per mancata aggiudicazione dell'appalto, sia nel caso in cui venga accertata la sicura spettanza dell'aggiudicazione stessa, sia nel caso in cui si accerti la sussistenza di una possibilità di ottenere l'aggiudicazione, ossia di un danno da perdita di *chance*, l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017 ha ritenuto operante una presunzione in base alla quale «l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili». La presunzione opera pertanto nel senso di ridurre l'entità del lucro cessante risarcibile, abbattendo la somma determinata con il criterio forfettario del 10% dell'importo a base d'asta. Ai fini dell'integrale risarcimento grava sul privato uno specifico onere volto a provare di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa.

presupposti e rimettendo in moto l'azione amministrativa, che, nel riesercizio del potere, si presenta paradossalmente scissa fra necessità di ottemperare al giudicato e timore di ingenerare i presupposti per l'esperienza dell'azione di danni. È evidente che in tali casi, ove, a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti ad aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di *chance*», cfr. Cons. St., n. 5323 del 2006.

Con tale inversione l'onere della prova di un fatto impeditivo, quale l'*aliunde perceptum vel percipiendum*, è stato posto a carico della parte che fa valere il diritto, in evidente violazione dell'art. 2697 cod. civ.⁹² Per avvalorare tale conclusione è stato anche richiamato il disposto dell'art. 1227, secondo comma, cod. civ., in nome del quale si è affermato che il danneggiato avrebbe un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno⁹³.

La soluzione cui è giunta l'Adunanza Plenaria non pare condivisibile. Non è chiaro infatti come possa dirsi che gli eventuali utili derivanti da prestazioni contrattuali alternative che il concorrente si è procurato sul mercato siano causalmente riconducibili all'illecito commesso dalla p.a., tali da poter esse considerati alla stregua di effetti vantaggiosi derivati dal comportamento lesivo della p.a. Sembrerebbero con tutta evidenza mancare i tre requisiti recentemente prescritti dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nn. 12564, 12565 e 12567 del 2018, e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2018 ai fini dell'applicabilità dell'istituto della *compensatio lucri cum damno*: a) il nesso causale tra l'illecito e il vantaggio, assente, nel caso di specie, in quanto il vantaggio non trova la sua fonte nell'illecito, che ne costituisce una mera occasione, ma nell'iniziativa imprenditoriale del concorrente; b) la funzione sostanzialmente risarcitoria del beneficio, non essendo certamente le prestazioni reperite altrove da parte dell'imprenditore illegittimamente escluso dirette a ristorare il danno derivante da tale esclusione; c) la natura bilaterale del rapporto, in virtù del quale danneggiante e soggetto obbligato ad altro titolo all'erogazione del beneficio devono coincidere o, se diversi, la necessaria sussistenza di un meccanismo di riequilibrio delle poste (surroga, regresso, rivalsa o recupero). Anche l'ultimo requisito richiesto dalle giurisdizioni superiori nazionali difetta nel caso in questione, ove i soggetti coinvolti nel rapporto sono tre e il terzo che fornisce la prestazione alternativa al concorrente non ha alcun tipo di rivalsa nei confronti dell'amministrazione danneggiante, ingiustificatamente avvantaggiata.

A ciò si aggiunga che l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2017 ha applicato una presunzione di *aliunde perceptum* o *percipiendum* parziale e una decurtazione del 25%

⁹² Per tale soluzione in materia di controversie di lavoro v. Cass. civ., sez. lav., 30 maggio 2016 n. 11122.

⁹³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3155; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686.

del mancato utile effettivo, ma la giurisprudenza successiva è stata più rigoristica ed ha applicato una decurtazione del 50%⁹⁴ o ha escluso del tutto il ristoro del mancato utile⁹⁵.

L'argomento presenta una particolare complessità per la varietà e disomogeneità degli orientamenti giurisprudenziali. Privi di base normativa, essi hanno cercato di contenere i risultati conseguibili mediante il giudizio equitativo e dimostrano la preoccupazione del giudice amministrativo di contenere la spesa pubblica. L'effetto che ne è scaturito è stato quello di addossare un gravoso onere probatorio in capo al privato, difficilmente sostenibile, e di applicare presunzioni prive di fondamento giacché non rispondenti all'*id quod plerumque accidit*. Tramite l'elaborazione giurisprudenziale in parte esaminata, sconosciuta al giudizio tra privati in materia di responsabilità civile, la giurisprudenza amministrativa ha così ulteriormente esaltato l'anima legata all'*imperium* sottesa al diritto amministrativo ed ha indebitamente sacrificato il diritto dei cittadini all'integrale risarcimento del danno.

7. IL TERMINE DI DECADENZA DELL'AZIONE RISARCITORIA.

Tra le norme criticate dalla dottrina, in quanto l'autonomia della domanda risarcitoria rispetto all'impugnazione del provvedimento illegittimo risulterebbe particolarmente «debole», vi è l'art. 30, comma 3 c.p.a., che sottopone tale domanda ad un termine di decadenza assai stringente, pari a centoventi giorni, in luogo del più lungo termine di prescrizione, normalmente quinquennale⁹⁶.

L'attenzione della dottrina è stata rivolta, in particolare, alla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017, con cui la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, c.p.a., nella parte in cui fissa un termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione dell'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tar Piemonte di Torino assumendo la violazione degli artt. 3, 24, primo e secondo

⁹⁴ C.G.A. Sicilia, 6 novembre 2019, n. 947; Cons. St., sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14.

⁹⁵ Cons. St., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803.

⁹⁶ V. in tal senso H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, cit., che richiama accanto al breve termine di decadenza la rilevanza attribuita alla mancata impugnazione dell'atto ai fini della concreta determinazione del danno. V. al riguardo A. SAPORITO, *Il principio di effettività della tutela e l'azione di risarcimento nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2017*, in *Federalismi.it*, 9 maggio 2018.

comma, 111, primo comma, 113, primo e secondo comma e 117, primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

La Corte ha ritenuto non manifestamente irragionevole la previsione del suddetto termine di decadenza, ben più breve di quello di prescrizione cui è soggetta l'azione diretta a far valere il danno per lesione di diritti soggettivi, in quanto frutto di un bilanciamento tra interessi contrapposti, ovvero quello del danneggiato di poter agire anche in via autonoma senza una preventiva domanda di annullamento e quello di giungere, in tempi contenuti, ad una stabilità e certezza del rapporto giuridico amministrativo. Inoltre, si legge nella sentenza, solo in tal modo è possibile operare un corretto bilanciamento con l'altro interesse costituzionalmente garantito, quello cioè di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni e di non esporli, a distanza di tempo, a continue modificazioni che finiscono per incidere sulla stessa coerenza ed efficacia dell'azione amministrativa.

La mera astratta azionabilità in giudizio della pretesa risarcitoria è stata così ritenuta sufficiente a garantire una tutela piena ed effettiva dei cittadini lesi da provvedimenti amministrativi illegittimi⁹⁷.

La dottrina ha giustamente rilevato che tale norma costituisce in realtà un indebito privilegio, quale «guarentigia eccessiva»⁹⁸, per la pubblica amministrazione che si è resa responsabile di un illecito, con significativa compressione del diritto di difesa del danneggiato, in quanto la prima può andare facilmente esente da responsabilità una volta decorso il breve termine di decadenza. La tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo risulta così sottoposta ad una rilevante discriminazione e ad una ingiusta disparità di

⁹⁷ Sull'effettività della tutela cfr. ampiamente E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi. Relazione al 43° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna 18-20 settembre 1997*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, pp. 253 e ss; ID, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in (a cura di) E. FOLLIERI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, pp. 235 e ss.

⁹⁸ F. SAITTA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2017, pp. 1191 ss.

trattamento, che costituisce un *favor* per la p.a. privo di idoneo fondamento⁹⁹. Il diritto al risarcimento del danno dovrebbe infatti essere sottoposto solamente a termini di prescrizione, magari ridotti. La prescrizione non può essere eliminata in siffatta materia a favore della decadenza¹⁰⁰, nonostante la prevista possibilità di interrompere una tale decadenza tramite la domanda di annullamento e persino di sospenderla in caso di esito vittorioso dell'azione.

Lo stesso giudice remittente aveva dubitato della legittimità costituzionale della norma in commento asserendo che il c.p.a. avrebbe dovuto essere l'ultima tappa del lungo percorso verso l'equiparazione della difesa dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi mediante regimi risarcitori omogenei ed effettivi¹⁰¹.

L'esigenza di stabilità dei rapporti giuridici non si ravvisa inoltre in una vicenda che non vede coinvolta la restante collettività, ma che riguarda unicamente il rapporto danneggiato – danneggiante. Non ricorre infatti la proclamata necessità di assicurare stabilità e certezza dei provvedimenti amministrativi assunti nell'interesse pubblico, che non sono in alcun modo messi in discussione, ma solamente quella di reintegrare il cittadino leso con una piena ed effettiva tutela giurisdizionale, che impone di mettere a sua disposizione rimedi giurisdizionali non eccessivamente difficili da attivare. L'accoglimento della domanda non incide d'altronde sull'efficacia degli atti, ma comporta conseguenze solamente patrimoniali. L'effetto che la disposizione criticata produce è in definitiva quello di non differenziare molto, quanto a condizioni di accesso, la tutela caducatoria da quella risarcitoria esperibile nello stesso termine entro cui è proponibile il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, mettendo definitivamente fine all'instabilità dell'atto amministrativo, ma ledendo

⁹⁹ C. BOSCIA, *L'irragionevolezza del termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a.*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 9, 2017. Secondo la Corte costituzionale le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa identica tutela. Cfr. V. FANTI, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo sotto il profilo dell'integrità patrimoniale lesa*, in AA.VV., *Atti di convegni*, cit.

¹⁰⁰ F. MERUSI, *In Viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 658 ss.

¹⁰¹ Cfr. Tar Torino, Piemonte, ord. n. 1747 del 2015, su cui v. A. SAPORITO, *Il principio di effettività della tutela e l'azione di risarcimento nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2017*, cit.

irragionevolmente il diritto di azione della parte danneggiata dalla p.a. nell'esercizio delle sue funzioni.

Particolarmente criticabile è il riferimento che la Corte costituzionale fa all'interesse di consolidare i bilanci delle p.a. al fine di ammettere la costituzionalità della norma in commento e giustificare il contenimento della responsabilità della p.a. L'equilibrio dei bilanci sembra assumere la valenza di un interesse preminente, oltre che di rilievo costituzionale, sul diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale. In tal modo l'interesse pubblico sotteso alle norme sull'equilibrio del bilancio finisce per assumere il valore di una «scusante» generalizzata per la p.a.¹⁰², che limita ulteriormente l'ambito di operatività della responsabilità di quest'ultima al pari di quanto detto con riferimento all'elemento soggettivo. Un limite di tal genere, peraltro, dovrebbe operare in tutti i casi in cui lo Stato è chiamato a rispondere di un illecito commesso nei confronti di un privato, non solo con riguardo ai casi connessi all'adozione di atti autoritativi¹⁰³.

Più che alla stabilità del rapporto giuridico, la sentenza sembra mirare alla serena pianificazione degli impegni di cassa, in quanto non si vuole che il bilancio rimanga esposto «a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa». È la stabilità finanziaria, non quella giuridica, che la sentenza vuole preservare, ma essa non giustifica di certo un diverso trattamento giuridico dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, le cui domande risarcitorie producono identiche conseguenze sulla pianificazione finanziaria¹⁰⁴. Quest'ultimo valore non può legittimare una limitazione della tutela giurisdizionale come quella verificatasi con la norma in commento, in quanto essa trova una tutela rafforzata nell'art. 24 Cost., che la considera espressamente un diritto inviolabile del cittadino.

¹⁰² A. FABRI, *La ragionevolezza del termine di decadenza per la proposizione della domanda risarcitoria*, in AA.VV., *Atti di convegni*, cit.

¹⁰³ M. TRIMARCHI, *La (ir)ragionevolezza dell'art. 30, comma 3, c.p.a., nella sentenza della Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94*, in AA.VV., *Atti di convegni*, cit. Tale critica è estensibile alla recente ordinanza del C.G.A. Sicilia, 15 dicembre 2020, n. 1136 sopra commentata, che pretende di limitare il risarcimento del danno conseguente all'emanazione di provvedimenti tardivi applicando il regime della responsabilità contrattuale, piuttosto che aquiliana.

¹⁰⁴ G. GALLONE, *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: "il re è nudo"*, in AA.VV., *Atti di convegni*, cit.

In definitiva, la logica dell'interesse pubblico continua a permeare un istituto di diritto privato come la responsabilità civile, deviato dal modello generale di diritto comune mediante una normativa speciale per la p.a. In ciò si dimentica che «non vi è (...) responsabilità se non si istituisce (...) un rapporto tra soggetti attualmente o tendenzialmente in posizione di sostanziale parità»¹⁰⁵ e il rischio che si prefigura è quello di snaturare l'azione risarcitoria, trasformando il rapporto risarcitorio tra privato e pubblica amministrazione in una relazione analoga a quella esistente tra potere ed interesse legittimo¹⁰⁶.

L'apparente parificazione della tutela risarcitoria dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi cela dunque in realtà il mito della specialità, che continua a permeare il *modus operandi* del legislatore e della giurisprudenza.

8. I VIZI FORMALI E PROCEDIMENTALI.

Un'ulteriore area di «contenimento» della responsabilità della p.a. è stata tradizionalmente ravvisata con riguardo ai danni derivanti dai vizi formali e procedurali dell'atto amministrativo, sulla cui irrilevanza ha inciso la formulazione del secondo comma dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990¹⁰⁷. La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione aveva infatti ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi nei limiti in cui fosse accertata la necessaria spettanza del bene della vita ingiustamente negato. La stessa soluzione è stata fornita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005, che ha ammesso il danno da ritardo solo in presenza di una valutazione di merito sulla spettanza del bene della vita, subordinando il riconoscimento di quel danno alla prova che l'aspirazione al provvedimento sarebbe stata destinata a un esito favorevole.

Secondo tali premesse, in nome del principio del buon andamento, il legislatore e la giurisprudenza hanno dequotato i vizi formali e procedurali considerandoli inidonei a ledere l'interesse sostanziale del privato e a generare danni risarcibili. Il giudice

¹⁰⁵ G. BERTI, *Diritto Amministrativo. Memori e argomenti*, Padova, 2008.

¹⁰⁶ Così A. SAPORITO, *Il principio di effettività della tutela e l'azione di risarcimento nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2017*, cit.

¹⁰⁷ Sul punto v. P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, pp. 190 ss.

amministrativo ha in particolare affermato che «in caso di annullamento per vizi formali, che non intaccano sostanzialmente la discrezionalità dell'agire della pubblica amministrazione, non c'è spazio per alcun risarcimento del danno poiché la pretesa alla legittimità formale del provvedimento viene adeguatamente ristorata attraverso l'eliminazione del vizio formale stesso»¹⁰⁸.

I vizi in questione sottendono infatti un'incertezza in ordine alla spettanza del bene della vita tanto che per lungo tempo, e ancora oggi in misura prevalente, dottrina e giurisprudenza hanno negato la configurabilità di una responsabilità della pubblica amministrazione che incorra in siffatti vizi. Ciò ha dato vita ad un ulteriore ingiustificato privilegio per la p.a.

Parte della dottrina ha infatti criticato tale limitazione dell'area della responsabilità della p.a. rilevando che «tutti i vizi danno ingresso alla medesima tutela giuridica»¹⁰⁹ e che le garanzie formali sono poste a tutela del corretto svolgimento delle funzioni amministrative. In particolare, gli obblighi di correttezza e buona fede sono stati considerati il fondamento dei doveri procedimentali gravanti sulla pubblica amministrazione. Questa tesi sembrerebbe confermata dal recente legislatore, che ha codificato il principio di collaborazione e di buona fede nei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990¹¹⁰. È stato così normativamente consacrato il carattere generale del principio di buona fede e correttezza che governa il rapporto giuridico amministrativo dinamico e si è dato fondamento positivo alla tesi fautrice della tutela risarcitoria autonoma delle

¹⁰⁸ Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3552; in termini, Cons. Stato, sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538; Cons. Stato, sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 148; Cons. Stato, sez. IV, 31 dicembre 2008, n. 6538; Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868; Tar Sicilia, Catania, 14 febbraio 2008, n. 279; Tar Lazio, Roma, sez. II-*quater*, 19 giugno 2007, n. 5559; Tar Puglia, Bari, sez. II, 13 dicembre 2007, n. 2967; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 5 giugno 2007, n. 931; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2006, n. 1637; Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2006, nn. 4231 e 4234; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2006, n. 7217; Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1626; Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2004, n. 2994; Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 2003, n. 2329; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2003, n. 1261; Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945. V. ancora sul punto E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit.

¹⁰⁹ F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 26.

¹¹⁰ L'art. 12, comma 1, lettera 0a), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali», come convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120, ha inserito il comma 2-*bis* nell'art. 1 della l. n. 241 del 1990 che oggi recita: «2-*bis*. I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

situazioni procedimentali anche nei procedimenti che si concludono con un provvedimento a cui non deve seguire un contratto¹¹¹.

Autorevole dottrina già da tempo aveva auspicato la risarcibilità dei c.d. interessi strumentali o procedimentali, rilevando come la responsabilità dell'amministrazione possa sussistere indipendentemente dalla fondatezza dell'aspettativa del privato ad una decisione provvedimento favorevole e, anzi, dalla stessa concreta adozione di una tal misura. I vizi procedimentali sono infatti suscettibili di ledere la libertà di autodeterminazione dell'amministrato e arrecare danni alla sua integrità patrimoniale, tanto che la responsabilità della p.a. dovrebbe desumersi dal comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione in modo contrario al diritto e non solo dal provvedimento in quanto tale, legittimo nella sostanza nonostante sia affetto da un vizio formale o procedimentale¹¹².

Gli interessi legittimi sono una situazione giuridica soggettiva a soddisfazione non garantita, in quanto incerto è l'esito dell'esercizio del potere nel procedimento amministrativo, nel quale si svolge il rapporto dinamico tra amministrazione e privati. Le regole procedimentali sui modi e i tempi del procedimento, che sono fonti di obblighi secondari all'interno del rapporto amministrativo, rendono al contrario gli interessi

¹¹¹ V. E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in Giustamm.it, 2017 e M. TRIMARCHI, *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *Giustamm.it*, 2018, 7, pp. 8 ss., che auspica l'estensione delle conclusioni cui è giunta l'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 all'attività autoritativa della p.a. Sull'ampliamento del modo di intendere l'ingiustizia del danno, in modo da includere anche la lesione degli interessi procedimentali, v. anche M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit., secondo cui «subordinare il risarcimento all'accertamento della cosiddetta spettanza del bene da parte della sentenza di annullamento significa negarlo sistematicamente, tranne che sia la stessa pubblica amministrazione, con un successivo atto favorevole, a “certificare” l'ingiustizia del danno arrecato col primo diniego (nel qual caso, però, non si risarcisce effettivamente l'interesse pretensivo al bene della vita, bensì il danno prodotto dal ritardo nel rilascio del provvedimento)».

¹¹² Così A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno, Relazione al Convegno La riforma del processo amministrativo in Italia e Spagna*, Palermo, marzo 2001. V. anche F.G. SCOCA, *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo. Relazione tenuta in occasione del Convegno di Messina del 26 settembre 2003 su “Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali (profili pubblicistici)”*, in *Giustamm.it*, 3, 2004, che, nel richiamare una sentenza della Corte di cassazione (Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157) critica nei confronti delle Sezioni Unite n. 500/1999, sostiene l'autonoma risarcibilità del danno sofferto in conseguenza dell'inadempimento dei doveri procedimentali e della violazione dei doveri di correttezza e buona fede. La tesi in esame viene sostenuta anche da F. CINTIOLI, *I danni risarcibili nella giurisdizione di legittimità: presupposti e condizioni. (L'alternativa tra provvedimento e attività amministrativa)*, in *Giustamm.it*, 12, 2005, che ricostruisce l'illecito derivante dall'attività amministrativa scongiurando che esso rimanga «imprigionato» nel provvedimento e ammettendo che il danno risarcibile possa non coincidere con il bene della vita perduto.

procedimentali interessi a soddisfazione garantita e fungono da fondamentali garanzie per i privati rispetto al corretto esercizio del potere amministrativo¹¹³. La pubblica amministrazione ha infatti il potere di rigettare le istanze dei privati, non già un obbligo di accoglierle come potrebbe ravvisarsi nell'ambito di un rapporto obbligatorio, ma essa ha di certo il dovere di essere corretta nell'esercizio del suo potere e di non ledere la libertà di autodeterminazione negoziale dei privati.

Nonostante l'art. 21-*octies*, c. 2 della legge n. 241 del 1990 preveda la c.d. sanatoria processuale dei vizi formali e procedimentali al ricorrere di specifici presupposti, la violazione delle regole procedimentali non può rimanere priva di conseguenze, altrimenti un comportamento dell'amministrazione, posto in essere in violazione di regole giuridiche vincolanti per l'amministrazione, darebbe luogo ad un provvedimento valido la cui impugnazione rimarrebbe priva di effetti concreti. Se l'annullamento del provvedimento per vizi solamente formali può essere considerata una misura eccessiva, ciò non giustifica la negazione di qualsiasi altra misura¹¹⁴.

L'unico rimedio che consente di non lasciare impunita la violazione in questione, che costituisce inosservanza di regole disciplinanti l'esercizio delle funzioni dei pubblici poteri, e, al contempo, di soddisfare il privato vittima delle scorrettezze procedimentali è il risarcimento dei danni subiti in conseguenza di queste ultime, la cui non facile prova rimane a carico del privato¹¹⁵, indipendentemente dalla legittimità del provvedimento finale eventualmente adottato dalla p.a.

Tale soluzione sembra di recente essere stata accolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 8236 del 2020, che ha riconosciuto la risarcibilità del danno derivante dall'affidamento riposto nella condotta procedimentale

¹¹³ V. in particolare E. FOLLIERI, *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, cit., che aveva auspicato esattamente quanto statuito dalla Suprema Corte.

¹¹⁴ F.G. SCOCA, *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo*, cit. Favorevole alla tesi considerata è E. FOLLIERI, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit., secondo cui le violazioni delle norme a tutela degli interessi procedimentali «comportano comunque il risarcimento per perdita di chance che è protetta dal mancato rispetto di ogni norma, anche meramente formale e procedimentale, sull'esercizio dell'azione amministrativa».

¹¹⁵ Sulla difficoltà di provare la *deminutio patrimonii* in conseguenza della violazione delle regole procedimentali v. F. CINTIOLI, *I danni risarcibili nella giurisdizione di legittimità: presupposti e condizioni*, cit.

dell'amministrazione che si determina poi in senso sfavorevole per il privato¹¹⁶. Il cittadino non lamenta in tal caso l'invalidità di un provvedimento amministrativo, la cui esistenza non è neppure presupposta, ma la mera violazione di «quei doveri generali di correttezza e buona fede di matrice civilistica la cui violazione fonda una responsabilità da lesione dell'affidamento del privato» e che trovano il loro fondamento nell'art. 2 Cost.¹¹⁷ A venire in gioco non è pertanto una responsabilità da cattivo esercizio della funzione amministrativa lesiva di interessi legittimi, ma una responsabilità da comportamento scorretto che lede il diritto soggettivo a non veder pregiudicata la propria autonomia negoziale. Mentre, come si è detto, gli interessi legittimi sono situazioni giuridiche soggettive a soddisfazione non garantita, i diritti soggettivi non sono mai sacrificabili legittimamente da parte della pubblica amministrazione.

Affrancare il risarcimento del danno dal presupposto dell'illegittimità amministrativa e legarlo all'illiceità del comportamento dell'amministrazione segna un'importante conquista nel cammino verso l'eguaglianza tra cittadino e amministrazione, che erode un privilegio della p.a. e riduce le «zone franche» di irresponsabilità riconosciute a favore della medesima. In tal modo non si rende più necessario accertare la spettanza del bene della vita in capo al cittadino per riconoscere in suo favore il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dei vizi formali e procedimentali, ma si assicura una tutela giurisdizionale piena ed effettiva al suo diritto all'autodeterminazione negoziale.

L'esame dell'evoluzione giurisprudenziale consentirà di verificare se il recente arresto delle Sezioni Unite appena considerato sia riuscito a contenere l'esaltazione da parte del giudice amministrativo dell'anima legata all'*imperium* del diritto amministrativo, promuovendo la risarcibilità dei danni collegati almeno mediamente, sembrerebbe, all'esercizio illegittimo delle funzioni pubbliche ed estendendo la responsabilità della pubblica amministrazione alle perpetrate violazioni delle regole procedimentali, pur sempre causa di danni per il cittadino. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana

¹¹⁶ Sul punto, più diffusamente, sia consentito un rinvio a C. DE NICOLA, *Fungibilità della tutela costitutiva e risarcitoria al vaglio del principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

¹¹⁷ Cass. civ., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236, par. 30.3.

sopra esaminata si colloca in forte antitesi con tale opzione interpretativa, giungendo addirittura a negare la tutela risarcitoria per violazione di un obbligo comportamentale della p.a. oggi espressamente previsto dalla legge all'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990.

La stessa sentenza n. 7 del 2021 dell'Adunanza Plenaria intervenuta sul tema sembra ribadire, in apparente contrasto con la lettera della norma appena citata, che il danno da ritardo presuppone sempre la fondatezza della pretesa sostanziale del privato e dunque la prova della spettanza del bene della vita cui quest'ultimo aspira. In verità, ciò è quanto si impone in caso di danno da mancato o ritardato conseguimento del bene della vita connesso all'esercizio del potere, ove la *causa petendi* della domanda risarcitoria coincide con l'interesse legittimo. Ove il danno lamentato derivi dal ritardo mero, la *causa petendi* della domanda si ravvisa nel diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale, in quanto il comportamento inerte dell'amministrazione ha originato una situazione di incertezza che ha impedito al privato di esercitare la sua libertà negoziale generando pregiudizi risarcibili.

9. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

A proposito della sfera di immunità elaborata dalla giurisprudenza in favore della pubblica amministrazione contraente, un ruolo centrale ha rivestito per lungo tempo l'inapplicabilità delle fattispecie tipiche di responsabilità precontrattuale nei riguardi della medesima p.a. L'evidenza pubblica veniva considerata infatti un limite invalicabile da parte del giudice ordinario, che non poteva ingerirsi nell'attività amministrativa. La Corte di cassazione affermava che «non è concepibile una *culpa in contrahendo* da parte della pubblica amministrazione, perché questa, nel determinarsi a contrattare con i privati usa di un libero potere discrezionale e può sempre annullare ogni trattativa, pur quando il privato abbia prestato il suo consenso e si sia già obbligato verso di essa»¹¹⁸.

Si ravvisava una contraddizione tra la naturale imparzialità della p.a., considerata baluardo di correttezza, e l'imposizione nei suoi riguardi dell'obbligo di comportarsi

¹¹⁸ Cass. civ., 12 luglio 1951, n. 1912, in Giur. compl., Cass. civ., 1951, III, 1.

secondo buona fede. Stante la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, era infatti inconcepibile configurare un comportamento scorretto della p.a.¹¹⁹

La dottrina ha fornito un fondamentale contributo all'erosione dei privilegi dell'amministrazione contraente, distinguendo in particolare il ruolo dell'amministrazione quando svolge attività nel pubblico interesse da quello ricoperto come parte del rapporto contrattuale. Il giudice, infatti, è chiamato a valutare se il soggetto amministrativo si sia comportato da «corretto contraente», non da «corretto amministratore», non dovendo il giudice accertare se «abbia bene o male apprezzato il pubblico bisogno, ma se, nel comportamento conseguito a tale apprezzamento o ad esso afferente, si sia comportato in modo tale da violare» i principi del codice civile. «I due piani sono nettamente distinti»¹²⁰. In tal modo si è superata l'obiezione che faceva leva sulla natura pubblicistica del procedimento di evidenza pubblica e si è concluso per la piena operatività dei canoni di buona fede e correttezza nei confronti della p.a.¹²¹

Oggi la dottrina distingue infatti, da un lato, i principi tipici e propri dell'amministrazione pubblica, che regolano generalmente l'attività amministrativa e, eccezionalmente, l'attività di soggetti privati, quali contrappesi a favore dell'amministrato nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo; dall'altro, i principi generali del diritto, che nascono nella tradizione del diritto dei privati, ma sono applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, operando tanto quali contrappesi all'esercizio del potere autoritativo della p.a., quanto quali criteri equilibratori dell'attività privatistica della p.a.¹²² Di questi ultimi, proprio per la loro valenza generale, si dovrebbe tener conto nello scrutinare gli effetti sistemici che le deroghe alla disciplina di diritto comune in favore delle amministrazioni producono, sfruttando in particolare la c.d. funzione limitativa del potere propria dei principi giuridici, che si affianca alla c.d.

¹¹⁹ Sul punto v. A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, pp. 72 ss.

¹²⁰ M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, p. 462, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., I, p. 495.

¹²¹ V. ancora A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., pp. 94 ss.

¹²² Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021, pp. 33 ss., spec. pp. 53 ss.; L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, cit.

funzione interpretativa e a quella c.d. integrativa dei medesimi. La prima funzione è infatti volta a limitare i poteri e i privilegi del soggetto pubblico¹²³.

Il principio di eguaglianza, in particolare, ha indotto la giurisprudenza a sindacare il comportamento della p.a. alla stregua di quello tenuto da qualsiasi altro privato, consentendole di riconoscere che il controllo giudiziale in materia non invade la sfera interna delle determinazioni della parte pubblica, ma riguarda solamente le manifestazioni della medesima esteriormente percepibili dal soggetto privato, le quali fanno sorgere un'esigenza di protezione di quest'ultimo alla luce dei principi di affidamento e di apparenza¹²⁴. La buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. significa infatti correttezza ed impone di non violare l'affidamento di controparte nella stipulazione del contratto. In caso contrario sarebbe legittimato qualsiasi comportamento sleale della p.a., conferendo ad essa un indebito privilegio contrastante con il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.¹²⁵

Tuttavia, nonostante l'affermazione di principio dell'equiparazione del contraente pubblico a quello privato sul versante della responsabilità precontrattuale, per lungo tempo la giurisprudenza ha continuato in realtà a distinguere la responsabilità della p.a. facente ricorso alla trattativa privata da quella della p.a. che individuava la controparte in forza di procedimenti amministrativi di evidenza pubblica. Nel secondo caso, infatti, si considerava assente una trattativa tecnicamente intesa, che sussisteva asseritamente solo nello stadio più avanzato facente seguito all'aggiudicazione della gara. Prima di questo momento si riteneva insussistente un rapporto personalizzato qualificabile come trattativa

¹²³ Sulla funzione limitativa del potere propria dei principi giuridici v. ancora M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, pp. 65 ss.; E.A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 4, pp. 980 ss.; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Parigi, 1954; J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit*, Parigi, 2003.

¹²⁴ Le responsabilità precontrattuale della p.a. è stata per la prima volta ammessa da Cass. civ., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Giust. civ.*, 1961, I, pp. 2034 ss., nella quale si è affermato che la discrezionalità amministrativa si esaurisce quando la p.a. agisce *iure privatorum*.

¹²⁵ Così C. GAETANI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimento legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 9, 2015.

c.d. «affidante» e il partecipante era considerato titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di scelta¹²⁶.

La giurisprudenza amministrativa ha lentamente riconosciuto un obbligo della p.a., nel corso delle procedure di evidenza pubblica, di rispettare le norme sulla correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ., oltre che quelle dettate nell'interesse pubblico. Dapprima, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 2005 ha rinvenuto la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante in caso di revoca della procedura ad evidenza pubblica con provvedimento lesivo dei principi di correttezza e buona fede, ancorché legittimo¹²⁷.

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa ha ravvisato la medesima responsabilità anche in ipotesi di attività provvedimentale illegittima o di comportamento scorretto antecedente all'aggiudicazione, ove il comportamento della p.a. sia contrario ai principi di correttezza e buona fede e il danneggiato non chieda il risarcimento per la lesione del bene della vita sotteso all'interesse legittimo, ovvero sia la spettanza del contratto non concluso, ma per il *vulnus* inferto alla sua libertà di autodeterminazione negoziale a causa di una contrattazione non corretta, che ha leso il suo incolpevole affidamento¹²⁸. La procedura di evidenza pubblica è stata considerata a tutti gli effetti parte integrante delle trattative negoziali, quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale.

La correttezza e buona fede precontrattuale sono infatti divenute strumenti di tutela delle libertà individuali grazie a una lettura costituzionalmente orientata dell'art.

¹²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Foro it.*, 1993. Sul punto v. F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali. Nota a sentenza, Cass. civ. Sez. Unite, 5 dicembre 1995, n. 12523*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 3, 1 marzo 1996.

¹²⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6. In senso critico verso una piena applicazione della normativa civilistica in materia v. C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2016, pp. 1510 ss.

¹²⁸ Cons. St., sez. V, n. 5245 del 2009 e sez. IV n. 662 del 2012. Sull'argomento v. C. GAETANI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, cit., che distingue la responsabilità precontrattuale c.d. spuria o atecnica, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi, la quale altro non è se non un'ordinaria responsabilità extracontrattuale da lesione di interessi legittimi connessa alle trattative precontrattuali, dalla responsabilità precontrattuale c.d. pura o tecnica, che attiene propriamente alla violazione dei canoni privatistici ex artt. 1337 e 1338 cod. civ. e non a quelli pubblicistici. Nel secondo caso sussiste la violazione del diritto soggettivo alla autodeterminazione negoziale derivante dalla violazione di regole di comportamento.

1337 cod. civ., che ha consentito di prediligere un'interpretazione estensiva della norma coerente con il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.¹²⁹

Questo orientamento giurisprudenziale è stato consacrato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2018, che ha reso diritto vivente la definitiva erosione dei privilegi dell'amministrazione sul piano della *culpa in contrahendo* della p.a. Essa ha infatti ammesso, una volta per tutte, la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante anche prima dell'aggiudicazione del contratto, tanto antecedentemente, quanto successivamente alla pubblicazione del bando. La p.a. è stata così chiamata ad osservare le norme fondamentali dell'ordinamento giuridico, inclusi i doveri di lealtà e correttezza, anche durante la fase di evidenza pubblica in cui esercita poteri autoritativi, pena la sussistenza di zone franche della responsabilità della p.a.

Il privato, per essere risarcito, deve provare che in mancanza di quel comportamento scorretto non avrebbe assunto le scelte negoziali adottate a causa dell'ingerenza nella sua libertà di autodeterminazione, dimostrando il suo affidamento incolpevole, il dolo o la colpa della p.a. e la lesione della sua libertà di autodeterminazione, insieme alle perdite economiche subite e al nesso causale tra queste ultime e il comportamento scorretto della p.a.

La sentenza n. 5 del 2018 citata consacra un modello di pubblica amministrazione permeato dai principi di correttezza e buona amministrazione, tutelando il ragionevole affidamento nell'altrui condotta corretta e protettiva. Nell'ambito dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione, infatti, la pronuncia ha chiarito che «da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si aspetterebbe dal *quisque de populo*».

¹²⁹ Sul principio di buona fede e sulla sua portata generale nel diritto amministrativo v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001. Sul principio di correttezza cfr. L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005. Sull'estensione generale dei principi di *good faith* e *fairness* nell'attività dei pubblici poteri v. T. BINGHAM, *The Rule of Law*, Londra, 2011, p. 60 ss. Sugli argomenti considerati, non da ultimo, v. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 53 ss.

In tal modo sembra essersi definitivamente superato un importante limite alla responsabilità dell'amministrazione in sede precontrattuale per la violazione dei canoni di buona fede e correttezza, la cui rilevanza per l'intera attività dell'amministrazione, svolta tanto in forma pubblicistica, quanto in forma privatistica, è stata sancita dal legislatore con il nuovo art. 1 comma 2-*bis* della l. n. 241 del 1990 sopra ricordato, che ha trasformato la buona fede nei confronti della p.a. da principio generale non scritto in principio di diritto positivo valevole anche per la p.a.

Quanto detto sinora è stato di recente confermato dalla sentenza n. 21 del 2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha ammesso la possibilità che il provvedimento amministrativo possa essere per il soggetto beneficiario fonte di un «legittimo e qualificato affidamento», la cui lesione per effetto del successivo annullamento in sede giurisdizionale lo legittima a domandare il risarcimento del danno nei confronti dell'amministrazione. La pronuncia ha affermato che «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi».

Il Supremo Consesso ha ribadito che la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale è posta a presidio dell'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili, dunque del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. «La reintegrazione per equivalente è pertanto ammessa non già in relazione all'interesse positivo, corrispondente all'utile che si sarebbe ottenuto dall'esecuzione del contratto, riconosciuto invece nella responsabilità da inadempimento, ma dell'interesse negativo, con il quale sono rimate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative». La sentenza ha anche negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, riscontrando la necessità di verificare

in concreto la sussistenza di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara.

Tuttavia, nel merito, la possibilità di ravvisare un tale affidamento incolpevole meritevole di essere risarcito è stata notevolmente ridotta dall'Adunanza Plenaria in considerazione. Rispetto all'ipotesi in cui l'affidamento suddetto sia leso dall'esercizio del potere di autotutela dell'annullamento d'ufficio, nella sentenza si legge che se «il motivo di illegittimità che ha determinato la stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi»¹³⁰; nel caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, si dice invero che «emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio».

In questo modo il Supremo Consesso ha finito per privare di concreta utilità la tutela cautelare. Infatti, normalmente il ricorrente ha interesse a ottenere la tutela cautelare per evitare che, dopo l'impugnazione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante concluda il contratto con il controinteressato, ciò che diminuisce le concrete possibilità di conseguire una tutela in forma specifica del bene della vita cui si aspira mediante il

¹³⁰ In questo senso, Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674, che ha affermato al riguardo che «al fine di escludere la risarcibilità del pregiudizio patito dal privato a causa dell'inescusabilità dell'ignoranza dell'invalidità dell'aggiudicazione, che il giudice deve verificare in concreto se il principio di diritto violato sia conosciuto o facilmente conoscibile da qualunque cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità».

subentro nel contratto. Parimenti, nel caso di impugnazione di un titolo edilizio, si vuole prevenire l'aggravamento del pregiudizio lamentato dal ricorrente mediante la prosecuzione dell'attività edilizia. Negando il ricorrere di un affidamento incolpevole in capo al controinteressato dal momento in cui questo riceve la notifica del ricorso per l'annullamento, la Plenaria induce lo stesso ad interrompere la sua attività di predisposizione di risorse e mezzi per giungere alla conclusione ed esecuzione del contratto o alla realizzazione dell'intervento edilizio, le cui spese non sarebbero risarcite dall'amministrazione stante, secondo il giudice amministrativo, l'infondatezza nel merito della domanda risarcitoria. Ciò che normalmente è il risultato del conseguimento della tutela cautelare si realizza così mediante la mera attivazione della tutela di cognizione, da sola sufficiente ad evitare che il tempo del processo pregiudichi il ricorrente che ha ragione¹³¹.

Parimenti, con riguardo all'affidamento ipotizzabile di fronte all'esercizio del potere di autotutela, per l'Adunanza Plenaria il suddetto affidamento sembra operare non solo come limite di validità dell'annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, ma anche come limite di responsabilità dell'esercizio del medesimo potere. Infatti, la legittimità dell'annullamento d'ufficio presuppone la sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto diverso dal mero ripristino della legalità violata prevalente rispetto all'interesse contrapposto del privato, il cui affidamento sulla stabilità del provvedimento deve essere dunque legittimamente sacrificato. Ipotizzare in questa ipotesi, al contempo, un affidamento ingiustamente sacrificato, suscettibile di essere tutelato in via risarcitoria ma non in forma specifica, sembra originare una contraddizione difficilmente compatibile con quanto appena detto, dal momento che ove l'affidamento fosse stato ingiustamente sacrificato occorrerebbe impugnare con l'azione di annullamento il provvedimento che è causa di un siffatto sacrificio e non già domandare il risarcimento dei danni subito in conseguenza di esso.

10. LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. NELLE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA O AGGRAVATA: A) LA RESPONSABILITÀ DA COSE IN CUSTODIA.

¹³¹ Secondo il noto insegnamento chiovendano, cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933.

Per molto tempo la «rete di contenimento» della responsabilità delle amministrazioni è stata favorita anche dalla giurisprudenza del giudice ordinario, che, con particolare riguardo alla responsabilità da comportamento materiale, tendeva ingiustamente a limitare l'applicabilità di talune norme del codice civile nei confronti dell'amministrazione. Si tratta in particolare delle norme che aggravano il modello di responsabilità rispetto a quello ordinario, presumendo la colpa del danneggiante o riconoscendo a suo carico una responsabilità oggettiva che ammette solamente la prova contraria del caso fortuito, con evidente *favor* e più ampia garanzia per il cittadino danneggiato.

Tra queste viene in rilievo in primo luogo l'art. 2051 cod. civ., riguardante il danno cagionato da cose in custodia. Tale norma ha assunto una particolare importanza nella casistica attinente ai danni subiti dagli utenti della strada, che spesso sono beni demaniali di enti pubblici.

In una prima fase, la preoccupazione pratica legata alla difficoltà di pretendere una continua e costante vigilanza sui beni pubblici demaniali ha indotto la giurisprudenza ordinaria ad escludere l'applicabilità dell'art. 2051 cod. civ. alle pubbliche amministrazioni, negando la riconoscibilità del rapporto di custodia in capo ad esse¹³². Santi Romano trovava disdicevole che la pubblica amministrazione fosse considerata responsabile secondo le norme del codice civile del danno derivato dal difetto di manutenzione delle strade e auspicava l'introduzione di una speciale disciplina della responsabilità aquiliana improntata ai criteri del diritto pubblico¹³³.

A partire dagli anni Settanta talune sentenze hanno cominciato ad ammettere questo tipo di responsabilità nei confronti della p.a., ma con importanti limitazioni, prima tra tutte quella che richiedeva la condizione per cui la vigilanza sul bene fosse concretamente possibile. L'estensione territoriale e l'uso generale e diretto da parte degli utenti dei beni demaniali escludeva la possibilità di ravvisare in capo alla p.a. una

¹³² Cass. civ., 29 novembre 1966, n. 2806; Cass. civ., 5 febbraio 1969, n. 385. Il rapporto di custodia si compone di tre elementi: il potere di controllare la cosa, quello di modificare la situazione di pericolo creatasi e quello di escludere qualsiasi terzo dall'ingerenza sulla cosa.

¹³³ S. ROMANO, *Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche*, in *La legge*, 1904, ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, pp. 171 ss.; sul punto v. F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, II, pp. 1561 ss.;

vigilanza su tali beni idonea ad evitare l'insorgere di situazioni di pericolo per gli utenti, di modo che la responsabilità a titolo di custodia veniva limitata a categorie di beni demaniali ad uso non generale e diretto oltre che di ridotte dimensioni¹³⁴. Per potersi avvalere del più favorevole regime di cui all'art. 2051 cod. civ. l'attore danneggiato era pertanto gravato del quasi impossibile onere della prova circa l'esistenza del rapporto di custodia, in mancanza del quale tornava ad operare il regime ordinario che gli imponeva di provare, in modo ancor più gravoso, la colpa della p.a.

L'unica ipotesi in cui si ammetteva la responsabilità della p.a. era quella in cui fossero presenti «insidie o trabocchetti», considerati quei pericoli occulti creati colposamente dall'amministrazione e caratterizzati dalla non visibilità e dall'imprevedibilità. L'onere della prova della loro ricorrenza gravava anche in tal caso sul cittadino danneggiato, in quanto la colpa integra uno degli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 cod. civ. Il generale precetto del *neminem laedere* veniva ridotto al ben più delimitato dovere di evitare che il bene presentasse per l'utente una situazione di pericolo non visibile, non prevedibile e non evitabile dallo stesso con l'ordinaria diligenza¹³⁵. Talvolta la giurisprudenza escludeva poi l'insidia quando ricorreva una colpa concorrente del danneggiato, ravvisando un'intrinseca incompatibilità tra insidia e concorso di colpa del danneggiato¹³⁶.

Una giurisprudenza di tal genere, com'è stato giustamente osservato, poneva il problema di una irragionevole applicazione differenziata dell'art. 2051 cod. civ. nei confronti della p.a. rispetto al cittadino privato e configurava un'area di ingiustificato privilegio a favore della stessa¹³⁷, priva di fondamento positivo.

Sulla questione è intervenuta la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 156 del 1999, si è pronunciata sulla dubitata legittimità del diritto vivente che limitava la

¹³⁴ Cass. civ., sez. III, 30 ottobre 1984, n. 5567; Cass. civ., 7 gennaio 1982, n. 58; per altri richiami giurisprudenziali v. G. AVANZINI, *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, pp. 261 ss.

¹³⁵ F. FIORENTINO, *Segnaletica stradale e profili di responsabilità civile dell'ente inadempiente: l'evoluzione giurisprudenziale ed un auspicio di riforma*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6, 2017, pp. 1984 ss.

¹³⁶ Trib. La Spezia, 4 gennaio 1993, in *Arch. giur. circ.*, 1993, pp. 333 ss. Cass. civ., 3 dicembre 2002, n. 17152.

¹³⁷ V. ancora G. AVANZINI, *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, cit., pp. 261 ss.

responsabilità della pubblica amministrazione ad alcuni beni o alla presenza di un'insidia. Dopo aver ammesso che la peculiarità del bene può giustificare una diversità di giudizio in ordine ai presupposti applicativi della disciplina in esame, senza che ciò configuri un contrasto con il principio di uguaglianza, la Corte ha chiarito che i requisiti dell'estensione del bene e dell'uso generale e diretto da parte degli utenti possono costituire meri indici dell'impossibilità di un controllo concreto sul bene, ma non attestano automaticamente l'impossibilità della custodia. La demanialità del bene, la sua notevole estensione o l'esposizione ad uso generale e diretto non escludono pertanto di per sé la responsabilità della p.a. *ex art. 2051 cod. civ.*, il cui presupposto del rapporto di custodia deve essere accertato di volta in volta in base alle caratteristiche del bene e la cui assenza non esclude l'applicabilità dell'ordinario regime di cui all'art. 2043 cod. civ.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, ha reagito all'estensione dell'ambito di applicazione della norma in commento dapprima interpretandola quale fattispecie di responsabilità presunta, piuttosto che di responsabilità oggettiva, superabile fornendo la prova dell'assenza di colpa ove il danno si fosse verificato per un evento non prevedibile né superabile con la diligenza normalmente adeguata in relazione alla natura della cosa, alla sua funzione e alle circostanze del caso concreto¹³⁸. Successivamente, aderendo alla qualificazione della responsabilità in esame come responsabilità oggettiva, la giurisprudenza ha ravvisato frequentemente il ricorrere del fortuito, quale fattore interruttivo del nesso causale tra rapporto di custodia e danni provocati – spesso ravvisato nella condotta del danneggiato stesso¹³⁹ –, che avrebbe ragionevolmente impedito un tempestivo intervento riparatore da parte dell'ente custode a causa della repentina e non specificamente prevedibile alterazione dello stato della cosa¹⁴⁰.

Di recente, inoltre, la Corte di cassazione sembra propendere per un ritorno al passato laddove afferma che «la Pubblica Amministrazione ha un ampio potere discrezionale nella scelta dei luoghi dove apporre la segnaletica di pericolo»¹⁴¹,

¹³⁸ Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2006, n. 3651.

¹³⁹ Cass. civ., sez. III, 17 ottobre 2013, n. 23584; Cass. civ., sez. III, 5 novembre 2013, n. 24793; Cass. civ., 18 settembre 2015, n. 18317; Cass. civ., sez. III, 22 giugno 2016, n. 12895.

¹⁴⁰ Cass. civ., sez. III, 6 giugno 2008, n. 15042; Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2003, n. 488 e 13 gennaio 2003, n. 298.

¹⁴¹ Così Cass. civ., 19 gennaio 2017, n. 1289, che riprende la posizione espressa nel passato da Cass. civ., sez. III, 6 aprile 1982, n. 2131.

discrezionalità limitata dalla sola presenza di insidie o trabocchetti. Così statuendo, il conquistato criterio oggettivo per l'imputazione della responsabilità in esame viene posto in discussione e si assiste ad un parziale recupero di quel *favor* per il soggetto pubblico sotteso alla considerazione primaria del potere discrezionale della p.a. La stessa tendenza sembra essere assunta dalla giurisprudenza quando esclude la responsabilità della p.a. in presenza di segnaletica inidonea e illeggibile, affermando che «l'assenza di una intelligibile segnaletica stradale, laddove la circolazione possa comunque avvenire senza inconvenienti anche in mancanza di essa, essendo sufficienti e idonee a regolarla le norme del Codice della strada, non può ritenersi causa degli eventuali incidenti occorsi, e quindi non determina alcuna responsabilità dell'ente custode della strada per tali incidenti»¹⁴². In definitiva, in tali casi, come in quello in cui manca del tutto la segnaletica stradale, viene imposto uno sforzo di diligenza eccessivo in capo all'utente della strada¹⁴³.

Ad ogni modo, le Sezioni Unite della Corte di cassazione¹⁴⁴ hanno recentemente ribadito che l'art. 2051 cod. civ., nel considerare responsabile chi ha in custodia la cosa per i danni da questa cagionati, individua un criterio di imputazione della responsabilità che prescinde da qualunque connotato di colpa, sicché incombe sul danneggiato allegare, dandone la prova, il rapporto causale tra la cosa e l'evento dannoso, indipendentemente dalla pericolosità o meno della cosa stessa o dalle sue caratteristiche intrinseche. Il caso fortuito, rappresentato da fatto naturale o del terzo, è per contro connotato da imprevedibilità ed inevitabilità intesi in senso oggettivo, quale regolarità causale (o causalità adeguata), senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode. La Suprema Corte ha altresì precisato che le modifiche improvvise della struttura della cosa incidono in rapporto alle condizioni di tempo e divengono, col trascorrere del tempo dall'accadimento che le ha causate, nuove intrinseche condizioni della cosa stessa, di cui il custode deve rispondere.

10.1. B) LA RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ PERICOLOSA.

¹⁴² Cass. civ., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10520.

¹⁴³ Cfr. F. FIORENTINO, *Segnaletica stradale e profili di responsabilità civile dell'ente inadempiente: l'evoluzione giurisprudenziale ed un auspicio di riforma*, cit.

¹⁴⁴ Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n.20943.

Tra le ipotesi di responsabilità aggravata rientra l'art. 2050 cod. civ., inerente alla responsabilità per i danni cagionati nello svolgimento di un'attività pericolosa e rispetto alla quale vige una presunzione di responsabilità in capo all'esercente tale attività, ammesso solamente a provare «di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno».

Per lungo tempo la giurisprudenza ha escluso l'applicabilità della suddetta norma nei confronti delle amministrazioni. A fondamento di essa si ravvisava infatti l'esigenza di assicurare una tutela più rigida nei confronti del soggetto che ricava un'utile dall'attività pericolosa, laddove la p.a. eserciterebbe un'attività imposta dalla legge nel perseguimento di un interesse pubblico cui è estranea la logica del profitto. Si considerava, inoltre, l'accertamento di cui all'art. 2050 cod. civ. in termini di giudizio sull'attività discrezionale precluso al giudice ordinario¹⁴⁵.

Con il superamento dei due argomenti richiamati, il primo privo di fondamento normativo, il secondo anacronistico per le considerazioni sopra svolte¹⁴⁶, la giurisprudenza ha ammesso l'applicabilità della disciplina in considerazione alle attività inerenti al servizio elettrico, ferroviario e sanitario, alla gestione di un aeroporto, alla manutenzione di strade o alla costruzione di opere pubbliche¹⁴⁷.

Ad esempio, con riguardo allo svolgimento del servizio ferroviario, si afferma che la presunzione di responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa va riconosciuta quando il danno che ne derivi si ricolleggi ad uno specifico aspetto o momento del servizio stesso, il quale presenti connotati di pericolosità eccedenti il livello normale del rischio, così da richiedere particolari cautele preventive. Con riguardo alla produzione e fornitura di energia elettrica da parte dell'Enel (nella sua previgente veste pubblicistica), la responsabilità presunta *ex art. 2050 cod. civ.* presuppone la concreta gestione da parte di detto ente, secondo la giurisprudenza, di impianti, reti, linee o manufatti utilizzati per la produzione o distribuzione di energia elettrica e non sorge, al contrario, per la sola

¹⁴⁵ G. AVANZINI, *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, cit., pp. 261 ss.

¹⁴⁶ V. *supra*, cap. III, par. 8 e, più ampiamente, par. 2.

¹⁴⁷ Cass. civ., sez. II, 12 dicembre 1988, n. 6739, in *Arch. civ.*, 1989, p. 379.

astratta qualità di titolare dell'esercizio di linee elettriche e di proprietario dell'energia attraverso le stesse erogata¹⁴⁸.

Tuttavia, con riguardo al danno derivante da trasfusioni, secondo la Corte di cassazione la somministrazione di trasfusioni costituisce pacificamente un'attività pericolosa, ma i controlli compiuti dall'ente ministeriale non presentano contenuti tali da integrare gli estremi della pratica pericolosa. Pertanto, i centri trasfusionali rispondono ai sensi dell'art. 2050 cod. civ. per i danni inflitti ai pazienti in occasione di emotrasfusioni, mentre il Ministero della Salute soggiace alla norma generale di cui all'art. 2043 cod. civ.¹⁴⁹

10.2. C) LA RESPONSABILITÀ PER L'ILLECITO DEL DIPENDENTE.

Un altro importante traguardo nell'evoluzione giurisprudenziale favorevole all'applicazione delle norme civilistiche alla pubblica amministrazione è rappresentato dalla recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 13246 del 2019. Con tale pronuncia la Suprema Corte ha ammesso l'applicabilità dell'art. 2049 cod. civ. nei confronti della pubblica amministrazione, riconoscendo la ricorrenza di una responsabilità oggettiva per fatto altrui della p.a. quando il dipendente commette un illecito anche per finalità solamente personali, purché abbia sfruttato l'occasione derivante dall'attribuzione delle funzioni pubbliche e per tale ragione sia stato rinvenuto il c.d. nesso di occasionalità necessaria¹⁵⁰.

In passato, al contrario, il perseguimento di finalità personali da parte del dipendente veniva considerato motivo di rescissione del nesso di occasionalità necessaria, oltre che del rapporto di immedesimazione organica presupposto per ammettere la

¹⁴⁸ Così R. DANZA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2, 1999, pp. 449 ss. Cfr. Cass. civ., 4 aprile 1995, n. 3935.

¹⁴⁹ Così G. MIRABILE, *Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo la nozione di attività pericolose*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2, 2018, pp. 454 ss. Cfr. Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2015, n. 23210; Cass. civ., sez. VI, 3 marzo 2017, 5472.

¹⁵⁰ Al riguardo, per una più approfondita analisi dei due sistemi attualmente coesistenti in tema di imputazione della responsabilità dell'ente pubblico per l'illecito commesso dal proprio dipendente, l'uno fondato sul criterio del rapporto organico, tale da dar vita ad una responsabilità diretta dell'ente, l'altro fondato sul criterio del c.d. nesso di occasionalità necessaria, tale da generare una responsabilità indiretta del medesimo ente, e sulla collocazione degli illeciti dei funzionari commessi in occasione dell'esercizio del potere in una tale dicotomia, sia consentito rinviare a C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, pp. 917 ss.

responsabilità diretta della p.a. ex art. 28 Cost., tale per cui residuava solamente la responsabilità del dipendente¹⁵¹. Ciò anche al fine di preservare le finanze pubbliche, ricorrentemente invocate come valore costituzionalmente protetto da bilanciare con il diritto al risarcimento del danno¹⁵².

Con il recente arresto giurisprudenziale è stata conseguita una più intensa parificazione del datore di lavoro pubblico rispetto a quello privato grazie all'estensione del concetto di occasionalità necessaria: l'agire per finalità personali del dipendente, infatti, è stato considerato idoneo a recidere il rapporto di immedesimazione organica che rileva ai fini della responsabilità diretta di cui all'art. 28 Cost., ma non ad escludere la responsabilità indiretta della p.a. per il fatto illecito dei suoi domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti, in nome di una piena applicazione nei riguardi della p.a. del principio *cuius commoda eius et incommoda* che impone a chi si avvale dell'operato altrui di sopportarne i rischi e rispondere pertanto del loro operato¹⁵³.

In tal modo è stata favorita la possibilità per il danneggiato di conseguire il risarcimento dovuto, maggiormente assicurata dalla solvibilità del datore di lavoro pubblico rispetto alla più incerta condizione economica del preposto e dalla possibilità di conseguire il risarcimento anche in presenza di un illecito commesso con colpa lieve del dipendente¹⁵⁴. La condizione alla quale tale responsabilità sussiste, secondo la sentenza citata, è quella in virtù della quale l'amministrazione avrebbe dovuto prevedere e prevenire il potenziale sviluppo illecito del comportamento del preposto, non anomalo alla luce della peculiarità delle funzioni pubbliche attribuite, in quanto queste ultime

¹⁵¹ *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21408.

¹⁵² Al riguardo cfr. D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comparando*, in (a cura di) G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, pp. 240, 247. Già F. SATTA, *Responsabilità della PA*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1381, asseriva che il riconoscimento della responsabilità civile della p.a. avrebbe comportato un flusso di danni e quindi di costi non addebitabili alle casse dello Stato, oltre che un controllo di natura sociale, tradotto in termini giudiziari, dell'azione amministrativa che avrebbe travolto la ripartizione tradizionale dei poteri pubblici.

¹⁵³ In termini conformi Cass. civ., sez. III, ord. 16 novembre 2020, n. 25870. In senso critico verso il recente arresto giurisprudenziale v. V. TENORE, "*Occasionalità necessaria*" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A ex art. 2049 c.c per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez.un., 16 maggio 2019 n.13246), in *Giustamm.it*, 6, 2019.

¹⁵⁴ Come noto, infatti, i dipendenti pubblici rispondono solamente per dolo e colpa grave ex artt. 22 e 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, laddove l'amministrazione risponde di fronte ai terzi anche per colpa lieve.

avrebbero potuto ragionevolmente costituire occasione di commissione di illecito secondo l'accertamento imposto dalla causalità adeguata.

Le Sezioni Unite citate hanno chiarito che nessuna ragione giustifica più, «nell'odierno contesto socio-economico, un trattamento differenziato dell'attività dello Stato o dell'ente pubblico rispetto a quello di ogni altro privato, quando la prima non sia connotata dall'esercizio di poteri pubblicistici». La diversa soluzione volta a ravvisare la specialità della responsabilità della p.a. in ragione della natura pubblicista del soggetto responsabile, a cui aderiva una parte della giurisprudenza passata, si tradurrebbe infatti in una disparità di trattamento integrante un ingiustificato privilegio dello Stato o dell'ente pubblico, in palese contrasto con il principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1 Cost. Inoltre, essa violerebbe il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, «poiché escluderebbe quella più piena tutela risarcitoria, invece perseguibile con la concorrente responsabilità del preponente»¹⁵⁵.

In particolare, si è espressamente riconosciuto che la tutela dei diritti non può mai essere sacrificata in ragione di «generiche esigenze finanziarie pubbliche», che non giustificano una diversificazione del trattamento da riservare al preponente pubblico rispetto a quello privato. Richiamando sul punto la giurisprudenza della Corte EDU¹⁵⁶, le Sezioni Unite hanno precisato che la Convenzione EDU impone di apprestare un rimedio effettivo, consistente quanto meno in un'adeguata tutela risarcitoria in caso di loro violazione, ai diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione. «Non può più accettarsi, perché in insanabile contrasto con tali principi fondamentali e da superarsi con una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la conclusione che, quando gli atti illeciti sono posti in essere da chi dipende dallo Stato o da un ente pubblico (e cioè da chi è legittimo attendersi una particolare legalità della condotta), la tutela

¹⁵⁵ Cass. civ., sez. un., 16 maggio 2019, n. 13246. Già Federico Cammeo riconosceva che la responsabilità civile «non è più propria di quello privato che di quello pubblico; è un modo di sanzione necessario dovunque ci sono norme di diritto obiettivo», di tal che «può trasportarsi senza scrupolo dal campo del diritto privato, dove essa è formulata perché il diritto privato è più evoluto, nel campo del diritto pubblico», cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, p. 623, su cui v. G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, pp. 102 ss.

¹⁵⁶ Corte EDU, 14 novembre 2017, IV sez., Spahic e aa. c. Bosnia-Erzegovina, in ric. n. 20514/15 e altri; 11 giugno 2010, Grande Camera, GMgen c/ Germania, ric. 22978/05, pp. 115 a 119.

risarcitoria dei diritti della vittima sia meno effettiva rispetto al caso in cui questi siano compiuti dai privati per mezzo di loro preposti».

Vero è che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 235 del 2014, ha statuito che il principio di integrale riparazione del danno non gode di una garanzia costituzionale, tanto che il legislatore ordinario può talvolta ridurre l'entità del risarcimento riconosciuto al danneggiato senza con ciò trasformarlo in un ristoro solamente simbolico. Ciò è tuttavia condizionato dalla presenza di interessi pubblici da preservare, che nel caso sottoposto all'esame della Consulta sono stati ravvisati nell'interesse a mantenere basso il livello dei premi assicurativi. La Corte ha mostrato in tale occasione di tenere in debita considerazione gli effetti sistemici che l'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 139 del Codice delle assicurazioni private, d. lgs. n. 209 del 2005, produrrebbe: tale norma prevede un tetto massimo per il risarcimento del danno non patrimoniale da responsabilità civile automobilistica riferita alle lesioni di lieve entità, sospettata di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza rispetto al danno risarcibile in conseguenza di una differente fonte illecita. La Corte ha affermato che la natura obbligatoria del sistema assicurativo da r.c. auto rende indispensabile una limitazione del risarcimento, dal momento che, secondo la logica della socializzazione del rischio, il risarcimento assicurato alle vittime della strada viene riversato sui consociati chiamati al pagamento dei premi assicurativi. Un risarcimento pieno comporterebbe un innalzamento del livello dei premi assicurativi che rischierebbe di rendere l'assicurazione obbligatoria in questione inaccessibile per i consociati in condizione di indigenza economica.

Un interesse pubblico di tal genere, che consente di limitare il risarcimento del singolo in ragione dell'interesse generale alla luce degli effetti sistemici che l'eliminazione della norma incriminata produrrebbe sulla generalità dei consociati, non sembra ravvisabile nell'eventuale disapplicazione dell'art. 2049 cod. civ. nei confronti dei preponenti pubblici. Una tale disapplicazione non può infatti essere invocata in ragione della mera natura pubblica del soggetto chiamato a rispondere dell'illecito commesso dal dipendente, tanto alla luce della totale mancanza di interessi pubblici da preservare nello svolgimento dell'attività materiale della p.a., quanto alla luce della inidoneità delle ragioni di finanza pubblica a sorreggere una soluzione di segno opposto.

In caso contrario sarebbe pregiudicata la generalità dei consociati, sempre chiamata a sopportare il rischio dei danni derivanti da qualsiasi attività della p.a., senza che ciò risponda a canoni di prevedibilità o di razionale allocazione del rischio rispondenti al tipo di attività intrapresa da ciascun consociato. Più che una considerazione in chiave sistemica dell'interesse generale, si avrebbe in tale eventualità un'esaltazione dell'interesse puntuale dell'amministrazione, con un ritorno alla logica dei privilegi della p.a.

La giurisprudenza ricordata ha condotto alla progressiva erosione di importanti posizioni di privilegio delle amministrazioni in tema di responsabilità da comportamento illecito, stimolando queste ultime ad adottare adeguate misure precauzionali, oltre che a potenziare la manutenzione e la vigilanza sui propri beni e sulla propria attività. Tuttavia, essa si è per molti versi allontanata dal modello civilistico della responsabilità civile, pur rimanendo formalmente ad esso radicata, esaltando anche in tale settore l'anima legata all'*imperium* del diritto amministrativo a discapito dei cittadini.

Anche i giudici civili hanno spesso ceduto alla tentazione di reintrodurre in via interpretativa forme di limitazioni della responsabilità della p.a. Tale tendenza sembra avvalorata dalla persistente vigenza, anche nella materia appena esaminata, di alcune norme di «diritto privato speciale», le quali alimentano il meccanismo di costruzione della specialità amministrativa che assume come necessario l'adattamento della normativa civilistica alle specifiche caratteristiche e logiche del soggetto pubblico.

L'esame di alcune di queste disposizioni consentirà di dimostrare l'insussistenza di ragioni siffatte e confermerà la necessità di eliminare tutti i residui privilegi delle amministrazioni nella materia della responsabilità civile.

11. LE NORME DI «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

Nonostante il ruolo fondamentale rivestito dal formante giurisprudenziale nella costruzione della specialità della responsabilità della pubblica amministrazione, esistono ancora oggi talune norme che dettano nella materia considerata una disciplina particolare per le amministrazioni e che possono pertanto dirsi di «diritto privato speciale».

Tra queste ricordiamo innanzi tutto la limitazione della responsabilità sancita per alcune Autorità indipendenti. Il comma 6-*bis* dell'art. 24 della legge n. 262 del 2005, introdotto dall'art. 4, comma 3, lett. d) del d. lgs. n. 303 del 2006, prevede infatti che «6-*bis*. Nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo le Autorità di cui al comma 1 e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i componenti dei loro organi nonché i loro dipendenti rispondono dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave». Le Autorità di cui al comma 1 sono la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap (oggi Ivass) e la Covip.

Tale norma, che esclude la responsabilità per colpa lieve delle amministrazioni citate, è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinario. Per taluni, essa limita il rischio di *overdeterrence* dei funzionari scongiurando una paralisi e un'eccessiva burocratizzazione dell'*agere* amministrativo. Inoltre, essa consente di evitare il c.d. fenomeno della *deep pocket*, «secondo il quale l'autorità finirebbe per essere la c.d. "tasca profonda" alla quale attingere per qualsiasi ipotesi di danno subita dagli investitori a causa del mancato o insufficiente controllo dell'autorità sull'operato scorretto degli intermediari (una sorte di assicurazione contro i rischi per gli investimenti non andati a buon fine)», con possibile incremento degli atteggiamenti di *moral hazard* da parte degli investitori. Tale fenomeno potrebbe essere alimentato laddove prendesse piede la tendenza a favorire una sorta di «compensazione sociale» operata dal giudice a favore della parte debole¹⁵⁷.

Tuttavia, in realtà, l'argomento fondato sull'*overdeterrence* dei funzionari non consente di estendere l'irrilevanza della colpa lieve¹⁵⁸, già operante nei riguardi dei funzionari, in favore dell'apparato – amministrazione, che, al contrario, a maggior ragione dovrebbe rispondere a titolo anche di colpa lieve. In caso contrario si configurerebbe un'area di irresponsabilità dell'amministrazione, contrastante con il

¹⁵⁷ Per tale ricostruzione v. D. STANZIONE, *Sulla responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: substance over form. Nota a: Cassazione civile, 23 marzo 2011, n.6681, sez. III*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2013, pp. 367 ss., che riporta, tra le altre, le posizioni di G. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis sub art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, pp. 221 ss.; A. MORA, *Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 2181 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 724; M. DE MARI, *I nuovi poteri della Consob e la vigilanza sull'attività d'intermediazione mobiliare*, in *Società*, 2009, pp. 846 ss.

¹⁵⁸ La cui *ratio* è quella di garantire il buon andamento della p.a. perseguendo l'interesse all'efficienza della pubblica amministrazione, cfr. Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

principio posto dall'art. 28 Cost., le cui conseguenze negative sarebbero addossate esclusivamente al soggetto danneggiato¹⁵⁹.

L'irragionevolezza della norma è resa evidente dalla mancanza di fondate ragioni che giustifichino la peculiare limitazione di responsabilità delle amministrazioni menzionate. Il pericolo della *deep pocket*, originato da una giurisprudenza irrispettosa dei requisiti necessari per fondare un giudizio di responsabilità, non può indurre il legislatore a soluzioni estreme, tali per cui per prevenire la condanna per qualsiasi ipotesi di danno, non imputabili all'Autorità di controllo, si finisce per negare il risarcimento di danni ad essa riconducibili. Per non violare il principio di ragionevolezza e, al contempo, assicurare una piena tutela giurisdizionale al danneggiato si sarebbe dovuto imporre alla giurisprudenza un corretto esame della ricorrenza del nesso causale, quale elemento costitutivo dell'obbligazione del risarcimento dei danni, piuttosto che aggravare il requisito soggettivo presupposto ai fini della responsabilità¹⁶⁰.

Ad ogni modo, il più alto *standard* di diligenza che si ritiene dovuto dalle Autorità indipendenti, stante le elevate competenze tecniche di cui le stesse sono fornite¹⁶¹, consente di configurare la loro «colpa grave anche quando non si faccia uso della diligenza, della perizia e della prudenza professionali esigibili in relazione al tipo di servizio pubblico o ufficio rivestito»¹⁶². Da tale assunto dovrebbe derivare un'interpretazione restrittiva del comma 6-*bis* dell'art. 24, l. 28 dicembre 2005, n. 262¹⁶³.

In materia di responsabilità del vettore, inoltre, l'art. 1681 cod. civ. prevede una disciplina particolarmente rigida nel caso di trasporto di persone, ove il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e dell'avaria delle

¹⁵⁹ D. SICLARI, *La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/2005: un primo monito della Cassazione?*, in www.dirittobancario.it.

¹⁶⁰ D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, pp. 404 ss.; ID, *La responsabilità civile della Consob tra limitazione ex lege e overcompensation giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, II, pp. 20, 21 e 23; S. RUSCICA, voce *Colpa della P.A.*, in *Digesto Disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2008, pp. 203 ss.

¹⁶¹ Sulle quali v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009.

¹⁶² A. MORA, *Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob*, cit., p. 2185.

¹⁶³ V. ancora D. STANZIONE, *Sulla responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: substance over form*, cit.

cose che il viaggiatore porta con sé se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Tale forma di responsabilità aggravata non operava per il vettore pubblico del trasporto ferroviario. L'art. 1 della l. 7 ottobre 1977, n. 754, modificando l'art. 13 del Regio Decreto Legge n. 1948 del 1934, convertito in legge n. 911 del 1935, prevede: «Se il viaggiatore, durante la permanenza sui veicoli ferroviari ovvero al momento in cui vi sale o ne discende, subisce un danno alla persona in conseguenza di un incidente che sia in relazione con l'esercizio ferroviario, l'amministrazione ne risponde a meno che provi essere l'incidente avvenuto per causa ad essa non imputabile»¹⁶⁴.

Veniva così ripristinata l'ordinaria regola di cui all'art. 1218 cod. civ., che ammette il debitore a fornire la prova liberatoria costituita, secondo la lettura oggettiva che della norma ha dato la giurisprudenza civile, dalla non imputabilità dell'inadempimento, dunque dalla prova della causa che ha determinato l'impossibilità della prestazione e della non imputabilità di essa in capo allo stesso debitore; non occorre invece fornire la più gravosa prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno secondo quanto previsto dall'art. 1681 cod. civ., in ciò specularmente all'art. 2050 cod. civ. in materia di danni provocati nell'esercizio di attività pericolosa.

La disciplina di privilegio stabilita per l'amministrazione che figurasse quale vettore ferroviario, rispetto all'ordinario vettore di altri mezzi di trasporto, risultava irragionevole e ingiustamente disparitaria, se si considera che il passeggero del trasporto ferroviario è la parte debole del contratto e quella normalmente più svantaggiata. Non sussistevano inoltre ragioni giustificative del diverso trattamento stabilito per il vettore pubblico rispetto a quello privato nella particolare materia del trasporto ferroviario, ove la dimensione del servizio e i pericoli ad esso sottesi impongono un'esigenza di protezione rafforzata del cittadino – passeggero.

Sull'argomento è intervenuto il Regolamento (CE) n. 1371/2007 del 23 ottobre 2007, che ha disciplinato i diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario ed ha introdotto un regime più rigoroso per la responsabilità del vettore: il trasportatore è

¹⁶⁴ Sull'argomento v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019, pp.1177-1178.

responsabile del danno derivante dalla morte, dal ferimento o da qualsiasi altro pregiudizio all'integrità fisica o psichica del viaggiatore che sia stato cagionato da un incidente che sia in relazione con l'esercizio ferroviario e sopravvenga durante la permanenza del viaggiatore nei veicoli ferroviari o al momento in cui egli vi entra o vi esce. Egli può andare esente da responsabilità solamente se dimostra che: a) l'incidente è stato causato da circostanze estranee all'esercizio ferroviario che il trasportatore non poteva evitare e alle cui conseguenze non poteva ovviare, nonostante abbia adottato la diligenza richiesta; b) l'incidente sia dovuto a colpa del viaggiatore; c) l'incidente sia dovuto al comportamento di un terzo che il trasportatore non poteva ovviare o alle cui conseguenze non poteva ovviare¹⁶⁵.

Il legislatore comunitario sembrerebbe pertanto aver introdotto una fattispecie di responsabilità oggettiva ammettendo il trasportatore a fornire una prova liberatoria per il solo caso fortuito¹⁶⁶, colpa del viaggiatore o fatto di un terzo non ovviabile, aggravando, con una discriminazione alla rovescia giustificata dalla particolare posizione di debolezza del viaggiatore ferroviario, la responsabilità del vettore ferroviario rispetto a quello ordinario. Dalla definizione di «impresa ferroviaria» contenuta nell'art. 3 dell'All. 1 al Regolamento citato, secondo cui è impresa ferroviaria quella definita all'art. 2 della direttiva 2001/14/CE, nonché «qualsiasi altra impresa pubblica o privata la cui attività consiste nella prestazione di servizi di trasporto di merci e/o passeggeri per ferrovia e che garantisce obbligatoriamente la trazione», deriva che la norma in questione è applicabile tanto al vettore privato, quanto al vettore pubblico.

A conferma di ciò, l'art. 11, comma 4 del Regio Decreto Legge n. 1948 del 1934, convertito in legge n. 911 del 1935, abrogato dall'art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 e dall'art. 2, comma 1, del D.L. 22 dicembre 2008 n. 200 ma ripristinato dall'articolo 1 della legge 18 febbraio 2009, n. 9 prevede oggi: «4. Responsabilità per danno alle persone. Se il viaggiatore subisce un danno nella persona in conseguenza di anormalità verificatasi nell'esercizio ferroviario, l'amministrazione ne risponde, a meno che provi che l'anormalità è avvenuta per caso fortuito o forza maggiore».

¹⁶⁵ Art. 26 dell'All. 1 al Regolamento (CE) n. 1371/2007 del 23 ottobre 2007.

¹⁶⁶ Al riguardo v. V. PICCININI, *L'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1371 del 2007 sui diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*, in *Giur. merito*, 7-8, 2010, pp. 1773B ss.

In conclusione, si può dire che oggi al viaggiatore è sufficiente provare l'evento produttivo del danno in conseguenza dell'anormalità del servizio, mentre l'amministrazione ferroviaria nerisponde oggettivamente salvo la prova che il danno stesso sia dipeso da caso fortuito o forza maggiore, ovvero dalla colpa esclusiva del danneggiato o di un terzo¹⁶⁷. Pertanto, l'ingiustificato *favor* che era stato introdotto dalla legge n. 754 del 1977 sembra essere stato superato.

La Corte costituzionale, dal canto suo, è intervenuta in più occasioni a dichiarare l'illegittimità costituzionale di alcune norme che privilegiavano l'amministrazione limitando la sua responsabilità.

Ad esempio, con la sentenza n. 1104 del 1988, ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 6 d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 e 89, comma 2 del r.d. 19 luglio 1941, n. 1198, nelle parti in cui limitavano la responsabilità del concessionario del servizio telefonico per interruzioni dovute a sua colpa. Già con la sentenza n. 303 del 1988, in tema di limiti alla responsabilità dell'amministrazione pubblica, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 6, 28, 48 e 93 del d.P.R. 29 marzo 1973 n. 156 «nella parte in cui dispongono che l'amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni non è tenuta al risarcimento dei danni, oltre all'indennità di cui all'art. 28, in caso di perdita o manomissione di raccomandate con le quali siano stati spediti vaglia cambiari emessi in commutazione di debiti dello Stato». Nella motivazione di tale pronuncia si evidenziava come i servizi pubblici essenziali, ai sensi dell'art. 43 Cost., dovessero essere organizzati e gestiti in forma d'impresa, secondo criteri di economicità, «i quali comportano la conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato», di tal che, nell'ordinamento attuale, non poteva più trovare alcuna giustificazione l'esistenza di un «privilegio del fisco» a favore del servizio postale. Tale servizio «non può essere più considerato un bene patrimoniale dell'erario e si configura invece, secondo il criterio organizzativo impartito dall'art. 43 Cost., come un'impresa gestita dallo Stato in regime di monopolio, ossia come una forma di partecipazione dello Stato all'attività economica».

¹⁶⁷ Cfr. CdA Roma, sez. III, 08 agosto 2017, n. 5342; CdA, Napoli, sez. IX, 25 maggio 2020, n. 1841.

Le medesime motivazioni sono state estese al settore dei servizi telefonici, «dove la presenza di un rapporto concessorio tende ad accentuare le caratteristiche imprenditoriali del servizio, nonché la sua naturale attrazione verso un regime di diritto comune». Pur non escludendo la possibilità di ravvisare una disciplina speciale per la responsabilità del concessionario, la Corte non ha ammesso «deroghe così incisive al regime comune suscettibili di alterare, al di là di ogni ragionevole giustificazione connessa alle esigenze oggettive del servizio, l'equilibrato componimento degli interessi dell'utente con quelli del concessionario», dovendo comunque le limitazioni alla responsabilità del concessionario del pubblico servizio «garantire un ristoro serio e non fittizio del danno subito dall'utente per colpa del concessionario», che la normativa in questione non garantiva.

Ancora, con la sentenza n. 74 del 1992 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 6, 28, 48 e 93 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni), nella parte in cui non eccettuavano dalla limitazione di responsabilità dell'Amministrazione delle poste per i danni derivati da perdita totale di corrispondenze raccomandate il caso di sottrazione dolosa del loro contenuto ad opera di dipendenti dell'Amministrazione medesima, in quanto tale esonero di responsabilità per un congruo risarcimento derogava senza giustificazione al principio della responsabilità concorrente dell'ente sancito dall'art. 28 Cost., in violazione del principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.

È stata considerata invero legittima l'esclusione del risarcimento dei danni, oltre la misura dell'indennità prevista dall'art. 48 del codice postale, nei casi in cui la perdita della lettera raccomandata, per ipotesi contenente titoli di credito all'ordine o nominativi, sia causata da fatti di disservizio dovuti a inefficienze organizzative o gestionali oppure a colpa, anche grave, di singoli dipendenti, scaricando anche in tal caso l'inefficienza amministrativa sulle tasche del privato danneggiato.

12. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SUI TRATTI SPECIALI DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Dagli esempi esaminati sembrerebbe che, talvolta, il legislatore abbia indotto alla fuga dal diritto comune nei confronti delle amministrazioni, dando linfa a una giurisprudenza che, non potendo spostare le frontiere del diritto pubblico, tende a spostare la posizione dell'amministrazione all'interno del diritto comune, di volta in volta adattato alle esigenze di presunti pubblici interessi, spesso più proclamati che sussistenti.

Le numerose norme di «diritto privato speciale» che in passato regolavano la materia della responsabilità civile della p.a. sono una delle cause che hanno condotto alla rete di contenimento elaborata dalla giurisprudenza amministrativa e ordinaria. Si è instillata infatti nei giudici la convinzione secondo cui la pubblica amministrazione deve soggiacere a regole sue speciali, coerenti con la natura pubblicistica del soggetto responsabile, di tal che, anche dopo l'abrogazione di numerose di queste norme di «diritto privato speciale», la tendenza è stata quella di disegnare una responsabilità civile speciale della p.a. in via giurisprudenziale, sulla scorta di quanto espressamente riconosciuto in Francia con il noto *arrêt Blanco*. È così che le norme positive hanno costituito l'anticamera della «fabbrica della specialità»¹⁶⁸: le ragioni che avevano condotto alla limitazione della responsabilità della p.a. in via legislativa sono state fatte proprie dal formante giurisprudenziale, che ha costruito uno statuto speciale per la responsabilità della p.a. che ancora oggi fatica ad essere superato.

Tale degenerazione rende necessario far maturare pienamente l'«età della responsabilità» della pubblica amministrazione, il che rende prospettabili due scenari alternativi: sollecitare un intervento del legislatore che riformi organicamente l'intera materia esaminata, introducendo una discriminazione alla rovescia che appesantisca il regime di responsabilità della p.a. per le ragioni esaminate; sollecitare un intervento delle Corti superiori, la Corte costituzionale o le Corti europee, che facciano uso degli strumenti di cui sono dotate e dei valori all'uopo necessari per porre un freno alla prassi autoritativa della giurisprudenza nazionale.

Un esempio di discriminazione alla rovescia a sfavore della p.a. è quello realizzato dalle direttive europee in materia di ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali

¹⁶⁸ Per tale nozione v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giust. Amm.*, 2014.

ed esaminato nel precedente capitolo. In particolare, è con la seconda direttiva in materia, la n. 2011/7/UE, che si è introdotta una specifica disciplina a sfavore delle pubbliche amministrazioni, meramente parificate alle imprese private dalla precedente direttiva n. 2000/32/CE, rimasta sostanzialmente inattuata. Infatti, a differenza delle imprese, le pubbliche amministrazioni si vedono applicati sempre gli interessi legali di mora e non possono concordare tassi differenti, né possono concordare termini di pagamento differenti da quelli per esse imposti dalla direttiva, in via generale non superiori a trenta giorni e, con riguardo a imprese pubbliche ed enti sanitari, non superiori a sessanta giorni¹⁶⁹.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte costituzionale neppure in tale materia pare aver assunto sinora una chiara posizione. Le pronunce di incostituzionalità che hanno fatto venir meno le norme di «diritto privato speciale» sembrano motivate più da ragioni economiche, volte a garantire la piena inclusione dei soggetti pubblici nei meccanismi concorrenziali, che da una visione d'insieme volta all'eliminazione dei privilegi della p.a. in nome della paritarietà dei rapporti tra amministrazione e amministrati. Nelle sentenze considerate sembra echeggiare una possibile apertura verso una disciplina speciale della responsabilità della p.a. qualora sussistano giustificate ragioni di interesse pubblico che, benché non sempre ravvisate nei casi esaminati, lasciano spazi alla riemersione della concezione fondata sulla superiorità dello Stato e a nuovi plausibili privilegi nel campo della responsabilità civile della p.a.

Ragioni di interesse pubblico legittimanti una speciale responsabilità della p.a. sono state considerate sussistenti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2017, che ha salvato il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo. Proprio la debolezza delle ragioni addotte in quella sentenza per salvaguardare la specialità della responsabilità della p.a., vale a dire le ragioni di stabilità finanziaria, dimostrano che i tempi non sono ancora maturi per giungere a proclamare l'avvenuto superamento di tutti i privilegi dell'amministrazione nella materia in esame, nonostante i non trascurabili passi avanti conseguiti. Per un superamento di tal fatta

¹⁶⁹ In argomento v. N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, cit.

sarebbe necessario un netto intervento da parte della Consulta che induca a ripensare una volta per tutte il rapporto tra amministrazione e amministrati.

La giurisprudenza costituzionale, al contrario, ha prodotto l'effetto di favorire la costruzione della specialità amministrativa in tema di responsabilità della p.a., in quanto la recente giurisprudenza amministrativa è stata indotta a «considerare la difficile posizione dell'Amministrazione, che, per natura, è esposta a un rischio elevato di violare situazioni giuridiche soggettive» per legittimare un'interpretazione restrittiva della responsabilità della p.a. Essa è così giunta ad affermare che «la scarsità delle risorse a disposizione dell'erario determina il fenomeno per il quale l'uso di mezzi finanziari per risarcire il danneggiato drena denaro pubblico dalle funzioni che deve perseguire per legge. (...) gli interessi pubblici intestati all'Amministrazione, già offesi dalla condotta illecita congiuntamente all'interesse privato di cui si chiede la riparazione, subiscono un'ulteriore conseguenza sfavorevole dall'adempimento dell'obbligo risarcitorio, specie allorquando lo Stato, inteso in senso complessivo, è fortemente indebitato e il costo del debito è superiore al tasso di crescita del PIL»¹⁷⁰.

Le ragioni esposte a fondamento del superamento delle tradizionali immunità della p.a. dovrebbero oggi consentire di abbandonare i retaggi del passato che continuano a riservare un trattamento privilegiato all'amministrazione, tale per cui il cittadino danneggiato dalla p.a., per ironia della sorte, ha minori probabilità di essere risarcito rispetto al cittadino danneggiato dal *quisque de populo*. Il che appare un'evidente contraddizione, stante l'aspettativa di maggior correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento che ci si attende «da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.)»¹⁷¹.

Si tornerà più avanti sul criterio dei «motivi imperativi di interesse generale» che si intende proporre per contenere la proliferazione della specialità esaminata e alla luce del quale, da un lato, si assume debbano essere lette le norme di «diritto privato speciale» che ancora residuano in materia di responsabilità civile della p.a., come meglio si chiarirà

¹⁷⁰ Così ancora C.G.A. Sicilia, 15 dicembre 2020, n. 1136.

¹⁷¹ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

insuscettibili di applicazione analogica; dall'altro, deve essere sottoposto ad attento vaglio in relazione ai motivi citati il formante giurisprudenziale considerato in questo capitolo.

CAPITOLO IV

IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» NELL'AMBITO DEGLI ESPROPRI ILLEGITTIMI

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. 2. L'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA. 3. L'OCCUPAZIONE USURPATIVA. 4. LE CRITICHE TRADIZIONALMENTE RIVOLTE AGLI ISTITUTI DELL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA. 5. L'ACCESSIONE INVERTITA SECONDO IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE». 6. L'ACQUISIZIONE SANANTE E LA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 43 DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI ESPROPRI. 7. L'ART. 42-BIS DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI ESPROPRI. 8. IL GIUDIZIO DELLE CORTI SULL'ART. 42-BIS. 9. LE SENTENZE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 2, 3 E 4 DEL 2020. 10. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» COME ANTICAMERA DELLA SPECIALITÀ AMMINISTRATIVA E LE CARENZE SUL PIANO DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ.

1. INTRODUZIONE.

La travagliata storia dei c.d. «espropri illegittimi» della pubblica amministrazione è stata tradizionalmente studiata dalla dottrina al fine di evidenziare la lesione del diritto di proprietà del privato, divenuto parte di un procedimento espropriativo viziato o destinatario di un comportamento materiale della p.a. assunto del tutto al di fuori di un contesto procedimentale. Il dibattito dottrinale, alimentato dai creativi arresti giurisprudenziali e dagli scadenti interventi normativi che hanno interessato la materia in esame, si è sforzato di individuare gli strumenti di tutela dei privati illegittimamente espropriati, tanto sul piano restitutorio, quanto sul piano risarcitorio e indennitario¹.

I paragrafi che seguono intendono ricostruire l'*iter* normativo e giurisprudenziale percorso dall'espropriazione illegittima della p.a. sino ai giorni nostri. Essi aspirano a fornire un'innovativa chiave di lettura dell'istituto, che in un primo momento ha rappresentato un esempio di «diritto privato speciale» di creazione giurisprudenziale. Il legislatore ha successivamente tentato di porre un freno alla deviazione dal diritto privato ideata dalla giurisprudenza al fine di fornire un fondamento giuridico ai fenomeni di occupazioni illegittime dei fondi privati da parte della p.a., conferendo a codesti

¹ Sulla tutela del privato nelle procedure espropriative si vedano in generale F. PUGLIESE, *L'occupazione preliminare nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984; F. VOLPE, *L'espropriazione senza potere*, Padova, 1996; F. BRUNO, *L'espropriazione sostanziale nell'evoluzione interpretativa della giurisprudenza di legittimità e merito*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p. 6.

comportamenti una base legale autonoma dagli istituti civilistici, collocata nella sfera del diritto amministrativo.

Ciò nonostante, l'analisi dello stato dell'arte, frutto del combinato disposto del vigente art. 42-*bis* del d.P.R. dell'8 giugno 2001, n. 327 (c.d. Testo unico sulle espropriazioni di pubblica utilità) e delle recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, consente di rilevare come l'attuale sistema giuridico risenta ancora della concezione autoritativa della pubblica amministrazione, esaltata dalla originaria riconduzione giurisprudenziale della materia in esame nell'ambito del «diritto privato speciale». L'impressione è infatti che l'istituto dell'occupazione acquisitiva, riconducibile alla «seconda via della specialità» e di seguito esaminato, abbia influenzato l'attuale consistenza della «prima via della specialità», costituita dal diritto amministrativo tradizionalmente inteso. In particolare, sembra ravvisarsi nella materia in esame quel fenomeno sotteso alla c.d. «fabbrica della specialità» di cui si è detto, in virtù della quale il «diritto privato speciale» conduce alla specialità amministrativa *tout court*².

Ad uscire sacrificato dal sistema vigente è ancora una volta il privato, che, dall'*excursus* di seguito ripercorso, risulta essere stato dapprima vittima di un illecito civile e successivamente destinatario di un potere amministrativo avverso il quale la tutela difetta dei requisiti di pienezza ed effettività costituzionalmente imposti dall'art. 24 Cost., oltre che, per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost., dagli artt. 47 della Carta di Nizza, 19 del Trattato sull'Unione europea e 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

2. L'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA.

L'istituto della c.d. «occupazione acquisitiva» affonda le sue origini nell'uso distorto che la pubblica amministrazione, nonché il legislatore, hanno fatto della c.d. «occupazione d'urgenza» di beni di proprietà privata. Quest'ultima era prevista dall'art. 71 della L. 25 giugno 1865, n. 2359 per l'esecuzione delle opere necessarie a fronteggiare le situazioni di forza maggiore e di assoluta urgenza dovute a calamità naturali e disastri.

² Su cui v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, cit., pp. 122-123; ID., *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3, 2013, pp. 687 ss.; ID., *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustizia amministrativa*, 6.5.2014. Cfr. cap. I, par. 6.1.

Prima l'amministrazione, poi il legislatore hanno dilatato la casistica dell'occupazione d'urgenza al di là dei menzionati casi strettamente necessari e sono stati estesi, con numerose proroghe legislative, i termini di durata provvisoria della medesima occupazione, inizialmente fissata in due anni³.

Al fine di assicurare alla p.a. l'acquisizione tanto delle opere pubbliche realizzate a seguito delle occupazioni d'urgenza scadute, quanto di quelle realizzate a seguito delle occupazioni abusive, la giurisprudenza amministrativa⁴ aveva inizialmente elaborato l'istituto della c.d. «espropriazione in sanatoria», realizzata per il tramite di un decreto di espropriazione *ex post* dotato di efficacia retroattiva. Gli effetti retroattivi connessi a tale provvedimento, privo di fondamento legale e perciò palesemente in contrasto con il principio di legalità, pregiudicavano il proprietario sul piano della riparazione economica, poiché si assumeva come mai commesso l'illecito aquiliano della p.a. fonte del pregiudizio economico, il quale finiva per non essere risarcibile.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la storica sentenza n. 1464 del 1983 che ha fatto giurisprudenza per lungo tempo, hanno così coniato il nuovo istituto della c.d. «occupazione appropriativa» o «occupazione acquisitiva», sconosciuto al diritto positivo, ma ispirato all'istituto civilistico dell'accessione invertita⁵ di cui all'art. 938 cod. civ. Si tratta infatti di un meccanismo di acquisto della proprietà a titolo originario in favore della p.a., che consegue all'occupazione di un fondo privato succeduta dalla sua irreversibile trasformazione in virtù della realizzazione dell'opera pubblica.

Il fondamento principale di siffatto meccanismo è stato ravvisato nel principio cardine in materia di accessione civilistica, quello cioè della prevalenza dell'interesse, in

³ Sul tema dell'occupazione d'urgenza v. F. PUGLIESE, *L'occupazione "preliminare" nel procedimento di espropriazione*, cit., pp. 43 ss.; A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, pp. 389 ss., in particolare pp. 392 ss.; R. TIBERI, *In tema di occupazione appropriativa e tutela del privato*, in *Giur. merito*, fasc. 4, 1997, pp. 890 ss.; F.C. IAIONE, *Le occupazioni illegittime tra espropriazione e usurpazione. Nota a Cassazione civile, 18 febbraio 2000, n. 1814, sez. I*, in *Giust. civ.*, fasc. 10, 2000, pp. 2655 ss.; A. GALLO, *Usucapione della p.a. e prospettive di tutela del privato*, in *Il foro Amm. – C.d.S.*, 2013, pp. 3563 ss.; S. MIRATE, *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un «punto e basta» o solo un «punto e a capo?»*, *Nota a Corte Costituzionale, 08 ottobre 2010, n. 293*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2011, pp. 69 ss.

⁴ *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1978, n. 14.

⁵ Sull'accessione invertita v. partic. A. TRAVI, *L'accessione invertita una nuova ipotesi di espropriazione*, in *Le Regioni*, 1991, pp. 1437 ss.

nome del quale l'acquisto a titolo originario della proprietà per accessione avviene in capo al portatore dell'interesse prevalente⁶. Quest'ultimo, di regola, è il proprietario del suolo cui accede la costruzione, in quanto per i principi *superficies solo cedit e accessorium sequitur principale* è la cosa principale – il suolo – ad attrarre la cosa secondaria – la costruzione –, in ragione della prevalenza funzionale della prima sulla seconda. Il rapporto tra cosa principale e cosa secondaria si presenta tuttavia invertito nei casi eccezionali di accessione invertita regolati dall'art. 938 cod. civ.: in tali ipotesi è la costruzione ad attrarre il suolo, in quanto nel corso della realizzazione di un edificio si occupa una minima porzione del fondo attiguo, la cui proprietà può essere acquisita a titolo originario dal proprietario della costruzione in ragione della prevalenza funzionale di quest'ultima sul fondo.

Nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati la cosa principale dotata di *vis attractiva*, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, è stata considerata l'opera pubblica costruita sul suolo privato occupato, in quanto destinata a soddisfare i bisogni della collettività. La pubblica amministrazione finiva per essere sempre portatrice dell'interesse prevalente, rinsaldando il principio della prevalenza funzionale dell'interesse pubblico⁷. Ciò consentiva alla p.a. di acquisire a titolo originario la proprietà del suolo pur in assenza di un formale provvedimento di esproprio. L'irreversibile trasformazione del fondo perfezionante la fattispecie acquisitiva del diritto di proprietà veniva fatta coincidere con il momento in cui l'opera fosse terminata nelle sue linee essenziali, non anche in tutti i suoi dettagli⁸. Al contempo, l'estinzione del diritto di proprietà configurava la lesione di un interesse meritevole di tutela, *id est* un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. Il privato perdeva dunque la possibilità di conseguire una tutela reale restitutoria del suo diritto di proprietà, definitivamente

⁶ Sull'occupazione acquisitiva e sul principio dell'interesse prevalente v. F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, pp. 73 ss.; F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, pp. 451 ss.; W. GIULIETTI, *La tutela nelle occupazioni illegittime tra diritto sostanziale e riparto di giurisdizione*, *Nota a Consiglio di Stato*, 09 luglio 2002, n.3819, sez. IV, in *Foro amm. CDS*, fasc. 2, 2003, pp. 550 ss.

⁷ Secondo Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, con nota di S. SALVAGO, *L'occupazione «usurpativa» non può essere espropriazione*, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 1857 ss., la prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato deve risultare da un'effettiva valutazione e ponderazione compiuta dalla competente autorità amministrativa ed esternata in atti tipici del procedimento amministrativo.

⁸ *Ex multis*, Cass. civ., sez. II, 16 gennaio 2007, n.869, secondo cui «l'irreversibile trasformazione del bene, che ne riveli la destinazione ad opera pubblica, avviene quando l'opera assume di fatto le caratteristiche proprie della categoria dei beni cui appartiene».

acquisito dalla p.a., e residuava in suo favore la sola tutela risarcitoria per equivalente. Quest'ultima era soggetta al breve termine di prescrizione quinquennale in ragione della qualificazione dell'illecito della p.a. in esame quale illecito istantaneo con effetti permanenti, perfezionantesi al momento dell'irreversibile trasformazione del fondo. Da tale giorno decorreva pertanto la prescrizione *ex art. 2947* cod. civ. per far valere il diritto al risarcimento del danno.

L'operatività del meccanismo sotteso all'occupazione acquisitiva presupponeva che l'occupazione del fondo da parte della p.a. fosse stata preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità, ovverosia dall'avvio di un procedimento espropriativo purtuttavia non terminato con un valido decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà. Infatti, era la dichiarazione di pubblica utilità che, imprimendo il vincolo di scopo sul fondo, consentiva di giustificare la prevalenza funzionale dell'opera rispetto al fondo in ragione del dogma dell'interesse pubblico prevalente, nonché l'acquisto a titolo originario della proprietà ispirato alla logica dell'accessione invertita.

Non solo, pertanto, il principio generale civilistico *superficies solo cedit* non si applicava alle opere pubbliche costruite sul suolo privato illegittimamente occupato, così escludendo la rilevanza della normativa codicistica operante a favore del privato, ma addirittura esso si capovolgeva a favore delle pubbliche amministrazioni in nome della norma eccezionale dello stesso codice civile concernente l'accessione invertita, la cui applicazione era in verità più apparente che reale⁹, con evidente privilegio per le pubbliche amministrazioni¹⁰.

3. L'OCCUPAZIONE USURPATIVA.

La giurisprudenza¹¹, in seguito al proliferare di pronunce contrastanti e determinanti rilevanti incertezze, ha chiarito la distinzione intercorrente tra l'istituto

⁹ Al riguardo v. *infra*, cap. IV, par. 5.

¹⁰ Così M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, pp. 39-40.

¹¹ Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940; Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1814, con nota di S. SALVAGO, *L'occupazione usurpativa non può essere espropriazione*, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 1857 ss.; Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2001, n. 4451; Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass. civ., sez. I, 26 maggio 2010, n. 12877.

appena esaminato e quello, emerso nel diritto vivente, dell'occupazione c.d. «usurpativa», spesso confusa con la prima¹². L'occupazione usurpativa ricorreva allorché l'occupazione del fondo altrui avveniva in carenza di titolo legittimante, dal momento che mancava sin dall'inizio una dichiarazione di pubblica utilità o, secondo un indirizzo giurisprudenziale non univoco¹³, in ragione della scadenza dei termini di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità o del suo annullamento d'ufficio o giurisdizionale.

In casi siffatti il principio della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato faticava a trovare un fondamento diverso dal mero «interesse soggettivo della pubblica amministrazione»¹⁴ e dunque dalla mera superiorità del soggetto pubblico espropriante rispetto al soggetto privato, conformemente ad una presunzione di rispondenza di ogni suo atto e comportamento all'interesse pubblico di cui il medesimo ente pubblico fosse portatore. Tali giustificazioni erano tuttavia difficilmente sostenibili

¹² Sull'occupazione acquisitiva e sulle differenze con la figura dell'occupazione usurpativa v. *funditus* S. MIRATE, voce *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Pubbl., Agg.*, Torino, 2008, pp. 523 ss.

¹³ In senso favorevole Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 18 febbraio 2009, n. 51; Cons. St., sez. V, 03 marzo 2005, n. 2095; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853; Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2688. *Contra*, Cass. civ., sez. un., 20 marzo 2008, n. 7442; Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 2008, n. 2765; Cons. St., Ad. Plen., 25 giugno 2007, n. 9; Cass. civ., sez. un., 27 maggio 2015, n. 10879; Cass. civ., sez. un., 29 gennaio 2018, n. 2145.

¹⁴ Per R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Annuario AIPDA 2011*, Napoli, 2012, pp. 265 ss., spec. p. 280 «L'interesse pubblico non è l'interesse soggettivo della pubblica amministrazione, ma la qualificazione oggettiva con la quale l'ordinamento offre la cura della pubblica amministrazione (protezione amministrativa) ad interessi che sono presenti nella società, beni di individui o di organizzazioni che sono perciò ritenuti prevalenti, secondo un costrutto che è oggettivamente finalizzato al sacrificio di alcuni per il vantaggio di altri. (...) Occorre infatti superare l'idea paternalistica che solo la pubblica amministrazione sia capace di disporre dell'interesse (pubblico) che è configurato come interesse proprio». Sul tema v. anche F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, 2002, pp. 77-78, secondo cui «Ponendosi l'interesse pubblico come interesse non appartenente all'amministrazione, ossia al soggetto che pone in essere l'attività di cura, occorre chiedersi chi mai ne possa essere il titolare. La risposta è duplice: tradizionalmente non si dubitava che l'interesse pubblico fosse l'interesse assunto come proprio dall'amministrazione (in senso soggettivo); in tale modo, peraltro, o si rinunciava a considerare l'interesse pubblico come interesse alieno (salvo a riferire a terzi i risultati dell'attività di cura) ovvero si adottava l'idea che l'attività di cura fosse riferibile al funzionario (come tale), il quale operava nell'interesse di cui era titolare l'amministrazione. In modo più aggiornato la risposta può essere nel senso che gli interessi pubblici sono interessi di cui sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi che li hanno in cura; e, in ultima analisi, il popolo, al quale viene riferita la sovranità»; M. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, pp. 1941 ss., spec. p. 1949: «il c.d. interesse pubblico consta non del solo interesse dell'amministrazione come persona ma dell'interesse di tutti i soggetti compresa l'amministrazione, che è uno dei concetti-cerniera del modo attuale di concepire l'organizzazione amministrativa e i suoi interessi»; A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, pp. 797 ss.

in quanto contrastanti con i principi dello Stato di diritto¹⁵, primo tra tutti con il principio di legalità che governa l'azione amministrativa. Inoltre la p.a. occupante, non ancorando la propria condotta al previo istituzionale apprezzamento del pubblico interesse secondo le forme di legge che ne assicurano un controllo democratico¹⁶, poneva in essere un'attività materiale insuscettibile di essere qualificata in termini di esercizio di potestà amministrativa¹⁷.

La mancanza di una valida ed efficace dichiarazione di pubblica utilità che attestasse la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato non consentiva così di ammettere l'operatività dell'accessione invertita quale *modus* di acquisto della proprietà a titolo originario, tanto che la proprietà del fondo rimaneva in capo al privato e trovavano formalmente applicazione gli ordinari principi civilistici: secondo la regola generale dell'accessione, il privato proprietario del fondo sarebbe divenuto proprietario dell'opera pubblica nel frattempo realizzata su di esso e avrebbe potuto domandare la tutela reale restitutoria di entrambi i beni mediante l'azione di rivendicazione di cui all'art. 948, cod. civ.; normalmente, tuttavia, egli domandava la restituzione del solo fondo di sua proprietà previa riduzione in pristino e distruzione dell'opera pubblica *medio tempore* costruita. In alternativa, ove il privato vi rinunciava determinando l'effetto traslativo della proprietà

¹⁵ Sullo Stato di diritto e sulle garanzie che impediscono l'esercizio arbitrario del potere, sottomettendolo alla legge e sottoponendolo a limitazioni e controlli si veda *ex multis* C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, pp. 39 ss.; C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2009, pp. 65 ss.; L. ELIA, *Forme di Stato e forme di governo*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006. Tra i principi fondamentali dello Stato di diritto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, pp. 30-31 include il principio di legalità, il principio di separazione dei poteri e il principio di sindacabilità delle decisioni amministrative. Di recente, per una ricostruzione dei temi in questione, F. LAVIOLA, *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, n. 20, pp. 127 ss.

¹⁶ Sulle garanzie democratiche, che assicurano «il carattere democratico dei procedimenti decisionali pubblici» v. G.M. SALERNO, *Le garanzie della democrazia*, in *Rivista AIC*, 3/2018, pp. 34 ss. In argomento v. anche R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Su trasparenza e *open government* si veda D.U. GALETTA, *Open-Government, open-data e azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3/2019, pp. 664 ss. la quale definisce *open government* come la «capacità delle istituzioni di essere trasparenti rispetto alle proprie azioni e decisioni, di rendere accessibili i servizi e le informazioni pubbliche, di incorporare e rispondere a nuovi bisogni e stimoli provenienti dalla società civile». Sulla partecipazione v. anche N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino, 2009; ID., *Autorità amministrative indipendenti*, voce in *Enc. Treccani.it.*, 2014; ID., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 871 ss.; ID., *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 41 ss.

¹⁷ Cfr. F.C. IAIONE, *Le occupazioni illegittime tra espropriazione e usurpazione*, cit., pp. 2655 ss.

di entrambi i beni a vantaggio della p.a., residuava in suo favore la sola tutela risarcitoria per equivalente per la perdita della proprietà del fondo illecitamente occupato dalla p.a.

In verità, la piena applicazione del diritto comune nelle ipotesi in esame risultava più apparente che reale. La giurisprudenza, infatti, finiva sostanzialmente per negare la tutela restitutoria dei fondi privati su cui erano state costruite le opere pubbliche ammettendo la sola tutela per equivalente: a tal fine talvolta si invocava il limite dell'eccessiva onerosità, che esclude il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 cod. civ.¹⁸, in ragione dell'importanza e del valore economico della stessa opera già

¹⁸ Sull'obbligo primario dell'amministrazione di procedere al risarcimento integrale del danno da occupazione illecita, mediante restituzione della proprietà previa riduzione in pristino ex art. 2058 cod. civ. o per equivalente, v. TAR Puglia, Bari, sez. III, 10 gennaio 2013, n. 20; Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2012, n. 4650; Id., 29 agosto 2011, n. 4833; TAR Liguria, sez. I, 23 novembre 2011, n. 1635. Sull'operatività del limite dell'eccessiva onerosità nei giudizi instaurati dal privato per ottenere la restituzione del fondo illecitamente occupato, qualora sia stato richiesto anche il ripristino dello *status quo ante*, in quanto riconducibile alla reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 cod. civ. v. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 febbraio 2011, n. 265, con nota di F. TEDESCHI, *L'art. 42-bis del Testo Unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illecitamente occupato dall'Amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2013, pp. 446 ss. Nello stesso senso Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3561. Sull'argomento v. A. TRAVI, *Il processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. Proc. amm.*, 2003, 4, pp. 994 ss. Ciò nonostante l'art. 2058 cod. civ. concerne la tutela del risarcimento in forma specifica, non già la tutela reale – restitutoria della proprietà. L'azione di rivendicazione ex art. 948 cod. civ., infatti, è un'azione oggettiva finalizzata a ripristinare il rapporto di immediatezza tra il proprietario e la *res* pregiudicata. L'attore in giudizio non lamenta in tale ipotesi di essere vittima di un illecito civile ex art. 2043 cod. civ., norma che configura un'azione personale volta a far valere un diritto di credito e che presuppone la prova del dolo o della colpa dell'autore dell'illecito convenuto in giudizio. Al contrario, l'azione reale rinviene la sua *causa petendi* nella lesione del diritto di proprietà, il suo *petitum* nella restituzione del bene e si indirizza verso chiunque abbia al momento della proposizione della domanda la *facultas restituendi* del bene, indipendentemente dal suo essere o meno autore di un illecito civile e senza il decorrere della prescrizione quinquennale tipica dell'illecito aquiliano. Pertanto, la tutela in forma specifica di cui all'art. 948 cod. civ. non va confusa con il risarcimento in forma specifica di cui all'art. 2058 cod. civ., dal momento che diversi sono i presupposti oggettivi e soggettivi delle due azioni. Di tal guisa, i due limiti circa l'impossibilità e l'eccessiva onerosità di cui all'art. 2058 cod. civ. non dovrebbero a rigore essere estesi a fattispecie estranee al campo di applicazione della norma in questione, come nel caso di occupazione illegittima del fondo da parte della p.a.: in tale ipotesi si tratta di reintegrare il privato nel complesso dei poteri e facoltà propri del diritto di proprietà mediante la restituzione e la rimessione in pristino. In questi termini v. M. COMPORTI, *L'occupazione illegittima di immobili da parte della p.a. fra la disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1981, II, pp. 177 ss.; M.L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 7-8, pp. 2109 ss. In giurisprudenza v. Cass., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8358; Id., 17 febbraio 2012, n. 2359. Per l'esperibilità dell'azione ex art. 2058 cod. civ. a tutela del diritto di proprietà v. Cass. civ., sez. III, 9 luglio 2009, n. 16118; Cass. civ., sez. II, 19 agosto 2003, n. 12177; Cass. civ., 26 luglio 1962, n. 2124. Per la non applicabilità del limite dell'eccessiva onerosità, previsto dal secondo comma, in materia di tutela di diritti reali v. Cass. civ., sez. II, 25 maggio 2012, n. 8358; Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2012, n. 14609; Cass. civ., sez. II, 17 febbraio 2012, n. 2359; Cass. civ., sez. II, 1° agosto 2003, n. 11744; Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 1997, n. 10694. Così anche TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 6 febbraio 2019, n. 96, secondo cui «l'art. 2058, comma 2, quale disposizione che si ascrive alla disciplina del risarcimento del danno, non risulta applicabile alla tutela restitutoria dei diritti reali, che trova la propria speciale (ed autonoma) regolamentazione negli artt. 948-951 del codice civile». Nello stesso senso TAR Emilia-

realizzata; altre volte si richiamava il pregiudizio che la distruzione dell'opera avrebbe potuto arrecare all'economia nazionale, che costituisce un limite dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di non fare ai sensi dell'art. 2933, comma 2 cod. civ.¹⁹

Dal momento che il privato non perdeva la proprietà del bene con l'irreversibile trasformazione del fondo, non operando in tale ipotesi l'accessione invertita – occupazione acquisitiva, l'illecito della p.a. figurava quale illecito permanente che rinnovava la lesione della proprietà fintanto che non intervenisse la rinuncia del privato, implicitamente ravvisata nella sua domanda risarcitoria presentata in giudizio avverso la p.a. e unica forma di tutela concretamente ammessa a suo favore²⁰. Una volta esclusa dalla giurisprudenza la tutela reale anche nella fattispecie in esame, per le argomentazioni sopra esaminate, la vera differenza tra l'occupazione acquisitiva e l'occupazione usurpativa residuava dunque nella non decorrenza, in questo secondo caso, della prescrizione quinquennale propria dell'illecito aquiliano, in quanto l'occupazione *sine titulo* spostava in avanti di giorno in giorno il *dies a quo* della prescrizione. In tal modo

Romagna, Bologna, sez. II, 29 maggio 2015, n. 505. Alcune sentenze distinguono inoltre l'azione risarcitoria dall'azione di adempimento e dall'esecuzione specifica dei doveri inadempiti: la prima reintegra «l'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio» (così Cons. St., sez. VI, n. 3338 del 2002), laddove l'emanazione del provvedimento di spettanza del privato costituisce «la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione» (così Cons. St., sez. VI, n. 1716 del 2003). Sulla distinzione tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente conseguenti ad un illecito v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, Milano, 2015, pp. 215 ss., secondo cui se l'illecito che lede un interesse protetto porta «all'estinzione del diritto leso e alla nascita, in sua sostituzione, di un credito avente ad oggetto il risarcimento del danno subito», si ha tutela per equivalente, laddove «se l'illecito non estingue il diritto leso, ma lo fa permanere integro e fa sorgere obblighi strumentali diretti a eliminare la lesione (...), ripristinando il diritto leso nello *status quo ante*», si può avere tutela in forma specifica.

¹⁹ Che recita: «Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale». Cfr. Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169; Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2002, n. 450; Cons. St., sez. V, 18 marzo 2002, n. 1562; Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002 n. 2280; Cons. St., sez. IV, 13 giugno 2011, n. 3651; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 29 maggio 2015, n. 505. Al riguardo v. Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2011, n. 6351, con nota di A. DI MARIO, *L'azione restitutoria tra eccessiva onerosità e potere di reiterare il procedimento espropriativo*, in *Urb. app.*, 3, 2012, pp. 326-327. *Contra*, TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 6 febbraio 2019, n. 96, che considera l'art. 2933, comma 2 norma eccezionale che si riferisce agli obblighi di non fare, non già alle illecite occupazioni.

²⁰ In senso critico v. F.C. IAIONE, *Le occupazioni illegittime tra espropriazione ed usurpazione*, cit., secondo cui: «là dove la Corte deduce dall'azione risarcitoria la volontà di abbandonare il suolo occupato dalla pubblica amministrazione non tiene conto che per la perdita della proprietà immobiliare in seguito a rinuncia occorre l'atto scritto *ad substantiam* (art. 1350 n. 5 cod. civ.): l'abbandono deve rivestire la forma scritta e la volontà deve essere diretta allo scopo di abbandonare il diritto». Sulla rinuncia abdicativa del privato in favore della p.a. illegittimamente occupante v. F. TEDESCHI, *L'art. 42-bis del Testo Unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall'Amministrazione*, cit., pp. 446 ss.; cfr. anche Ad. Plen., n. 2, 3 e 4 del 2020, su cui v. *infra*, cap. IV, par. 9.

il privato non rischiava di perdere anche il diritto al risarcimento del danno per essere incorso nel breve termine di prescrizione. In mancanza di un modo d'acquisto della proprietà a titolo originario, la p.a. poteva inoltre acquisire il diritto reale solo a titolo derivativo, in forza della rinuncia del privato che si assumeva, come si è visto, insita nella sua domanda risarcitoria.

In definitiva, tanto il privato vittima di un'occupazione acquisitiva quanto il privato vittima di un'occupazione usurpativa beneficiavano della sola tutela risarcitoria per equivalente al cospetto della perdita del loro diritto di proprietà.

4. LE CRITICHE TRADIZIONALMENTE RIVOLTE AGLI ISTITUTI DELL'OCCUPAZIONE ACQUISITIVA E USURPATIVA.

La dottrina ha da sempre sollevato numerose critiche nei confronti delle figure di origine giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva e usurpativa. In primo luogo, si è detto che la dichiarazione di pubblica utilità non può da sola autorizzare l'occupazione del fondo e il conseguente acquisto della proprietà, essendo a tal fine necessario un provvedimento ablatorio adottato nei modi e tempi previsti dalla legge²¹. L'occupazione della p.a. costituisce infatti, anche in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità, un illecito civile che non può avere un'anima bifronte, quale legittimo modo di acquisto della proprietà e, al contempo, illecito civile fonte di risarcimento.

Ciò nondimeno, la Corte costituzionale, dapprima, con la sentenza n. 384 del 1990 aveva ravvisato in generale la compatibilità con l'art. 42 Cost. delle forme ablativo atipiche, «purché giustificate alla luce di motivi di interesse generale»; successivamente, con la sentenza n. 188 del 1995 ha specificatamente avallato l'istituto dell'occupazione appropriativa²². In quest'ultima sentenza la Corte, aderendo formalmente al principio in forza del quale nessun effetto positivo può sortire dalla commissione di un illecito, ha accolto la tesi che scomponesse la fattispecie dell'occupazione acquisitiva in due momenti, il primo costituito dall'estinzione del diritto reale causata dall'illecito

²¹ W. GIULIETTI, *La tutela nelle occupazioni illegittime tra diritto sostanziale e riparto di giurisdizione*, cit.

²² La legittimità dell'istituto di origine giurisprudenziale è stata confermata anche nelle sentenze della Corte costituzionale del 27 dicembre 1991, n. 486 e del 4 febbraio 2000, n. 24, in ragione della funzione sociale della proprietà esplicitata tramite la dichiarazione di pubblica utilità.

occupazionale dell'amministrazione, il secondo rappresentato dall'acquisizione della proprietà al patrimonio indisponibile, conseguenza dell'irreversibile trasformazione del fondo. In tal modo, secondo la Corte, l'effetto acquisitivo in favore della p.a. integrava un modo di acquisto della proprietà costituzionalmente legittimo, in quanto «giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto) la cui correttezza “costituzionale” risultava ulteriormente cononestata dal suo porsi come concreta manifestazione della funzione sociale della proprietà»²³.

Diversa è stata tuttavia la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. A partire dalle storiche sentenze Belvedere Alberghiera s.r.l.²⁴ e Carbonara Ventura, rese nel maggio del 2000, la Corte di Strasburgo ha ripetutamente condannato l'Italia per la violazione dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale e, in particolare, del principio di legalità²⁵. Le occupazioni perpetrate dalle amministrazioni italiane, tanto quelle acquisitive, quanto quelle usurpative, sono state considerate espropriazioni violative del principio di legalità formale e sostanziale: sul primo versante si è ravvisato il contrasto con le regole vigenti in materia di procedure espropriative ordinarie e modi di acquisto

²³ In argomento v. F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, Nota a Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2015, pp. 1504 ss.

²⁴ Ove la Corte di Strasburgo ha affermato che la realizzazione dell'opera pubblica non rappresenta un «impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata, e ciò indipendentemente dalle modalità – occupazione acquisitiva o usurpativa – di acquisizione del terreno».

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, Strasburgo, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Governo Italiano (ric. n. 24638/94); Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, Strasburgo, 30 maggio 2000, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Governo Italiano (ric. n. 31524/96), con nota di A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione appropriativa*, in *Urb. e appalti*, 2001, pp. 283 ss.; F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita*, cit., pp. 445 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, pp. 512 ss. Secondo la Corte di Strasburgo «la giurisprudenza sull'occupazione acquisitiva si è evoluta in modo da condurre ad applicazioni contraddittorie, fattore che potrebbe determinare evenienze non chiare ed arbitrarie e privare i ricorrenti della effettiva protezione dei propri diritti». Inoltre, «ogni occupazione acquisitiva segue una illegale sottrazione del possesso del terreno» e consiste in «un meccanismo che generalmente permette all'autorità di trarre beneficio da una situazione illegittima nella quale il proprietario del fondo si trova innanzi al fatto compiuto». Sull'argomento v. anche Corte EDU, 17 maggio 2005, Pasculli c. Italia; Corte EDU, 19 maggio 2005, Acciardi e Campagna c. Italia; Corte EDU, 13 ottobre 2005, Serrao c. Italia; Corte EDU, 11 ottobre 2005, Rosa e Alba c. Italia; Corte EDU, 18 marzo 2008, Velocci c. Italia (ric. 1717/03). Sul ridimensionamento della portata derogatoria del secondo comma dell'art. 1 del Prot. 1 alla CEDU, secondo cui «Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende», v. Corte EDU, 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth c. Svezia; Id., 8 luglio 1986, Lithgow e altri c. Regno Unito; Id., 21 febbraio 1986, James e altri c. Regno Unito.

della proprietà; sul secondo versante, in ossequio alla nozione di legalità sostanziale convenzionalmente intesa, esse sono state considerate prive di una base legale certa, accessibile e prevedibile, a causa dell'origine giurisprudenziale degli istituti esaminati e dei continui *revirement* della stessa giurisprudenza nazionale in argomento²⁶. Compatibili con il sistema convenzionale sono state considerate le sole espropriazioni dirette, prefigurate dalla legge e precedute da procedimenti amministrativi tipici, caratterizzati dalla partecipazione del privato e conclusi con un provvedimento espresso idoneo a dare certezza circa il momento in cui l'effetto ablativo del diritto si produce nella sfera giuridica soggettiva del destinatario²⁷. Al contrario, a detta della Corte di Strasburgo, un comportamento illecito o illegittimo della p.a. non può mai fondare l'acquisto di un diritto.

La ragione di fondo che è alla base della diversa prospettiva assunta dalla Corte europea e dalla nostra Corte costituzionale si rinviene nel diverso modo di intendere la tutela apprestata al diritto di proprietà rispettivamente nel sistema CEDU e nella nostra Costituzione: all'interno del primo la proprietà è contemplata tra i diritti fondamentali dell'uomo²⁸, al pari della Carta dei diritti europea che colloca la proprietà tra i diritti della persona, laddove all'interno della seconda essa è annoverata nel contesto dei rapporti economici, ispirati al principio di libertà dell'iniziativa privata, ed assume una «funzione sociale». Ciò ha condotto spesso gli interpreti italiani a fornire una lettura della norma preoccupata di esaltarne la dimensione sociale.

In verità, la «funzione sociale» non comporta necessariamente la prevalenza dell'interesse pubblico sul diritto di proprietà, ma occorre interpretare le norme costituzionali alla luce dell'ordinamento europeo e di quello sovranazionale²⁹, *in primis* alla luce dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU. Questo prescrive che

²⁶ F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titulo*, in *Riv. amm.*, 2001, pp. 544 ss.

²⁷ Così R. SABATO, *nota (senza titolo) alle sentenze Belvedere e Carbonara Ventura*, in *Foro it.*, 2001, IV, pp. 236 ss.; F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit.

²⁸ Nonostante sia l'unico diritto di contenuto patrimoniale cui è dedicata una disposizione convenzionale. Per l'inclusione del diritto di proprietà tra i diritti fondamentali v. anche l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, su cui, già prima della emanazione della Carta, v. Corte di Giustizia CE, 14 maggio 1974, Nold e 13 dicembre 1979, Hauer.

²⁹ In tal senso v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. It. di Dir. Pubbl. Com.*, 3-4, 2013, pp. 629 ss.

«(...) Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità (...)» e che «Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende». Anche l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea recita: «Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse (...). L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

Nelle fonti sovranazionali si parla dunque di «pubblica utilità», «pubblico interesse» e «interesse generale», piuttosto che di «funzione sociale». Quest'ultima costituisce, secondo la nostra Costituzione, un limite esterno del diritto di proprietà, che configura un diritto costituzionalmente garantito anche se non persegue fini sociali. È sufficiente che il diritto di proprietà non sia esercitato in modo contrastante con la sua funzione sociale, mentre non è imposto il perseguimento per il suo tramite di fini sociali sottesi ad una pretesa «funzionalizzazione» del diritto di proprietà³⁰. Il «principio sociale» deve dunque essere letto in maniera coerente con il modello sociale europeo, fondato sull'economia di mercato e sulla concorrenza, a differenza di quanto è avvenuto tradizionalmente nel nostro Paese, ove si è spesso dato prevalenza al momento autoritativo sulle scelte degli operatori economici. In tal modo «Non risulta cancellata la dimensione sociale dell'ordinamento, bensì l'arbitrio al riguardo dei pubblici poteri»³¹.

Gli indirizzi giurisprudenziali nazionali citati non sembrano pertanto giustificabili, giacché «(...) nel testo della costituzione repubblicana, la sola praticabile funzionalizzazione sociale della proprietà privata appare quella affidata al legislatore, come tale sottratta tanto a provvedimenti isolati della pubblica amministrazione, quanto a determinazioni giudiziali»³².

³⁰ Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, pp. 480 ss., seppur in riferimento alla libertà d'iniziativa economica, che soggiace ai sensi dell'art. 41 Cost. al limite dell'«utilità sociale».

³¹ N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, cit., pp. 632 ss., spec. p. 634.

³² A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in (a cura di) F. MACARIO E M.N. MILETTI, *La funzione sociale nel diritto privato tra xx e xxi secolo*, Roma, 2017, p. 36.

Anche in ambito convenzionale il potere pubblico può comprimere, nell'interesse collettivo, la proprietà dei privati, ma ciò è consentito nei limiti in cui non risulti sproporzionato o eccessivo rispetto all'interesse pubblico da soddisfare³³. Inoltre, mentre la Corte costituzionale giudica sulle leggi emanate dal legislatore nazionale e tiene perciò in considerazione la necessità di preservare gli equilibri istituzionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo opera in una prospettiva più «libera», in quanto non condizionata dalle esigenze interne di ciascun ordinamento, tanto che essa è principalmente volta a dare soddisfazione alle esigenze di tutela dei privati. Per tali ragioni la Corte costituzionale ha tradizionalmente legittimato l'agire delle pubbliche amministrazioni sacrificando la tutela del diritto di proprietà al fine di preservare quanto realizzato nell'interesse pubblico, laddove la Corte EDU ha ricercato un più ragionevole equilibrio tra la soddisfazione dell'interesse pubblico e il sacrificio di quello privato, assicurando ai privati vittime di espropri illegittimi un più adeguato livello di protezione³⁴.

Il principio di legalità non consente alla p.a. di espropriare beni privati al di fuori delle forme e condizioni previste dalla legge, ancorché ciò avvenga per soddisfare un pubblico interesse. Oltre che dal parametro convenzionale costituito dall'art. 1 del Primo Protocollo alla CEDU, tale conclusione deve necessariamente desumersi dalla riserva di legge posta dall'art. 42 Cost., tanto in materia espropriativa, quanto per ciò che concerne i modi di acquisto della proprietà, tra i quali non figura l'occupazione acquisitiva della

³³ Sulla funzione sociale della proprietà v. A.M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 466 ss.; M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 478 ss.; M. LUCIANI, *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 1345 ss.; S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 254 ss.; S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990, pp. 112 ss.; ID., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 1252 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 953 ss. Sull'esclusione della proprietà dal novero dei diritti inviolabili v. A. BALDASSARRE, voce *Proprietà (dir. costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 5 ss. Sulla tutela della proprietà assicurata dalle Carte europee dei diritti fondamentali v. M. COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in (a cura di) G. ZAGREBELSKY, *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2002, pp. 153 ss.; R. CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, pp. 248 ss.; A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, pp. 229 ss.; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

³⁴ Così F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit.

p.a. Una conclusione di diverso tenore arrecherebbe perciò un *vulnus* al principio del *numerus clausus* dei modi di acquisto della proprietà, ribadito dall'art. 922, cod. civ.

Il principio di legalità, inteso come preminenza del diritto, presuppone altresì una tutela giurisdizionale effettiva: quest'ultima non viene tuttavia garantita qualora si consenta «all'autorità di trarre beneficio da una situazione illegittima nella quale il proprietario del bene si trova dinanzi al fatto compiuto»³⁵, senza essere destinatario di un provvedimento espropriativo che esterne le ragioni di pubblico interesse e senza godere di tutti gli strumenti rimediali astrattamente predisposti dal legislatore. Ciò, in particolare, alla luce del fatto che al privato, nel sistema delle occupazioni costruito dalla giurisprudenza, veniva sostanzialmente negata la tutela restitutoria del bene, mentre poteva auspicare al riconoscimento della sola tutela risarcitoria, per giunta soggetta al breve termine di prescrizione quinquennale nel caso in cui fosse stato vittima di un'occupazione acquisitiva.

5. L'ACCESSIONE INVERTITA SECONDO IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE».

Gli aspetti più interessanti messi in luce dalla dottrina con riguardo alle criticità sottese alla costruzione giurisprudenziale dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, ispirato allo schema dell'accessione invertita, attengono all'accennata creatività del ragionamento seguito dalla Corte di cassazione³⁶, privo di solido fondamento normativo.

Il codice civile pone infatti taluni stringenti requisiti all'operatività dell'accessione invertita, che configura un istituto eccezionale rispetto alla regola

³⁵ Così Corte EDU, 30 maggio 2000 in causa 31524/96, Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, par. 59 e negli stessi termini Corte EDU, 15 e 29 luglio 2004, Scordino c. Italia; Id., 19 maggio 2005, Acciardi c. Italia; Id., 15 luglio 2005, Carletta c. Italia; Id., 21 dicembre 2006, De Angelis c. Italia; Id., 6 marzo 2007, Scordino c. Italia, in cui la Corte ha ritenuto che sia compito dello Stato adottare misure finalizzate a prevenire occupazioni indebite e a disincentivare le pratiche non conformi alle norme in materia di espropriazioni lecite; Id., 4 dicembre 2007, Pasculli c. Italia. V. al riguardo G. MARI, G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71. Nota a Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71*, in *Riv. Giur. dell'Ed.*, fasc. 4, 2015, pp. 612 ss.

³⁶ V. in questi termini G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2015, pp. 2319 ss.; G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2013, p. 41; sulla natura di fonte *extra ordinem* della giurisprudenza nel nostro sistema, esemplificata dalla sentenza delle Sezioni Unite in commento, n. 1464 del 1983, v. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale, artt. 1-9*, in (a cura di) A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 530 ss.

generale *superficies solo cedit*. Ai sensi dell'art. 938 cod. civ. l'accessione invertita presuppone: a) l'occupazione di un suolo in buona fede nel corso della costruzione di un edificio; b) la marginalità dello sconfinamento sul fondo attiguo – «una porzione del fondo attiguo»; c) la mancata opposizione entro tre mesi da parte del proprietario; d) la decisione costitutiva dell'autorità giudiziaria, facoltativa ed assunta «tenuto conto delle circostanze»; e) il pagamento del doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni.

Di tutti questi requisiti la giurisprudenza sopra esaminata mostrava di non avere alcuna contezza, accontentandosi, al fine di consentire l'acquisto a titolo originario della proprietà in favore della p.a., della mera irreversibile trasformazione del fondo conseguente alla realizzazione dell'opera e della valutazione della prevalenza dell'interesse pubblico consacrata nella dichiarazione di pubblica utilità, in ossequio alla «prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse»³⁷.

In particolare, la dottrina ha messo in luce quanto segue: a) nel caso in cui la p.a. procede all'occupazione durante il procedimento di espropriazione non può parlarsi di buona fede dell'occupante, intesa quale convinzione di costruire su un fondo di sua proprietà; b) non si ha uno sconfinamento solamente marginale della costruzione sul fondo altrui; c) la sentenza è dichiarativa, non già costitutiva, in quanto il momento estintivo del diritto di proprietà del privato, coincidente con quello acquisitivo del medesimo diritto in capo alla p.a., si ravvisa nel momento della radicale trasformazione del fondo antecedente alla sentenza; d) manca la valutazione da parte del giudice delle circostanze, in quanto il diritto del proprietario si estingue in ogni caso a favore della p.a.³⁸; e) non viene neppure assicurato il pagamento del doppio del valore della superficie occupata, dal momento che l'indennizzo, all'esito di un travagliato *iter* normativo e giurisprudenziale che ha reso necessario l'intervento della Corte di Strasburgo³⁹, è stato parametrato al valore venale del bene.

³⁷ Così Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, critica nei confronti di una prassi di tal genere del passato che auspicava veder superare grazie ad una lettura evolutiva dell'allora recente legge n. 241 del 1990. Cfr. al riguardo N. LONGOBARDI, *Declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, pp. 89 ss.

³⁸ Così R. TIBERI, *In tema di occupazione appropriativa e tutela del privato*, cit.

³⁹ Per tutti si veda Corte EDU, 6 marzo 2007, Scordino c. Italia.

Così tratteggiata l'occupazione acquisitiva della p.a., in essa nulla rimane dell'istituto codicistico dell'accessione invertita operante tra privati. Quest'ultima sembra rispondere ai principi di proporzionalità e stretta necessità, oltre che al principio di buona fede desumibile dal dovere di solidarietà sociale, il quale impone di sopportare i pregiudizi che non comportino sacrifici apprezzabili al fine di soddisfare l'interesse altrui meritevole di tutela. L'accessione invertita sembra inoltre assicurare al proprietario che subisce l'occupazione una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, tanto in ragione del riconoscimento del diritto di opposizione, quanto in ragione della particolare entità economica che si vede assicurata. Non da ultimo, essa esclude ogni tipo di tutela in favore dell'occupante che non sia in assoluta buona fede.

Al contrario, l'occupazione acquisitiva non richiede alcuna indagine sull'elemento soggettivo della p.a., che, piuttosto, si ammette pacificamente possa trovarsi in dolo o colpa anche grave e rispondere perciò dei danni arrecati. Essa consente di sacrificare il diritto di proprietà dei privati anche con riguardo a porzioni di fondo di rilevante entità e non assicura una tutela effettiva di tale diritto, sempre subvalente rispetto alle ragioni della p.a.

La Corte di cassazione, seguita dalla giurisprudenza successiva⁴⁰, aveva così creato una norma *ad hoc* di evidente *favor* per la pubblica amministrazione, che, essendo dotata di fondamento normativo solo apparente in ragione del non pertinente richiamo all'istituto dell'accessione invertita, derogava alla disciplina di diritto comune. L'occupazione acquisitiva era il frutto dell'applicazione estensiva, o meglio analogica sul presupposto di una lacuna normativa in verità insussistente⁴¹, di una norma eccezionale e di stretta interpretazione quale l'art. 938 cod. civ. Il principio dell'interesse prevalente induceva infatti a ravvisare un'*eadem ratio* nelle due fattispecie in esame, quella dell'accessione invertita e dell'occupazione acquisitiva. In verità, il fondamento della

⁴⁰ *Contra v. Cass. civ., sez. II, 18 aprile 1987, n. 3872, con nota di M. ANNUNZIATA, Ancora sugli effetti della costruzione di un'opera pubblica sul terreno privato abusivamente occupato, in Giust. civ., 1987, I, pp. 1662 ss.; A. CANDIAN TAGLIAVINI, Ancora in tema di occupazione illegittima di immobili privati da parte della p.a.: un ripensamento critico della Cassazione, in Resp. civ. prev., 1987, pp. 612 ss.; M. ANNUNZIATA, Dubbi e incertezze sull'assetto della proprietà nell'occupazione seguita da costruzione di opere pubbliche, in Riv. Giur. Ed., 1987, I, 2, pp. 610 ss. e 820 ss. Successivamente l'orientamento della Corte di cassazione del 1983 è stato ribadito a partire da Cass. civ., sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940.*

⁴¹ In ragione della mancata considerazione del potere ablatorio della p.a., che, al contrario, avrebbe dovuto seguire le regole previste in materia di espropriazione.

nuova regola veniva rinvenuto nei principi del diritto pubblico, in particolare nel principio generale dell'interesse pubblico prevalente all'acquisizione dell'opera costruita, che assurgeva al ruolo di fonte del diritto al fine di riempire la pretesa lacuna e legittimare l'acquisto della proprietà in capo alla p.a.⁴²

Il risultato di tale operazione ermeneutica era stato la costruzione di un «diritto privato speciale» da parte del diritto vivente, che privilegiava la p.a. occupante autrice di illeciti civili e sacrificava al contempo il diritto di proprietà dei privati e l'effettività della loro tutela giurisdizionale. La deroga ai principi cardine del diritto civile, tra i quali spicca la tassatività dei modi di acquisto della proprietà, era giustificata dalla sola necessità di assicurare uno «scudo giuridico» ai comportamenti illeciti della p.a. e consentire a quest'ultima di sanare *ex post*, mediante un'immaginifica base legale, le lesioni perpetrate in via di fatto.

L'interesse pubblico sotteso alla costruzione dell'opera veniva ritenuto di rilevanza tale da giustificare anche il sacrificio delle garanzie partecipative assicurate al proprietario nel procedimento espropriativo. Al riguardo la Suprema Corte, nella sentenza capostipite in tema di occupazione acquisitiva del 1983, aveva parlato di totale «ribaltamento di prospettiva» giustificato dal rilievo che «il conflitto sorge tra un soggetto privato ed un ente pubblico, il quale ha agito per la soddisfazione di un interesse non proprio, ma della collettività dei cittadini». Tuttavia, evidente era il carattere pretestuoso che il richiamo all'interesse della collettività, finalizzato a giustificare l'esclusione delle garanzie partecipative, rischiava di assumere ove posto a copertura di comportamenti illegittimi della p.a.⁴³

In definitiva, la giurisprudenza considerata aveva elaborato appositi spazi di legalità per comportamenti amministrativi del tutto *contra legem*, cercando di legittimare pratiche abusive ripetutamente tenute dalla pubblica amministrazione con conseguente sacrificio dei diritti dei privati. Gli interventi della Corte costituzionale in materia si sono rilevati del tutto insoddisfacenti, avendo la Consulta avallato il meccanismo di costruzione di un «diritto privato speciale» per mano giurisprudenziale contrastante con

⁴² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 382-383.

⁴³ Così M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, cit., p. 42; R. MASTROCINQUE, *Il potere e il diritto*, cit.; G. CAROTENUTO, *L'opera pubblica su suolo privato. Una soluzione che lascia perplessi*, cit.

principi cardini del nostro ordinamento giuridico, contenuti tanto nel codice civile, quanto nella Costituzione. Sembra così che il ruolo della Consulta quale organo di garanzia non abbia appieno funzionato⁴⁴.

La specialità dei conflitti tra proprietari e amministrazioni occupanti aveva condotto infatti alla creazione di una norma di origine giurisprudenziale, da ricondurre al diritto pubblico, che riconosceva un rilevante privilegio alla p.a. Siffatta norma, alla luce delle considerazioni svolte, peccava non solo in termini di sostanza, in ragione del fragile presupposto dell'interesse pubblico prevalente, ma pure di forma, per la natura *extra ordinem* dell'istituto⁴⁵. Un esito di tal genere era conseguito, come si è visto, attraverso la modificazione di una norma del codice civile in senso favorevole alla p.a.

Una soluzione analoga a quella appena prospettata non veniva ritenuta ammissibile nella diversa fattispecie ricostruita in termini di occupazione usurpativa, ove la mancanza dell'atto dichiarativo dell'interesse pubblico prevalente impediva di rinvenire un fondamento alla ipotizzata deviazione dalle norme civilistiche. Quell'avvisaglia di buona fede lontanamente riscontrabile nella dichiarazione di pubblica utilità, presupposta per l'applicazione dell'accessione invertita ai sensi dell'art. 938 cod. civ., veniva infatti meno al ricorrere di una procedura espropriativa del tutto illegittima o persino mancante, anziché semplicemente non portata a compimento.

Tuttavia, la giurisprudenza in materia di occupazione usurpativa aveva finito per privilegiare per altra via la p.a. occupante, escludendo anche in tale ipotesi la tutela restitutoria del privato. Ciò senza considerare che la p.a., mediante l'occupazione *sine titulo*, si rendeva autrice di un comportamento non riconducibile neppure mediatamente alla sfera dei suoi poteri istituzionali, integrando esso un mero illecito civile. Una tale

⁴⁴ Sia consentito al riguardo evocare l'immagine della Corte costituzionale quale «*isola della ragione*, secondo la specifica rappresentazione che, in particolare, ne faceva *l'aristocrazia del sapere giuridico-costituzionale*» di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, XI.

⁴⁵ V. ancora M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, cit., pp. 42-43; A. DE CUPIS, *Accessione invertita*, in *Giust. civ.*, 1983, p. 336; U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, pp. 136-138.

azione *iure privatorum* era perciò disciplinata dal diritto comune, nel cui ambito la p.a. non può pretendere alcuna posizione di privilegio⁴⁶.

6. L'ACQUISIZIONE SANANTE E LA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DELL'ART. 43 DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI ESPROPRI.

Le pronunce del giudice di Strasburgo sono state inizialmente recepite dal legislatore nazionale, in sede di redazione del Testo unico sulle espropriazioni, con l'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. La norma, superando la distinzione tra occupazione acquisitiva e occupazione usurpativa⁴⁷, ammetteva che la p.a. utilizzando un bene per scopi di interesse pubblico di cui fosse intervenuta la «modificazione», ancorché occupato senza titolo, potesse acquisire al suo patrimonio indisponibile tale bene mediante un formale atto amministrativo fondato sulla valutazione degli «interessi in conflitto», con contestuale pagamento al proprietario del risarcimento dei danni. Occorre fin da subito segnalare che la «modificazione» considerata dalla norma in questione non coincideva letteralmente con la «irreversibile trasformazione» del fondo presupposta dalla giurisprudenza in tema di occupazione acquisitiva.

Il provvedimento amministrativo di acquisizione costituiva il titolo idoneo a trasferire la proprietà in capo all'amministrazione, in luogo del fatto illecito seguito dalla irreversibile trasformazione del fondo⁴⁸. La legge prefigurava così un nuovo modo di

⁴⁶ V. al riguardo R. TIBERI, *In tema di occupazione appropriativa e tutela del privato*, cit.

⁴⁷ Che ad oggi permane in giurisprudenza solamente ai fini del riparto di giurisdizione: le controversie in tema di atti illegittimi o comportamenti posti in essere sulla base di un potere della p.a., come quelli inerenti alle occupazioni acquisitive, spettano al giudice amministrativo anche in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. g) c.p.a.; quelle in tema di comportamenti del tutto privi di collegamento con il potere, come quelli inerenti alle occupazioni usurpative, spettano al giudice ordinario. V. al riguardo Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2015, n. 5744; Cass. civ., sez. un., 09 marzo 2009, n. 5625. Sul tema v. R. GISONDI, *Sovrapposizione di giurisdizioni e di giudicativi sulla legittimità delle procedure espropriative*, in *Urb. app.*, 7, 2014, pp. 769 ss.; D. PONTE, *Il tentativo di semplificazione risarcitoria in tema di occupazione acquisitiva*, in *Urb. app.*, 5, 2017, pp. 668 ss.; G. MISSERINI, *La giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di danno da occupazione appropriativa*, in *Urb. app.*, 10, 2013, pp. 1020 ss.; G.M. MARENGHI, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante all'esame del Consiglio di Stato*, in *Gior. dir. amm.*, 8-9, 2012, pp. 852 ss.

⁴⁸ Secondo l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005 del Consiglio di Stato «in caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione ex articolo 43, in assenza del quale l'amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione: la realizzazione dell'opera pubblica è un fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto».

acquisto della proprietà, nel rispetto formale degli artt. 42 Cost. e 922 cod. civ. Esso segnava il definitivo superamento dell'istituto giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, ma la c.d. acquisizione sanante consentiva ancora alla p.a. di acquisire discrezionalmente ora per allora, con efficacia dunque *ex tunc*, la proprietà del bene illegittimamente espropriato.

Così delineata, la nuova norma si poneva nel contesto della «prima via della specialità», in quanto formalmente e sostanzialmente costruita come norma di diritto amministrativo operante per le sole amministrazioni e retta dai principi del diritto pubblico.

I *dicta* della Corte di Strasburgo sembravano apparentemente rispettati, dal momento che l'acquisizione del bene conseguiva ad un provvedimento formale avente una base legale certa. Quest'ultimo doveva essere motivato esternando le ragioni di interesse pubblico giustificanti l'espropriazione e il risarcimento del danno era determinato nella misura corrispondente al valore venale del bene, pari all'indennizzo normalmente dovuto in sede di espropriazione.

Tuttavia, la dottrina sollevò nuovi dubbi nei confronti della formulazione della norma in esame, che, delineando un provvedimento di esproprio successivo avente gli effetti di una sanatoria retroattiva, sembrava finalizzato a fornire alla p.a. occupante uno strumento per rimediare ai propri illeciti, con perdurante *vulnus* dei diritti del proprietario. La persistente violazione dei principi CEDU veniva argomentata tanto sotto il profilo della «qualità della legge», in ragione della insufficiente accessibilità, precisione e chiarezza della stessa, oltre che per la mancanza di effettività della tutela giurisdizionale da essa assicurata, quanto sotto il profilo dell'eccessiva discrezionalità lasciata alla p.a. in ordine alla scelta sull'acquisizione o meno del bene. Ciò legittimava infatti una prassi amministrativa basata sostanzialmente su una presunzione assoluta di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato⁴⁹. A tal proposito, il rischio paventato dalla

⁴⁹ Così G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, cit., che richiama al riguardo A. POLICE, G. DI LEO, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 285 ss.; M.L. MADDALENA, *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005*, in *Foro amm.-CdS* 2005, pp. 2108 ss.; G. MARI, *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus tra giudice*

dottrina era che la p.a., al fine di giustificare l'adozione del provvedimento di acquisizione sanante, invocasse non solo l'interesse pubblico primario ad utilizzare il bene, ma anche l'interesse ad evitare lo spreco delle risorse pubbliche impiegate ai fini della modificazione del bene: ciò avrebbe comportato un automatico sacrificio dell'interesse privato contrapposto, sempre recessivo rispetto all'interesse pubblico considerato, con conseguente riemersione di un ingiustificato privilegio della p.a.⁵⁰

La norma veniva viepiù criticata nella parte in cui ammetteva, ai sensi dei commi 3 e 4, la c.d. acquisizione giudiziaria, in forza della quale il giudice poteva paralizzare, nonostante la sua fondatezza, la domanda di restituzione del bene occupato *sine titulo* avanzata dal privato anche mediante l'impugnazione del provvedimento emanato ai sensi dell'art. 43 citato⁵¹. Ciò sulla base di una mera eccezione in tal senso proposta dalla p.a. nel corso del giudizio, la quale veniva solamente condannata al risarcimento del danno risultando impedita la tutela in forma specifica. In altri termini, la p.a. finiva per acquisire la proprietà del bene pur in mancanza di un valido procedimento ablatorio e di un provvedimento amministrativo all'uopo destinato, bensì in forza di una valutazione

nazionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e nuovo t.u. in materia di espropriazione. Nota a Cass., sez. un., 14 aprile 2003, n. 5902, in Riv. giur., 2003, pp. 1205 ss.; E. ZAMPETTI, Acquisizione sanante e principi costituzionali, in Dir. amm., 2011, 3, pp. 569 ss. Nel senso di riconoscere al giudice, nel caso di specie, poteri molto simili a quelli di cui esso gode nei casi di giurisdizione di merito v. L. MARUOTTI, in (a cura di) F. CARINGELLA, G. DE MARZIO, R. DE NICTOLIS, L. MARUOTTI, L'espropriazione per pubblica utilità – Commento al T.U. Emanato con il d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002, Milano, 2003. Contra v. G. VACIRCA, La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, in www.giustizia-amministrativa.it; F. TEDESCHI, L'art. 42-bis del Testo Unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupato dall'Amministrazione, cit.

⁵⁰ Cfr. F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titulo*, cit. p. 531; G. MARI, G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, cit. In giurisprudenza v. TAR Calabria, 7 giugno 2005, n. 984; TAR Umbria, Perugia, 15 febbraio 2008, n. 81; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2010, n. 3655. *Contra* Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2007, n. 250. Secondo l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale del Tar Campania che portò alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 in commento con la sentenza n. 293 del 2010, su cui v. *infra*, la valutazione degli interessi in conflitto doveva essere intesa come valutazione comparativa «tra la tutela del diritto costituzionale alla proprietà privata e il particolare beneficio che l'acquisizione reca all'interesse pubblico», anziché tra l'utilità effettiva che il privato ricava o intende ricavare dal bene e l'utilità a favore della collettività, in quanto altrimenti questa seconda finirebbe sempre e inevitabilmente per prevalere. Cfr. in termini analoghi anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005. Sull'attenzione rivolta alle esigenze finanziarie dello Stato nella comparazione degli interessi v. S. DE SANTIS, *L'irragionevole «razionalizzazione» della finanza pubblica e il risarcimento dei danni da occupazione illegittima. Nota a Corte appello Reggio Calabria, 27 gennaio 1997*, in *Giust. Civ.*, fasc. 7, 1997, pp. 1945 ss.

⁵¹ Sulla configurabilità della tutela restitutoria dei beni illegittimamente espropriati v. M. TIBERI, *La tutela restitutoria dei beni nelle procedure espropriative illegittime*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2021, pp. 99 ss.

discrezionale del giudice attinente al merito della scelta amministrativa, del tutto imprevedibile per gli interessati⁵².

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 293 del 2010⁵³, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43 esaminato per ragioni solamente formali e non anche sostanziali. La norma è stata considerata viziata per eccesso di delega, in quanto la legge n. 50 del 1999, di cui era attuazione, prevedeva il solo «riordino» delle norme elencate nell'allegato I alla legge n. 59 del 1997, tra cui figuravano quelle riguardanti il procedimento di espropriazione per pubblica utilità. La nuova norma introduceva invece numerose novità rispetto alla disciplina previgente, al contenuto della legge delega e agli istituti di matrice giurisprudenziale dell'occupazione appropriativa e usurpativa⁵⁴, novità non imposte quali unica soluzione possibile per conformare il diritto nazionale alla giurisprudenza della Corte EDU.

Le ragioni solamente formali dell'accoglimento della questione di costituzionalità sollevata nascondono, secondo parte della dottrina, l'«imbarazzo» della Corte chiamata a pronunciarsi sull'istituto dell'acquisizione sanante, vale a dire su una soluzione eccezionale e «patologica» divenuta «fisiologico *modus operandi*» delle amministrazioni nell'espropriazione per pubblica utilità⁵⁵.

La Corte costituzionale ha aggiunto tuttavia importanti considerazioni in ordine all'apparente perdurante contrasto dell'istituto dell'acquisizione sanante con i principi della CEDU sul piano della legalità sostanziale. Tra questi spicca il rilievo secondo cui, come si è accennato, la scelta di acquisire il bene al patrimonio pubblico, anziché

⁵² V. in tal senso G. LEONE, *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza di un valido procedimento ablatorio (art. 43 del T.U. 8 giugno 2001 n. 327, delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità)*, in *Riv. Giur. dell'Ed.*, 2001, 6, pp. 239 ss.

⁵³ Su cui v. S. MIRATE, *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un «punto e basta» o solo un «punto e a capo?»*, cit.; G. VIRGA, *Una possibile «exit strategy» dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in www.lexitalia.it; G. ROMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013, pp. 155 ss.

⁵⁴ Si pensi solo, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, che la giurisprudenza della Corte di cassazione aveva da tempo escluso che la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo all'occupazione d'urgenza potesse avere un'efficacia sanante retroattiva.

⁵⁵ Così S. MIRATE, *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un «punto e basta» o solo un «punto e a capo?»*, cit.; v. anche P. CERBO, *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante*, in *Urb. app.*, 2009, pp. 203 ss.

restituirlo al privato, non fosse affatto una soluzione obbligata, come dimostrato dalla scelta di molti altri ordinamenti europei di optare per la restituzione del bene. Quest'ultima sarebbe stata la conseguenza derivante anche dall'applicazione del codice civile in mancanza della nuova norma costruita *ad hoc* per le sole amministrazioni, questa volta in via legislativa anziché giurisprudenziale. Inoltre, la Corte ha richiamato le parole con cui la Corte EDU aveva stigmatizzato la possibilità che l'amministrazione utilizzasse a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da azioni illegali, tanto per via giurisprudenziale, quanto per via legale⁵⁶, concludendo che «non è affatto sicuro che la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell'espropriazione indiretta, sia sufficiente di per sé a risolvere il grave *vulnus* al principio di legalità»⁵⁷.

Il *vulnus* arrecato alle ragioni del privato sembrava in particolare essere dovuto alla natura retroattiva della sanatoria dell'illecito civile commesso dalla p.a., che rimaneva la fonte dell'acquisto della proprietà in favore della stessa p.a. e di cui quest'ultima finiva sostanzialmente per non rispondere: ancorché la norma parlasse di «risarcimento del danno», la somma da corrispondere, pari al valore venale del bene, integrava in fin dei conti un indennizzo per l'espropriazione espressamente riconosciuta come illecita, cui si aggiungevano i soli interessi moratori decorrenti dal giorno dell'occupazione senza titolo.

7. L'ART. 42-BIS DEL TESTO UNICO IN MATERIA DI ESPROPRI.

Il monito rivolto dalla Corte costituzionale al legislatore, contenuto nell'*obiter dictum* della sentenza esaminata, è stato recepito con il d.l. n. 98 del 2011, che ha

⁵⁶ Corte EDU, 12 gennaio 2006, Causa Sciarrotta ed altri c. Italia, ric. n. 14793/2002, secondo cui tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma» (la sentenza recita precisamente: «l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme»). La Corte costituzionale afferma infatti che «l'espropriazione indiretta si pone in violazione del principio di legalità, perché non è in grado di assicurare un sufficiente grado di certezza e permette all'amministrazione di utilizzare a proprio vantaggio una situazione di fatto derivante da "azioni illegali" in quanto tale forma di espropriazione non può comunque costituire un'alternativa ad un'espropriazione adottata secondo "buona e debita forma"».

⁵⁷ Sull'argomento v. G. BUFFONE, *L'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del T.U.E.*, in (a cura di) S. RUSCICA, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Varese, 2012, pp. 56 ss.; P. PIRRUCCIO, *L'espropriazione per pubblica utilità. Procedimento amministrativo e contenzioso giurisdizionale*, Padova, 2011, pp. 667 ss.

introdotto il nuovo art. 42-*bis* nel d.P.R. n. 327 del 2001⁵⁸ ancora oggi disciplinante la procedura di esproprio semplificato che può portare all'acquisizione da parte della p.a. del bene occupato *sine titulo*. In tal modo il legislatore ha colmato il vuoto normativo lasciato dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 del Testo unico.

Le due condizioni che legittimano l'adozione del nuovo provvedimento di acquisizione sanante sono, come in passato, l'aver il provvedimento ad oggetto un bene immobile utilizzato per scopi di interesse pubblico e l'essere stato tale bene modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità. Con tale ultima precisazione la norma conferma la possibilità di sanare anche le occupazioni usurpative, rispetto alle quali prima dell'introduzione dell'art. 43 veniva formalmente assicurata la tutela restitutoria, salvo poi escluderla in via giurisprudenziale invocando, come si è visto, gli artt. 2058 e 2933 cod. civ.

Le principali novità rispetto al passato, in estrema sintesi, sono le seguenti: il provvedimento formale di esproprio opera *ex nunc*, anziché *ex tunc*, in quanto l'acquisizione avviene per il futuro, di guisa che per il passato permane l'illiceità del comportamento della p.a. non sanato retroattivamente. Il privato ha diritto al pagamento di un indennizzo pari al valore venale del bene, non più di un risarcimento del danno, in quanto il titolo di acquisto della proprietà della p.a. è un legittimo provvedimento ablatorio che dà luogo a una responsabilità da atto lecito, piuttosto che un illecito fonte di danni risarcibili. Per il periodo di occupazione *sine titulo* al privato spetta in aggiunta un risarcimento del danno, forfettariamente liquidato nell'interesse pari al cinque per cento annuo del valore venale del bene, salvo la prova del maggior danno, cui si somma il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla perdita della proprietà, forfettariamente liquidato nella misura pari al dieci per cento del valore venale del bene⁵⁹.

A tal proposito al fine di scongiurare che il privato, ex art. 133, c. 1, lett. g) c.p.a., dovesse adire il giudice ordinario per le controversie inerenti alla determinazione e corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura

⁵⁸ Su cui v. G. DE MARZO, *Occupazione appropriativa e principio di legalità. La rinascita dell'acquisizione sanante dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2727 ss.

⁵⁹ Nel senso di considerare tale disciplina come più favorevole al privato che subisce l'occupazione rispetto alla disciplina ordinaria in materia di onere della prova v. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, su cui *infra*.

espropriativa o ablativa e il giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva, per le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di un potere delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno interpretato il termine «risarcimento» utilizzato dal legislatore in senso atecnico, quale mera voce del complessivo indennizzo dovuto. Ciò ha consentito di assicurare la concentrazione della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario per ogni controversia concernente il *quantum* dovuto dall'amministrazione e una maggior coerenza, essendo i valori liquidati in un'unica sede, dal momento che le entità risarcitorie sono paramtrate al valore venale del bene al pari dell'indennizzo⁶⁰.

L'art. 42 *bis* pone inoltre un obbligo di motivazione rafforzata, in quanto il provvedimento è concepito come un intervento di *extrema ratio* che deve indicare le «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l'emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione». Non è più ammessa la c.d. acquisizione giudiziaria, che, secondo il vecchio art. 43, consentiva l'acquisizione del bene a favore della p.a. tramite una pronuncia del giudice su istanza dell'amministrazione contro cui il privato aveva avanzato l'azione di restituzione, senza la necessaria emanazione di un provvedimento formale di esproprio assunto a seguito della ponderazione degli interessi coinvolti. Infine, l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico deve essere comunicata entro trenta giorni alla Corte dei conti.

⁶⁰ In tal senso v. Cass. civ., sez. un., 25 luglio 2016, n. 15283; Id., sez. un., 8 giugno 2021, n.15912. Recentemente la Sezione I della Corte di cassazione ha tuttavia rimesso alle Sezioni Unite la questione inerente alla giurisdizione sulle controversie in materia di indennizzi, auspicando un ripensamento del principio di diritto di cui alla sentenza da ultimo citata con cui si era optato per la giurisdizione ordinaria per assicurare la concentrazione della tutela giurisdizionale, lesa da una scissione delle controversie (quelle concernenti l'indennizzo di spettanza del giudice ordinario, quelle concernenti il risarcimento di spettanza del giudice amministrativo), al fine di assicurare coerenza all'assetto sostanziale della materia. La sent. Cass. civ., sez. un., 20 luglio 2021, n. 20691 ha tuttavia confermato la giurisdizione ordinaria in materia, «in considerazione della natura intrinsecamente indennitaria del credito vantato dal proprietario del bene e globalmente inteso dal legislatore come *unicum* non scomponibile nelle diverse voci». Sulla giurisdizione come «vicenda tormentata» v. I. FRANCO, *Il riparto di giurisdizione in tema di acquisizione sanante anche dopo l'art. 42 bis t.u. n. 327/2000*, in *Urb. e app.*, 3, 2013, pp. 317 ss.; D. PONTE, *Il giudicato restitutorio prevale sull'acquisizione sanante: ma il risarcimento resta lo stesso*, in *Urb. e app.*, 12, 2016, pp. 1353 ss.

L'efficacia non retroattiva della nuova acquisizione esclude che l'illecito aquiliano possa essere sanato dalla stessa p.a. che ne è stata autrice e delinea un particolare procedimento di esproprio semplificato, chiaro, preciso e prevedibile. Quest'ultimo si sostanzia *uno acto* e impone il pagamento dell'indennizzo che sarebbe stato generalmente dovuto anche seguendo il procedimento di esproprio ordinario, in aggiunta al risarcimento del danno – indennizzo per l'essere stato il provvedimento adottato all'esito di una vicenda illecita⁶¹. La motivazione rafforzata compensa la perdita delle garanzie tipicamente assicurate al privato nel corso del procedimento espropriativo e il legislatore disincentiva gli espropri illegittimi realizzati dai funzionari pubblici, in quanto la comunicazione alla Corte dei conti è volta a consentire l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa verso questi ultimi per aver cagionato un danno erariale alle casse dell'amministrazione, tenuta ad un dispendio di risorse pubbliche maggiore di quello che avrebbe dovuto sostenere nel corso dell'ordinario procedimento di esproprio. Difatti, le garanzie partecipative perse dal privato sono compensate anche dal maggior ristoro economico che egli consegue per via del procedimento espropriativo delineato dall'art. 42-*bis* del Testo unico in materia di espropriazioni. La natura *extra ordinem* del potere in esame, desumibile anche dall'onere di motivazione rafforzata, evita che il provvedimento in questione si trasformi in uno strumento offerto alle amministrazioni come «legale via di uscita» dalle loro violazioni⁶².

Il legislatore sembra aver così ragionevolmente contemperato l'interesse pubblico sotteso all'espropriazione della proprietà, salvaguardato dalla funzione sociale di quest'ultima, con l'esigenza di assicurare una tutela piena ed effettiva dei diritti del privato, rispettosa del principio di legalità formale e sostanziale. In tal modo si è cercato di innalzare, rispetto al passato, il livello di protezione del diritto di proprietà conformandosi al più alto grado di tutela a questo assicurato dal sistema CEDU.

8. IL GIUDIZIO DELLE CORTI SULL'ART. 42-BIS.

⁶¹ Sul contrasto interpretativo in ordine alla natura indennitaria o risarcitoria di quanto dovuto dalla p.a. v. la nota precedente, n. 60. L'accoglimento della tesi indennitaria sembra tuttavia porsi in apparente contrasto con il carattere illecito dell'occupazione *medio tempore* realizzata.

⁶² Così F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit.

Avverso l'art. 42-*bis* sono state sollevate numerose censure di costituzionalità, tutte respinte dalla Corte costituzionale che ha ravvisato nel nuovo istituto una cesura con il passato e il superamento delle incompatibilità della normativa in materia di espropri illegittimi con il sistema della CEDU.

In particolare, con la sentenza n. 71 del 2015 la Consulta⁶³ ha ribadito la natura *sui generis* del procedimento espropriativo previsto dall'art. 42-*bis*, non diretto a sanare l'illecita occupazione della p.a., bensì a realizzare un autonomo esproprio del bene occupato per soddisfare specifiche esigenze pubbliche non altrimenti realizzabili⁶⁴. L'obbligo di motivazione rafforzata e la più elevata entità del ristoro economico consentono di escludere la violazione del giusto procedimento amministrativo⁶⁵,

⁶³ Con nota di R. PARDOLESI, *Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 2629 ss. e R. ARTARIA, E. BARILÀ, *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante, secondo la Corte costituzionale*, in *Urb. e app.*, 2015, pp. 767 ss.

⁶⁴ Le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, due delle quali emanate dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite il 13 gennaio 2014, due dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione seconda, il 12 maggio e il 5 giugno 2014, rispettivamente iscritte ai nn. 89, 90, 163 e 219 del registro ordinanze 2014, hanno sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 42 *bis* del Testo unico in materia di espropriazione in riferimento agli artt. 3, 24, 42, 97, 111, primo e secondo comma, 113 e 117, primo comma, della Costituzione. Viene denunciata innanzi tutto la violazione del principio di eguaglianza e la lesione dell'effettività della tutela giurisdizionale del privato, in quanto la norma censurata consente al soggetto pubblico, responsabile della violazione delle regole preordinate all'esproprio, di sanare il pregresso illecito e di trarne vantaggio conseguendo la proprietà dell'immobile, laddove al privato non resta che accontentarsi del ristoro economico. Inoltre, un'importante censura attiene alla violazione dei principi del giusto procedimento espropriativo, dal momento che l'art. 42 Cost., secondo i giudici remittenti, esigerebbe che i motivi di interesse generale che giustificano l'esercizio del potere espropriativo siano predeterminati dall'amministrazione in un momento in cui la scelta del modo di perseguire l'interesse pubblico, anche con vie alternative all'espropriazione o accordi tra le parti, sia ancora possibile e possa essere influenzata dalla partecipazione del privato. Viene poi contestata la mancanza di termini certi cui assoggettare l'azione amministrativa, che espone il privato al potere pubblico espropriativo *sine die*. Non da ultimo, si denuncia l'incompatibilità dell'istituto in questione con il sistema della CEDU, dal momento che in sostanza esso configura un'espropriazione realizzata al di fuori del procedimento ordinario previsto dalla legge e in conseguenza di un illecito. Al riguardo v. ancora F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit.

⁶⁵ Cui la Corte costituzionale ha recentemente negato il rango di principio dotato di valenza costituzionale, cfr. Corte cost., n. 71 del 2015; nello stesso senso v. la meno recente sentenza n. 13 del 1962. Per talune aperture verso il riconoscimento dell'avvenuta costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento v. Corte cost., nn. 103 e 104 del 2007. Sul giusto procedimento amministrativo v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 583 ss.; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998, pp. 11 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 131 ss.; N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2017, pp. 1605 ss.; N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, pp. 85 ss.; R. CARANTA, *Giusto procedimento ed espropriazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 162 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, pp. 27 ss.; R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIQUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustiziaamministrativa.it.

nonostante la procedura espropriativa si presenti semplificata nella forma e nei tempi. Le ragioni dei proprietari vengono inoltre sufficientemente tutelate, a giudizio della Corte costituzionale, in quanto l'acquisizione del bene si presenta come eccezionale rispetto alla sua restituzione. La nuova norma non consente pertanto all'amministrazione di recuperare un potere analogo a quello di cui disponeva all'origine della vicenda espropriativa, ma attribuisce alla p.a. un potere diverso e più circoscritto.

La dottrina si è mostrata critica verso un tale argomentare della Corte, in quanto si è paventato che il legislatore abbia attuato ancora una volta il solo profilo formale del principio di legalità, legando il trasferimento della proprietà ad un formale provvedimento adottato dalla p.a. anziché ad un fatto illecito, ma non anche il profilo sostanziale della legalità. Quest'ultimo impone di esercitare il potere autoritativo nel temperamento degli interessi coinvolti e dovrebbe ostare alla sanatoria in via autoritativa degli illeciti della p.a., quand'anche ciò avvenga in maniera non retroattiva. Secondo parte della dottrina si dovrebbe infatti favorire il rispetto dei procedimenti ordinari di esproprio⁶⁶ e, al contempo, garantire l'esperibilità delle azioni a tutela della proprietà.

Ciò nondimeno, la Corte ha espressamente affermato che l'art. 42-*bis* non preclude la tutela giurisdizionale del privato, la quale è solo «parzialmente conformata»: esso esclude infatti le sole azioni restitutorie, che «non sarebbero congruamente esperibili

⁶⁶ In tal senso v. F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit., secondo cui il legislatore avrebbe potuto rendere più efficacemente realmente eccezionale il potere *extra ordinem* in esame «limitandone l'esercizio ad ipotesi tassative individuate non discrezionalmente dall'autorità procedente quanto piuttosto dalla legge con il riferimento ai casi di fortuito e forza maggiore». Sulla lesione delle garanzie partecipative v. F.G. SCOCA, S. TARULLO, *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titulo*, cit., secondo cui in tale ipotesi difetterebbe un procedimento in senso sostanziale, idoneo a consentire la compiuta acquisizione e valutazione di tutti gli interessi e fatti rilevanti, così come richiesto dalla legge fondamentale sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990. V. anche G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, cit., secondo cui, tuttavia, la Corte di Strasburgo non ha mai imposto agli Stati nazionali di garantire il diritto di proprietà sempre e comunque mediante la restituzione del bene, che è solo una delle possibili forme di riparazione accanto alla tutela risarcitoria in presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico; E. ZAMPETTI, *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.* 2011, pp. 569 ss. Secondo le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione la valutazione degli interessi in conflitto e l'utilizzo in atto del bene «per scopi di interesse pubblico» non sarebbero un sinonimo dei «motivi di interesse generale» richiesti dall'art. 42 Cost., i quali «valgono non solo ad escludere che il provvedimento ablatorio possa perseguire un interesse meramente privato, ma richiedono anche che esso miri alla soddisfazione di effettive e specifiche esigenze rilevanti per la comunità», cfr. Corte Cost., n. 95 del 1966 e n. 155 del 1995.

rispetto ad un comportamento non più qualificato in termini di illecito», ma garantisce comunque un serio ristoro economico.

Una delle censure ripetutamente mosse alla norma in esame è stata quella secondo cui l'art. 42-*bis* espone il privato al potere ablatorio della p.a. *sine die*, dal momento che esso, al pari del precedente art. 43, non contempla un termine entro il quale adottare il decreto di esproprio semplificato. La Corte costituzionale ha fugato tali dubbi di costituzionalità, sollevati con riguardo ai parametri della certezza e della stabilità del diritto, riconoscendo in favore del privato la tutela giurisdizionale avverso il silenzio – inadempimento della p.a. secondo il rito previsto dagli artt. 31 e 117 c.p.a.

Tale soluzione non appariva scontata. Infatti, secondo parte della dottrina⁶⁷ e della giurisprudenza⁶⁸ il riferimento contenuto nell'art. 31 c.p.a. alla «conclusione del procedimento amministrativo» presupporrebbe un procedimento già avviato che la p.a. omette di concludere, non anche un procedimento che la p.a. non ha neppure avviato. Da tale assunto si desume che l'azione avverso il silenzio sarebbe esperibile nei soli casi in cui l'inerzia della p.a. segue la presentazione di un'istanza del privato con cui prende avvio il procedimento, oltre che, come recita l'art. 31, «negli altri casi previsti dalla legge». Tra gli altri casi previsti dalla legge, in cui eccezionalmente l'azione avverso il

⁶⁷ Sull'argomento v. G. MARI, G. STRAZZA, *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71*, cit.; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in (a cura di) M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, pp. 110 ss. Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4696, ha evidenziato che «Fermo restando quindi il carattere discrezionale della valutazione rimessa alla Amministrazione sulla possibilità di procedere *ex art. 42-bis*, non v'è dubbio che l'esercizio di tale potestà non possa protrarsi indefinitamente nel tempo, altrimenti l'inerzia dell'Amministrazione si tradurrebbe in un illecito permanente. Seppure, quindi, l'art. 42-*bis* non contempli un avvio del procedimento ad istanza di parte, deve ritenersi che il privato possa sollecitare l'Amministrazione ad avviare il relativo procedimento e che l'Amministrazione abbia l'obbligo di provvedere al riguardo, essendo l'eventuale inerzia dell'Amministrazione configurabile quale silenzio-inadempimento impugnabile di fronte al giudice amministrativo. Infatti, per la P.A. l'obbligo giuridico di provvedere, positivizzato in via generale dall'art. 2 della legge n. 241/1990 (...) è rinvenibile anche al di là di un'espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza e, dunque, anche in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento ovvero tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione (*ex plurimis*: Cons. St., sez. VI, 14.10.1992 n. 762)». Sul tema del silenzio si veda A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in (a cura di) M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pp. 224 ss.

⁶⁸ Secondo TAR Napoli, sez. V, 25 settembre 2018, n. 5593, «il silenzio-rifiuto può infatti formarsi esclusivamente in ordine all'inerzia dell'Amministrazione su una domanda intesa ad ottenere l'adozione di un provvedimento ad emanazione vincolata ma di contenuto discrezionale».

silenzio segue un procedimento ad iniziativa ufficiosa della p.a. anziché ad iniziativa di parte, è ad esempio contemplato quello previsto dall'art. 19, comma 6-ter della legge n. 241 del 1990 in materia SCIA, qualora la p.a. rimanga inerte e non eserciti le verifiche cui è tenuta *ex officio*. Al contrario, tra i suddetti casi non è contemplato espressamente quello in cui l'amministrazione non avvii il procedimento ad iniziativa ufficiosa di esproprio semplificato. Quest'ultimo è stato pertanto ricavato interpretativamente dalla giurisprudenza, prima costituzionale, poi amministrativa, che lo hanno incluso nel campo di applicazione dell'art. 31 c.p.a.⁶⁹ attraverso un'interpretazione combinata degli artt. 2 della legge n. 241 del 1990 e 42-bis del d.P.R. n. 327 del 2000, ciò che ha consentito di superare le criticità connesse alla mancata previsione di un termine espresso per la conclusione del procedimento.

In particolare, si è posto in capo al privato un onere di previa sollecitazione all'esercizio del potere officioso di cui all'art. 42-bis al fine di radicare «uno degli “altri casi previsti dalla legge”, nei quali il ricorrente “può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere” (art. 31, comma 1, c.p.a.) come se la sollecitazione fosse un atto di iniziativa procedimentale: non lo è, si badi, ma è come se lo fosse, ai limitati fini del modo di formazione del silenzio e dei rimedi avverso lo stesso»⁷⁰.

La Corte costituzionale ha anche chiarito che l'alternativa che si pone per la p.a. occupante non è quella di scegliere se acquisire in via autoritativa il bene o restituirlo al proprietario, bensì quella di scegliere se acquisire o non acquisire lo stesso bene⁷¹. In questo secondo caso la restituzione del bene non corrisponde infatti a una scelta

⁶⁹ Al riguardo v. ancora G. MORBIDELLI, *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, cit.; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 29 maggio 2015, n. 505; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2126, con nota di D. PONTE, *L'acquisizione sanante: la coincidenza Corte costituzionale-Consiglio di Stato*, in *Urb e app.*, 7, 2015, pp. 807 ss. In giurisprudenza per la soluzione sposata dall'Adunanza Plenaria v. già Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4696; Id., 26 marzo 2013, n. 1713; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 7 novembre 2014, n. 2729. *Contra* TAR Puglia, Lecce, sez. I, 12 luglio 2012, n. 1242; TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 18 settembre 2014, n. 353; TAR Toscana, sez. I, 3 giugno 2014, n. 985; Id., 22 gennaio 2014, n. 124.

⁷⁰ L. BERTONAZZI, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, pp. 711 ss.; sull'argomento v. anche ID., *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo*, in (a cura di) B. SASSANI - R. VILLATA, *Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 937-951.

⁷¹ L'acquisizione della proprietà del bene in capo alla p.a. può, in alternativa e residualmente, derivare dall'accordo transattivo concluso con il privato o dal maturare dell'usucapione in favore della p.a. In tal senso v. Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2, con nota di A. TRAVI, E. BARILA' e R. PARDOLESI, in *Foro it.*, 2016, 4, III, pp. 185 ss.

discrezionale della p.a., ma configura un'obbligazione civilistica che consegue alla lesione del diritto di proprietà e che è pari a quella gravante su qualsiasi privato che occupa *sine titulo* un bene altrui. La restituzione costituisce d'altronde l'effetto ripristinatorio tipico della sentenza che accoglie l'impugnazione degli atti illegittimi adottati nel procedimento d'esproprio, incluso il provvedimento *ex art. 42-bis*, effetto che si affianca agli effetti caducatori tipici dell'annullamento⁷².

Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 2 del 2016⁷³, ha valutato con favore la nuova disposizione, affermando che essa riduce le ipotesi di acquisizione conseguenti all'occupazione illecita o illegittima della p.a. ed impedisce che quest'ultima diventi il *modus* ordinario di agire della medesima p.a. L'espropriazione sanante è divenuta infatti un'alternativa eccezionale, oltre che particolarmente costosa, rispetto all'ordinaria procedura di esproprio, che non sana più un illecito della p.a., ma costituisce una forma di espropriazione diretta rispettosa della «buona e debita forma» imposta dal diritto europeo⁷⁴.

Ribadendo quanto già affermato dalla precedente Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, il Supremo Consesso ha escluso che il giudice della cognizione possa condannare l'amministrazione ad adottare il provvedimento di esproprio *ex art. 42-bis*, in quanto ciò risponde ad una scelta discrezionale dell'amministrazione alla quale né il giudice né il privato possono sostituirsi. Il giudice può al più condannare la p.a. a decidere, esercitando la scelta tra l'adozione del provvedimento di acquisizione o la non acquisizione, con

⁷² Così M. TIBERI, *La tutela restitutoria dei beni nelle procedure espropriative illegittime*, cit., spec. pp.108-109, che richiama l'orientamento giurisprudenziale secondo cui con l'«annullamento del decreto di esproprio, l'Amministrazione ha l'obbligo giuridico di far venir meno l'occupazione *sine titulo* e di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, restituendo l'immobile al legittimo titolare dopo aver demolito quanto ivi realizzato», in quanto la realizzazione dell'opera pubblica sul fondo illegittimamente occupato è considerata un mero fatto e non può trasformarsi in un valido titolo di acquisto della proprietà in favore della p.a. cfr. Tar. Catania, n. 1498 del 2012; Cons. St., sez. IV, n. 4833 del 2009; Id., 676 del 2011. Sul tema si veda anche R. GISONDI, *Condanna alla restituzione dell'area illegittimamente occupata ed acquisizione sanante: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, febbraio 2016, pp. 434 ss.

⁷³ Che ha precisato che la p.a. non può più adottare il provvedimento acquisitivo in seguito ad un giudicato non soltanto cassatorio, ma anche esplicitamente restitutorio. Sulla pronuncia v. le note di R. PARDOLESI, *Nostalgia per l'occupazione appropriativa?*, ed E. BARILÀ, *Restituzione o acquisizione coattiva? Sui poteri del commissario «ad acta» per l'esecuzione dei giudicati relativi alle espropriazioni illegittime*, in *Foro it.*, 2016, III, pp. 185 ss.; D. PONTE, *Il giudicato restitutorio prevale sull'acquisizione sanante: ma il risarcimento resta lo stesso*, cit.

⁷⁴ Così Corte EDU, 12 gennaio 2006, Causa Sciarrotta ed altri c. Italia, ric. n. 14793/2002, su cui v. *retro*, nota 56.

conseguente restituzione del bene al privato. Solo il giudice dell'ottemperanza, eventualmente per via della nomina del commissario *ad acta*, può sostituirsi alla p.a. adottando il provvedimento di acquisizione coattiva di cui all'art. 42-*bis*, dal momento che il giudizio di ottemperanza rientra tra i casi di giurisdizione di merito previsti dall'art. 134 c.p.a.

9. LE SENTENZE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO NN. 2, 3 E 4 DEL 2020.

In argomento si è di recente pronunciata nuovamente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le sentenze n. 2, 3 e 4 del 2020, interrogata sulla questione di diritto attinente alla ammissibilità o meno di una rinuncia abdicativa del diritto di proprietà del privato quale atto implicito desumibile dalla sua domanda di risarcimento del danno derivante dall'illecita occupazione del suolo di sua proprietà irreversibilmente trasformato dalla p.a. La questione era stata risolta positivamente, pur senza essere esaminata *ex professo*, dall'Adunanza Plenaria sopra citata n. 2 del 2016⁷⁵.

Al contrario, la più recente Adunanza Plenaria, dopo aver ricostruito la tesi favorevole ad ammettere la configurabilità della rinuncia abdicativa⁷⁶, ha optato per la soluzione negativa⁷⁷ perlomeno nel circoscritto ambito della giurisdizione amministrativa alla stregua di tre argomentazioni:

⁷⁵ Che aveva al riguardo richiamato l'arresto delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, n. 735 del 2015, su cui v. la nota di R. PARDOLESI, *Occupazione acquisitiva: la resa, alla buon'ora!*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 436 ss.

⁷⁶ Sulla quale v. CGA, 25 maggio 2009, n. 486; Cass. civ., sez. un., 19 gennaio 2015, n. 735; Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2018, n. 12961; Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2017, n. 5686; Cass. civ., sez. un., n. 3517-2019; Cons. St., sez. IV, 24 maggio 2018, n. 3105; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2396. Gli argomenti su cui si poggia tale tesi sono sostanzialmente tre: a) si invoca innanzi tutto il principio di concentrazione delle tutele e la ragionevole durata del processo, che sarebbero lesi dal necessario svolgimento di una fase amministrativa riguardante la legittimità degli atti e di un giudizio civile avente ad oggetto il *quantum* da corrispondere all'espropriato; b) si assicurerebbe un maggior ristoro economico per il privato, dal momento che il *quantum* del risarcimento è parametrato alla regola dell'integralità, laddove l'entità dell'indennizzo corrisponde al solo valore del bene perduto; c) il risarcimento sarebbe inoltre dovuto dal momento della domanda giudiziale, da cui si desumerebbe la rinuncia implicita, così che da questo momento decorrerebbero gli interessi legali e la rivalutazione riconosciuti in conseguenza della natura del debito risarcitorio come debito di valore, anziché di valuta.

⁷⁷ Già sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria in ragione del contrasto con la tutela della proprietà, con i principi civilistici e con il tenore degli artt. 43 e 42 *bis*, che ricollegano l'acquisizione a un provvedimento discrezionale della p.a., cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 17 giugno 2014, n. 265; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2559; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853; Cons. St., sez. IV,

a) la configurazione della domanda risarcitoria come rinuncia abdicativa della proprietà del privato se, da un lato, riesce a spiegare la perdita del diritto di proprietà di quest'ultimo, dall'altro, non riesce a spiegare la vicenda acquisitiva in capo all'amministrazione, che dovrebbe consistere in un acquisto a titolo derivativo in favore della p.a. espropriante, anziché in un acquisto a titolo originario in capo allo Stato come quello delineato dall'art. 827 cod. civ. per i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno⁷⁸;

b) la domanda risarcitoria non ha i requisiti degli atti impliciti, qual è considerata la rinuncia abdicativa dalla tesi sconfessata, dal momento che la teoria degli atti impliciti riguarda gli atti decisionali della pubblica amministrazione, non già gli atti dei privati. Inoltre, anche ad ammettere la configurabilità di atti impliciti dei privati, nella domanda risarcitoria manca una chiara volontà del privato di rinunciare al diritto, costituendo essa una mera denuncia di un illecito permanente di cui si chiede la riparazione, illecito che per giunta non cessa in occasione di una tale rinuncia. Quest'ultima, realizzata attraverso il ricorso per il risarcimento del danno, non viene neppure effettuata dalla parte personalmente, né per il tramite di un soggetto dotato di idonea procura, in quanto il difensore non è legittimato a rinunciare al diritto di proprietà del privato;

c) da ultimo, la tesi contraria che ammette la rinuncia abdicativa in favore della p.a. occupante contrasta con la necessaria individuazione di una base legale certa e prevedibile dell'acquisto della proprietà in capo alla p.a., dal momento che la rinuncia abdicativa introduce nell'ordinamento giuridico un modo di acquisto della proprietà atipico ed essa non è individuata dalla legge come forma con cui realizzare una sostanziale espropriazione del privato. Pertanto, la rinuncia abdicativa si pone in contrasto

28 gennaio 2011, n. 676; TAR Calabria, Reggio Calabria, 26 marzo 2015, n. 310; TAR Puglia, Bari, sez. II, 16 settembre 2014, n. 1111; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4445; Id., sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 6375; Id., sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3561; TAR Basilicata, Potenza, sez. I, 7 marzo 2014, n. 182; TAR Puglia, Bari, sez. I, 23 settembre 2013, n. 1331; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 settembre 2013, n. 901. Per un più approfondito esame del dibattito giurisprudenziale in materia di rinuncia abdicativa v. A. DI CAGNO, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, in *Urb. e app.*, 2020, 1, pp. 99 ss.

⁷⁸ Per la netta contrapposizione tra la rinuncia in senso tecnico, quale negozio abdicativo, e negozio traslativo di carattere dispositivo, regolato dalle norme sul contratto per la sua struttura bilaterale, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 452.

con il sistema delineato dalla CEDU e dalla nostra Costituzione⁷⁹. La tesi favorevole ad ammettere una tale rinuncia si pone altresì in insanabile contrasto con i principi che presiedono all'illecito aquiliano, in quanto l'evento dannoso, vale a dire la perdita del diritto di proprietà, verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato, ciò configurando un'interruzione del nesso causale *ex art. 41, comma 2, cod. pen.* tra la condotta illecita della p.a. e l'evento dannoso⁸⁰.

Secondo l'Adunanza Plenaria, dunque, l'unica base legale dell'acquisto della proprietà in capo alla p.a. nelle ipotesi di occupazioni illegittime è costituita dall'art. 42-*bis* del Testo unico in materia di espropriazione, che prefigura un procedimento a iniziativa d'ufficio vincolato nell'*an*, ma discrezionale nell'esito, quale legale via d'uscita per la p.a. autrice dell'illecito. Solo l'amministrazione, infatti, è abilitata a valutare gli interessi in conflitto e a decidere se acquisire o restituire (o meglio non acquisire) il bene⁸¹, corrispondendo un importo superiore al suo valore venale. Ad essere valorizzata è la natura «chiusa» ed «autosufficiente» del sistema basato sull'art. 42-*bis*, che non lascia spazio alla rinuncia abdicativa nel sistema di tutela affidato alla giurisdizione amministrativa⁸².

La decisione del Supremo Consesso nasconde un'attenzione alle esigenze di tutela delle finanze pubbliche, dal momento che essa intende evitare di esporre le amministrazioni pubbliche a ingenti esborsi di denaro rimessi alle scelte dei privati in sede di rinuncia abdicativa: in tale evenienza il risarcimento del danno sarebbe stato parametrato alla perdita della proprietà, laddove la decisione dell'amministrazione di non

⁷⁹ Sul ricorso all'*analogia iuris* e sull'applicabilità dei principi generali dell'ordinamento al fine di colmare le lacune normative in esame v. M. NUNZIATA, *Il nuovo provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis del T.U. espropri: applicazione solo dopo la condanna del G.A.?*, in *Giustamm.it.*, 11, 2011, secondo cui i principi del diritto «hanno assunto una fondamentale importanza» nella situazione di vuoto normativo «che si era venuta a creare dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43».

⁸⁰ In tal senso v. M. BELLIN, *Rinuncia abdicativa e acquisizione sanante*, in *Aziendaitalia*, 2020, 6, pp. 1017 ss.

⁸¹ La scelta di disporre l'acquisizione sanante *ex art. 42 bis*, secondo la dottrina, è riservata alla p.a. in ragione dell'assoluta indisponibilità dell'interesse pubblico sottesa ad una tale scelta, pena il ripristino del sistema basato sulle espropriazioni indirette contrarie alle fonti normative, v. al riguardo A. DI CAGNO, *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, cit.

⁸² Così E. AMANTE, *L'Adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante*, in *Urb. e app.*, 2020, 3, pp. 361 ss. L'A. rileva che, logicamente, se l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2016 aveva escluso che la scelta sulla acquisizione o meno del bene potesse essere fatta dal giudice, *a fortiori* questa non può spettare al privato. L'Adunanza esclude che il proprietario del bene possa dirsi «titolare di una sorta di diritto potestativo a imporre il trasferimento della proprietà».

acquisire il bene consente di limitare il *quantum* risarcitorio al solo danno derivante dal mancato uso del bene nel periodo dell'occupazione illegittima. Si esclude dunque in maniera assoluta che a decidere sulla destinazione del bene possa essere il giudice o il privato, ciò che si verificherebbe nell'eventualità di ammettere la rinuncia abdicativa al diritto di proprietà implicitamente desunta dalla domanda risarcitoria del privato stesso.

Dinanzi all'inerzia della p.a. i giudici di Palazzo Spada ribadiscono che il privato ha a disposizione gli ordinari mezzi di tutela previsti dall'ordinamento giuridico, compresa la possibilità di domandare la restituzione del bene o di agire con l'azione avverso il silenzio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., con possibile nomina del commissario *ad acta* già in sede di cognizione per il caso di perdurante inerzia della p.a., oltre che di agire in sede di ottemperanza. Nonostante si finisca così per aggravare la posizione del privato, obbligandolo ad attivare rimedi che in un ordinario procedimento di esproprio non sarebbero necessari⁸³.

Qualora il privato abbia domandato la sola restituzione del bene la p.a. può ancora paralizzare tale domanda adottando nel corso del giudizio il provvedimento di acquisizione *ex art. 42-bis*. Infatti, l'amministrazione può adottare il provvedimento di acquisizione durante la pendenza del giudizio per l'annullamento del provvedimento di esproprio o di quello dichiarativo della pubblica utilità dopo aver ritirato questi ultimi⁸⁴. Parte della dottrina ha a tal riguardo evidenziato il persistente contrasto con la disciplina comunitaria della norma nella parte in cui si «riafferma *apertis verbis* che il provvedimento di acquisizione sanante può essere assunto anche in presenza di annullamento giudiziale dei provvedimenti significativi sui quali si innerva il procedimento di espropriazione (atto di imposizione del vincolo espropriativo, decreto di esproprio, ecc.)»⁸⁵.

⁸³ Così R. ARTARIA, BARILA', *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante secondo la Corte costituzionale*, in *Urb. e appalti*, 2015, p. 779; v. anche M. PALMA, *I presupposti per l'applicazione dell'art. 42 bis del d. lgs. 327 del 2001 nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Giur. dell'Ed.*, 6, 1 dicembre 2017, pp. 407 ss.

⁸⁴ V. al riguardo E. GIARDINO, *Dall'accessione invertita all'acquisizione provvedimentale*, Nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 6 novembre 2012, n. 9052, in *Gior. dir. amm.*, 10, 2013, p. 979.

⁸⁵ Così I. FRANCO, *Il riparto di giurisdizione in tema di acquisizione sanante anche dopo l'art. 42 bis t.u. n. 327/2000*, cit., pp. 323 ss. *Contra*, Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 1438, secondo cui la norma non contrasta con la CEDU né con la Costituzione.

Secondo un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa⁸⁶, la domanda di restituzione andrebbe più correttamente qualificata e conseguentemente convertita in domanda diretta ad ottenere l'esercizio del potere di cui all'art. 42-*bis*, con conseguenziale condanna della p.a. da parte del giudice ad effettuare la scelta sottesa a tale norma. Una parte della dottrina⁸⁷ ha ricondotto la domanda *de qua* alla domanda di condanna atipica «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» ex art. 34, comma 1, lett. c), primo periodo, c.p.a., quale forma di tutela alternativa a quella tipica di condanna c.d. pubblicistica «al rilascio di un provvedimento richiesto» di cui al secondo periodo della citata norma. Quest'ultima è diretta a costringere la p.a. a concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante tramite la sequenza istanza – giudizio avverso il silenzio – nomina del commissario *ad acta*. La prima, al contrario, è diretta a provocare la scelta riservata all'amministrazione, proprio in ragione del fatto che l'art. 42-*bis* non impone l'avvio del procedimento ad istanza di parte, che sembra prospettato dalla dottrina in esame come necessario ai fini della percorribilità del rito avverso il silenzio.

Si tratterebbe, in sostanza, di una sorta di domanda a provvedere, dal momento che si consente al giudice di ordinare all'amministrazione di aprire e concludere un procedimento finalizzato all'acquisizione sanante senza ricorrere al rito speciale del silenzio, mediante l'assegnazione all'amministrazione di un termine entro il quale restituire l'area previa riduzione in pristino o acquisirla ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 42-*bis*⁸⁸.

Tanto la tesi che riconduce la domanda in considerazione alla tutela giurisdizionale avverso il silenzio – inadempimento, mediante una lettura estensiva

⁸⁶ *Ex mutlis*, Cons. St., Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 6; Cons. St., sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2595; Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7309; Cons. St., sez. IV, 21 settembre 2020, n. 5527.

⁸⁷ M. TIBERI, *La tutela restitutoria dei beni nelle procedure espropriative illegittime*, cit., che accoglie con favore l'esito cui è giunta la giurisprudenza amministrativa in quanto «tale soluzione pur non comportando una sostituzione del g.a. nella sfera riservata alla p.a., ha il merito di mettere quest'ultima innanzi alle sue responsabilità, costringendola a definire la situazione e di conseguenza produce l'effetto di garantire il massimo livello di tutela che l'ordinamento può offrire al privato», spec. p. 125. Cfr. anche TAR Latina, 7 gennaio 2016, n. 1 e Corte cost. n. 71 del 2015, secondo cui la mancata previsione di un termine per l'esercizio del potere riconosciuto alla pubblica amministrazione denunciata dai giudici remittenti non considera le molteplici soluzioni previste dall'ordinamento giuridico per reagire all'inerzia della p.a.

⁸⁸ In questi termini TAR Basilicata, 10 luglio 2015, n. 412; Cons. St., sez. IV, n. 1514 del 2012; TAR Lazio, Latina, sez. I, 13 ottobre 2015, n. 657.

dell'art. 31 c.p.a., quanto quella che riconduce la medesima domanda ad un'azione di condanna atipica «all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» rispondono al principio di effettività della tutela e alla regola della atipicità delle azioni che da esso discenderebbe⁸⁹.

Nel diverso caso in cui il privato abbia domandato la sola tutela risarcitoria, esclusa la configurabilità di un'implicita rinuncia abdicativa sottesa a una domanda di tal genere, il giudice è chiamato a riqualificare la domanda proposta, che viene convertita sulla base dei rimedi legali offerti dal nostro ordinamento giuridico. La *questio iuris* è infatti sempre di spettanza del giudice.

In mancanza di un titolo idoneo al trasferimento della proprietà, rimesso alla scelta discrezionale della p.a. che è unicamente competente ad adottare il provvedimento *ex art. 42-bis*, il giudice dell'ottemperanza non può far altro che ordinare la restituzione del bene, se del caso in seguito all'assegnazione alla p.a. rimasta inerte, nella sentenza cognitoria, di un termine per provvedere in ordine all'acquisizione *ex art. 34*, comma 1, lett. b) c.p.a. In alternativa al quadro descritto, il giudice può rimettere le parti in termini al fine di permettere loro la conversione della domanda di risarcimento proposta in azione contro il silenzio per il mancato esercizio da parte della p.a. dei poteri *ex art 42-bis*, per essere queste cadute in errore scusabile a causa del mutamento giurisprudenziale in materia di rinuncia abdicativa, e cercare di ottenere per tale via l'adozione del provvedimento di esproprio semplificato. Da ultimo, il giudice può invitare le parti a precisare la domanda in relazione al definito quadro giurisprudenziale, in ogni caso previa sottoposizione della questione processuale al contraddittorio delle parti.

Ciò non toglie che il giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla p.a. formatosi durante la vigenza del precedente quadro giurisprudenziale, che accertava l'avvenuto perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva in favore della p.a., precluda «il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione

⁸⁹ Su cui v. Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

(di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione ex artt. 31 e 117 Cod. proc. amm. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001»⁹⁰. Ai fini di tale preclusione è sufficiente che dalla sentenza passata in giudicato si evinca un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, così definitivamente acquisito al patrimonio della pubblica amministrazione. In presenza di tali presupposti il principio dell'irretrattabilità del giudicato, a sua volta espressione del principio generalissimo della certezza dei rapporti giuridici, preclude infatti la possibilità di rinvenire residuali forme di tutela in favore del privato.

10. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» COME ANTICAMERA DELLA SPECIALITÀ AMMINISTRATIVA E LE CARENZE SUL PIANO DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ.

La soluzione raggiunta dall'Adunanza Plenaria nel 2020, intesa a mettere un punto sulla questione inerente alla tutela del privato vittima di un'occupazione illegittima della p.a., presenta ancora taluni profili di criticità. Al proprietario ingiustamente pregiudicato non sembra infatti assicurata una tutela giurisdizionale piena ed effettiva⁹¹.

Le obiezioni sollevate dalla dottrina⁹² nei confronti della suddetta soluzione attengono in particolare alla incoerenza di lasciare il privato, vittima di un illecito, in balia della scelta dell'amministrazione, autrice dello stesso illecito. È quest'ultima, infatti, a decidere il rimedio da apportare al sacrificio del diritto di proprietà del privato, vale a dire se acquisire il bene e pagare un ristoro economico particolarmente ingente o se non acquisirlo e restituire così il bene, limitandosi a risarcire i danni cagionati nel periodo

⁹⁰ Così Cons. St., Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 6.

⁹¹ Sulla pienezza della tutela giurisdizionale dei diritti dinanzi al giudice amministrativo nei confronti della p.a., desunta dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, cfr. M. NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della p.a.*, in *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, pp. 172 ss.; ID., *Condanna ed azioni restitutorie nei confronti della p.a.*, in *Atti del XIV Convegno di Varese*, Milano, 1970, pp. 80 ss. Sulla tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti della p.a. dinanzi al giudice ordinario v. A. TRAVI, *Poteri del giudice ordinario e garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo della pubblica amministrazione, dopo la legge 27 ottobre 1998, n. 458*, in *Scritti per Mario Nigro*, III Vol., Milano, 1991, pp. 667 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001.

⁹² Su cui v. la nota all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2020 di C. BONA, R. PARDOLESI, *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, in *Foro it.*, 2020, III.

dell'occupazione *sine titulo*. Il privato non può rinunciare alla proprietà, né chiedere l'indennizzo o ottenere il risarcimento del danno sino a che la p.a. occupante non sciogla la riserva ai sensi dell'art. 42-*bis*, in quanto altrimenti, secondo il Supremo Consesso, quest'ultima norma sarebbe elusa. Il privato è meramente abilitato (se non forse onerato a fronte dell'inerzia amministrativa) a provocare la scelta della p.a. tra l'uno e l'altro rimedio, che costituirebbe tuttavia esercizio di una funzione doverosa e non semplicemente facoltativa.

Al contrario, nel sistema delineato dal codice civile è la vittima dell'illecito che sceglie se agire con l'azione di restituzione, abbia essa natura reale (*ex art. 948 cod. civ.*) o personale (*ex art. 2058 cod. civ.*), e/o con l'azione di risarcimento del danno per equivalente.

La tutela della proprietà è attenuata e condizionata dall'esercizio dei poteri discrezionali della p.a.⁹³, tanto che la posizione sostanziale di cui è titolare il privato vittima di un esproprio illegittimo non riveste più i caratteri del diritto soggettivo, ma assume le sembianze di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del potere, laddove prima dell'esproprio esso integrava un interesse legittimo oppositivo. Quella tutela finisce così per presupporre il previo esperimento del procedimento amministrativo di esproprio semplificato, in quanto essa sembra necessariamente muovere da un'istanza procedimentale diretta a provocare la scelta della p.a. *ex art. 42-bis* tra i due rimedi esaminati. Tuttavia, la stessa p.a. è indotta a procrastinare una tale scelta al fine di omettere l'adozione del provvedimento di esproprio e di trattenere al contempo il bene occupato. Ciò è dovuto tanto al rischio per il funzionario di incorrere nella responsabilità erariale, in quanto l'adozione dell'espropriazione sanante in luogo di quella ordinaria espone come si è visto l'amministrazione al pagamento di un indennizzo (sia esso globalmente inteso o sommato a un risarcimento del danno) ben maggiore di quello dovuto a seguito di un esproprio legittimo, quanto alle carenze strutturali della finanza pubblica, che inducono a prediligere l'attesa dell'esito di lunghi contenziosi, piuttosto che la regolarizzazione delle singole fattispecie tramite un meccanismo che impone un onere

⁹³ E. AMANTE, *L'Adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante*, cit.

immediato a carico delle medesime finanze. All'istanza procedimentale segue, in caso di inerzia della p.a., la fase giudiziale, con possibile nomina del commissario *ad acta*.

Si deve pertanto constatare che una previsione normativa – come quella che dispone la comunicazione alla Corte dei conti dei provvedimenti di acquisizione sanante adottati – che aveva l'intenzione di favorire le procedure di esproprio ordinario e arginare quelle di esproprio semplificato, con funzione di deterrenza delle occupazioni senza titolo, ha finito per provocare il perdurare di situazioni di illiceità, inducendo le amministrazioni a rimanere inerti e disincentivando condotte riparatrici rispetto alle occupazioni *sine titulo*.

Attenta dottrina⁹⁴ ha messo in luce che una costruzione di tal genere, oltre a porsi in contrasto con la nostra Costituzione e con il diritto sovranazionale, restituisce all'amministrazione un antico privilegio: quello di decidere come le conviene. Il potere – dovere di decidere che l'art. 42-*bis* delinea in termini di potere officioso viene trasformato in potere ad istanza di parte che il privato ha l'onere di attivare. L'esercizio di un tale potere non soggiace inoltre ad alcuna decadenza, sicché il privato è lasciato in balia dell'amministrazione potenzialmente *sine die*, con buona pace del principio di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale. Non da ultimo, si critica la soluzione cui è giunta l'Adunanza Plenaria laddove, pur non escludendo necessariamente l'astratta ammissibilità della rinuncia abdicativa della proprietà nel sistema generale, esclude con fermezza quest'ultima nei rapporti tra privati e amministrazione occupante, con ciò trasformando la proprietà in una situazione giuridica soggettiva la cui soddisfazione passa per l'intermediazione del potere.

Non sembra più attuale l'immagine fornita da Montesquieu nel suo *De l'esprit des lois*, ove l'autore contrapponeva la libertà dei cittadini, cedevole nei confronti delle autorità pubbliche grazie al rigore del diritto pubblico speciale, alla proprietà privata, della quale la *loi civile* era sempre «palladio»⁹⁵.

⁹⁴ C. BONA, R. PARDOLESI, *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, cit.

⁹⁵ C.L.S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, libro XXVI, cap. XV.

L'inadeguatezza della tutela offerta al proprietario destinatario dell'azione amministrativa illegittima, privato del rimedio restitutorio inteso quale rimedio generale conseguibile con la sola domanda giudiziaria, dimostra l'insufficienza degli strumenti a sua disposizione per reagire alle indebite aggressioni del proprio diritto di proprietà.

Se la legge, di regola, conferisce i poteri amministrativi per la cura concreta di un interesse pubblico, stupisce rilevare che il potere amministrativo sia ancora oggi conferito al fine ulteriore di far cessare un illecito civile, con evidente privilegio della p.a. Alla luce di ciò il privato risulta infatti titolare di una posizione al contempo di interesse legittimo e di diritto soggettivo, come dimostrato dalla sussistenza della giurisdizione ordinaria per le controversie inerenti alla quantificazione dell'indennizzo *ex art. 133, comma 1, lett. g) c.p.a.*

L'impressione che emerge dall'esaminato quadro normativo e giurisprudenziale è quella secondo cui si è cercato in tutti i modi di fornire una base legale al comportamento illecito della p.a. occupante, rinvenendo nel diritto pubblico la fonte in grado di superare regole e principi fondamentali della tradizione civilistica in nome del dogma dell'interesse pubblico prevalente.

Ciò è avvenuto dapprima operando una decostruzione del diritto civile stesso per il tramite del «diritto privato speciale» sotteso all'istituto dell'occupazione acquisitiva elaborato dal formante giurisprudenziale. Tale istituto ha infatti operato sulla c.d. «seconda via della specialità» al fine di riservare un privilegiato modo di acquisto della proprietà in favore dell'amministrazione al di là di quanto espressamente previsto dalla legge, generando incertezze nei traffici giuridici.

La costruzione di tale «seconda via della specialità» è stata arrestata dalla Corte di Strasburgo, che ha ricondotto l'occupazione acquisitiva al sistema delle espropriazioni indirette, contrastanti con il principio di legalità, e ha evidenziato l'incoerenza di un ordinamento che permetta alle sole amministrazioni pubbliche di trarre vantaggi dai propri illeciti.

Successivamente, la prassi amministrativa degli espropri illegittimi e la giustificazione che la giurisprudenza, anche costituzionale, ne ha tradizionalmente dato

ha condizionato il legislatore italiano. La giurisprudenza, mediante le coordinate fornite in tema di occupazione acquisitiva, aveva infatti dato voce ad una concezione autoritativa⁹⁶ della p.a. che sosteneva il perdurante sacrificio del diritto di proprietà dei privati. Il «diritto privato speciale» di origine giurisprudenziale ha così finito per costituire l'anticamera della specialità amministrativa, in quanto esso, e la concezione che ne è stata a fondamento, ha indotto il legislatore a disciplinare la materia degli espropri illegittimi con norme *ad hoc* collocate nel contesto della «prima via della specialità», quella del diritto amministrativo in senso proprio, non soddisfacenti sul piano dell'effettività della tutela giurisdizionale, anziché a ricondurre la materia in esame entro le sfere del diritto civile *tout court*.

La scelta legislativa effettuata con l'art. 42-*bis* esaminato, di ricorso alla «prima via della specialità», ha infatti risentito dell'impostazione del passato, atta a rinvenire un fondamento giuridico per gli illeciti commessi dalle amministrazioni pubbliche e a costruire un sistema di privilegio per queste ultime in nome di un interesse pubblico prevalente. Difatti, in ragione di un interesse di tal genere, ancorché sottoposto ad una comparazione con i contrapposti interessi privati particolarmente rigorosa alla luce del nuovo art. 42-*bis*, alla p.a. occupante viene riservata una scelta sostanzialmente *sine die* sul destino del diritto di proprietà della vittima dell'occupazione. Questa viene privata di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, dal momento che le forme tradizionali di tutela della proprietà, quella restitutoria e quella risarcitoria, non risultano più azionabili.

Da tale *excursus* emerge come il «diritto privato speciale» abbia dato vita ad un diritto propriamente amministrativo, che ha superato numerosi principi fondamentali del diritto civile delineando un nuovo modo di acquisto della proprietà e l'esclusione della tutela che ad essa la normativa civilistica riserva. Il risultato che affiora è quello secondo cui il diritto speciale non fa che alimentare sé stesso, in quanto «fabbrica della

⁹⁶ Con riguardo al diverso tema della trasparenza amministrativa C. COLAPIETRO, *La terza generazione della trasparenza amministrativa (dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico)*, Napoli, 2016, pp. 42-44 parla di «posizione di supremazia dell'amministrazione stessa rispetto al singolo cittadino, relegato a mero destinatario passivo dell'azione amministrativa e privato di qualsiasi reale possibilità di partecipazione alla formazione del provvedimento» e M.A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000 di «forte distacco tra l'amministrazione e i suoi sudditi». Sul punto vedi anche G. ARENA, *Il segreto amministrativo – Profili storici e sistematici*, I, Padova, 1983, p. 123.

specialità»⁹⁷, poiché al proliferare di deroghe normative o giurisprudenziali al diritto civile in favore delle pubbliche amministrazioni conseguono, quasi inevitabilmente, ulteriori discipline speciali poste a tutela degli interessi di queste ultime e a discapito degli interessi dei privati. Tale deriva del sistema viene a sua volta alimentata dalla giurisprudenza, che ha mostrato, tanto in sede ordinaria, quanto amministrativa e persino costituzionale, la sua insensibilità al porre un freno alla normativa derogatoria favorevole alle amministrazioni.

Basti pensare a quanto sostenuto dall'esaminata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in tema di rinuncia abdicativa, ammessa potenzialmente nell'ordinamento generale, ma esclusa nei rapporti tra amministrazione e amministrati in ragione di un percorso logico piuttosto singolare: il privato destinatario dell'occupazione illegittima non potrebbe rinunciare al suo diritto di proprietà *medio tempore* non esercitabile, altrimenti l'amministrazione autrice dell'illecito non potrebbe decidere se acquisire la proprietà del bene o restituirlo al suo legittimo proprietario. Dunque si esclude l'operatività di un istituto generale del diritto privato quale la rinuncia abdicativa, sebbene la sua ammissibilità sia discussa nella dottrina e giurisprudenza civilistica, in forza di una regola pubblicistica da preservare, vale a dire la riserva di esercizio della discrezionalità amministrativa⁹⁸.

Come un circolo vizioso, ancora una volta una specialità che alimenta sé stessa: il legislatore ha elaborato l'art. 42-*bis* collocandolo nella «prima via della specialità», quella del diritto amministrativo, quale evoluzione dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, che viceversa si collocava nella «seconda via della specialità», quella del «diritto privato speciale»; a sua volta, dall'art. 42-*bis* la giurisprudenza ha ricavato una nuova regola speciale non scritta di «diritto privato speciale», che deroga al diritto comune, vale a dire l'inammissibilità della rinuncia abdicativa nei soli rapporti con le pubbliche amministrazioni.

⁹⁷ Per tale immagine v. ancora N. LONGOBARDI, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustamm.it*, 2014.

⁹⁸ Sulla discrezionalità amministrativa v. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, *Quaderni*, 30, I, 2018, pp. 181 ss.

Le argomentazioni utilizzate per sostenere conclusioni di tal fatta paiono poco convincenti. Il tentativo di scongiurare che le amministrazioni siano costrette ad esborsi pecuniari imprevedibilmente rimessi all'iniziativa del proprietario vittima dell'occupazione illegittima, quali quelli connessi al cospicuo indennizzo *ex art. 42-bis* che conseguirebbe alla rinuncia abdicativa, configura una preoccupazione del tutto infondata. Da un lato, in quanto il legislatore e la giurisprudenza amministrativa sembrano guardare al privato quasi alla stregua di un soggetto truffaldino che abusa della situazione in cui viene suo malgrado a trovarsi per conseguire più di quanto gli spetta. Al contrario, egli non è altro che una vittima di un illecito in forza del quale è legittimato a servirsi degli strumenti di tutela conferiti dall'ordinamento. Dall'altro, poiché il risarcimento del danno (forfettariamente quantificato dall'*art. 42-bis* e ricondotto alla nozione globale di indennizzo) dovrebbe in ogni caso essere pagato al proprietario proprio in quanto vittima di un illecito, sebbene in misura inferiore in caso di restituzione del fondo, laddove l'indennizzo pari al valore venale del bene non può considerarsi una somma che l'amministrazione si trova costretta ad esborsare in maniera imprevedibile e per mera volontà del privato: la sua debenza dipende infatti da un'iniziativa dell'amministrazione stessa, che, con l'occupazione del fondo, ha mostrato il suo interesse alla futura espropriazione del bene, rappresentandosi tutte le conseguenze sul piano economico che da questa sarebbero derivate.

Il legislatore e la giurisprudenza amministrativa sembrano aver così consolidato, anziché prevenuto, la prassi amministrativa di ricorrere ad espropri illegittimi, che ancora oggi non può dirsi una pratica eccezionale⁹⁹. Appare inoltre una beffa quella di imporre al privato che voglia veder cessare l'illecito di cui è vittima l'onere di domandare l'esercizio di un potere – dovere officioso diretto a privarlo della sua stessa proprietà.

La sanatoria di illeciti di questo tipo, sebbene produttiva di effetti *ex nunc* anziché *ex tunc*, avrebbe dovuto essere consentita in casi davvero eccezionali, quali quelli legati al caso fortuito o alla forza maggiore¹⁰⁰, in quanto far dipendere l'uso di uno strumento

⁹⁹ Così D. PONTE, *Il tentativo di semplificazione risarcitoria in tema di occupazione acquisitiva – Il commento a Cass. civ. Sez. I Ord., 30 maggio 2017*, cit., pp. 664 ss.

¹⁰⁰ V. in tal senso F. REGA, *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo*, cit., su cui v. *retro*, nota 66. Sulla distinzione tra interesse pubblico amministrativo e interesse generale v. ancora A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., secondo cui «L'interesse generale, difatti, è il riflesso di una valutazione

extra ordinem da una valutazione discrezionale dell'amministrazione, pur sempre basata su attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, non assicura un uso calmierato dell'istituto esaminato. Infatti, l'art. 42 Cost. legittima l'espropriazione per pubblica utilità solo in presenza di «motivi d'interesse generale», i quali non coincidono con gli «scopi di interesse pubblico» presupposti dall'art. 42-*bis* del Testo Unico in materia di espropri, «ma richiedono», secondo la Corte di cassazione, «anche che esso [il provvedimento ablatorio] miri alla soddisfazione di effettive e specifiche esigenze rilevanti per la comunità»¹⁰¹. Né una deterrenza viene assicurata dalla minaccia inerente alla responsabilità amministrativa del funzionario, quantomeno sino a che non si prevederà uno strumento giuridico che consenta concretamente di provocare in tempi celeri l'adozione della decisione amministrativa che ne costituisce il presupposto.

politica, è opera della legge, s'identifica con la volontà generale. Così l'interesse generale dovrebbe darsi per tutti e verso tutti e dovrebbe essere universale. L'interesse pubblico amministrativo invece si configura diversamente. È l'interesse di uno solo dei soggetti dell'ordinamento generale ed è definito nell'ordinamento amministrativo. (...) Difatti, è solo l'interesse di tutti che *a priori* può limitare l'interesse di uno solo. (...) l'interesse pubblico non è più un *deus ex machina* o un mito del diritto, ma è un fattore del diritto», pertanto «si può considerare l'interesse come entità giuridica sol quando si consideri che è espressione del soggetto che compie la valutazione, come espressione di un giudizio di valore, ma secondo l'ordinamento amministrativo e i suoi principi. E, aggiungiamo noi, come espressione d'un particolare spirito, un intellighere che opera per intendere e far intendere quale sia il valore dell'interesse. È solo a questo punto che l'ordinamento generale riconosce l'interesse pubblico amministrativo». L'A. richiama in particolare V.S. TRAORÈ, *Contribution à l'étude de l'acte déclaratif de l'intérêt général*, in *Rev. du Droit Public*, 2015, pp. 1533 ss., spec. 1534, ove si constata come nella dichiarazione di pubblica utilità e in simili vicende spesso l'imposizione dell'interesse generale a sacrificio dell'interesse individuale sorga dall'interesse stesso dei cittadini e dalle loro istanze all'amministrazione. In argomento v. anche A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 559 ss., spec. pp. 565, 573, 576: «le ragioni immediate di questa diversità si riportano essenzialmente alla funzionalizzazione dell'attività autoritativa dell'amministrazione ad interessi che positivamente si ritengono, più che «pubblici» in senso rigorosamente soggettivo, di eminente rilievo collettivo — in genere, ma non necessariamente supraindividuale — e dare atto che sono tali, sempre positivamente, quegli interessi che l'ordinamento storico così ritenga di qualificare (...) ribadire il carattere primario della funzionalizzazione (e della evidenza della funzionalizzazione) del potere all'interno della tematica qui affrontata, introduce immediatamente, per stretta contiguità alla considerazione delle tecniche di legittimazione politica dell'autorità, esigenza primaria di ogni ordinamento» (p. 565); il pubblico potere è «funzionalizzato rispetto a valori che sono in effetti estranei al soggetto che riceve l'investitura» (p. 573).

¹⁰¹ Cfr. le ordinanze del 13 gennaio 2014 con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42 *bis* citato, su cui v. *retro*, nota 64.

CAPITOLO V

ANTIDOTI ALLA PROLIFERAZIONE DELLA SPECIALITÀ

SOMMARIO: 1. ANCORA SULLA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ». 2. NORME ECCEZIONALI E NORME SPECIALI. 3. ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA. 4. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» COME DIRITTO ECCEZIONALE INSUSCETTIBILE DI APPLICAZIONE ANALOGICA. 5. L'«ANALOGIA MASCHERATA» E IL RICORSO AI PRINCIPI GENERALI. 6. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE AVVERSO ALLA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ» E IL SUPERAMENTO DEL CRITERIO TELEOLOGICO. 7. INTERESSE PUBBLICO E INTERESSE GENERALE. 8. I «MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE».

1. ANCORA SULLA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ».

Tracce labili del fenomeno qui indicato come «fabbrica della specialità» si rinvencono in una dottrina che ha fatto uso dell'immagine della «fabbrica delle leggi»¹, seppure a fini diversi da quelli avuti di mira nel presente lavoro.

Questa dottrina ha infatti osservato che talvolta, con il passare del tempo, le disposizioni speciali nuove e diverse rispetto alle precedenti vengono recepite nelle regole preesistenti, anche integrando e modificando norme gerarchicamente superiori come quelle costituzionali. La relazione tra leggi muta rispetto al rapporto che, tradizionalmente, si rinveniva tra legge generale e legge speciale. In particolare, la modifica normativa che porta alla nascita di nuove disposizioni di dettaglio e di nuovi principi, anche gerarchicamente sovraordinati, avviene dapprima ricorrendo all'interpretazione sistematica, poi tramite il recepimento positivo nelle altre norme e principi. Protagonista di questa attività creativa è anche la Corte costituzionale, che, con le sue sentenze interpretative, manipolatrici e additive, filtra il cambiamento della Costituzione ad opera delle leggi speciali².

¹ V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990; ID., *Le leggi speciali*, Varese, 1983.

² Il fenomeno della «fabbrica delle leggi» è descritto nei seguenti termini da V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, cit., pp. 165-166: «le formulazioni di dettaglio si traducono in formulazioni più ampie; da queste si perviene a formulazioni di principio; ad un successivo coordinamento di disposizioni di principio; e, quindi, ad un nuovo codice di principi. Questo ciclo non si esaurisce nell'ambito statale, ma si ripropone in un ambito superstatale, sia su scala europea, e, in un domani, su scala mondiale. Il meccanismo, la “fabbrica delle leggi”, diventerà quindi una “fabbrica di principi”. Sarà in dipendenza da tutto questo complesso di principi che potrà seguire una serie di disposizioni e di norme

Altra autorevole dottrina, nel distinguere le norme eccezionali dalle norme di diritto comune, ha affermato che il concetto di eccezione non designa una categoria fissa ed assoluta, «per cui la norma che può in un determinato momento considerarsi come eccezione, storicamente e dogmaticamente, dovrà col mutare del tempo e delle circostanze venir magari considerata come regola e principio generale. Ma questo vuol dire tutt'al più che l'eccezionalità di una norma non è un carattere assoluto della norma stessa, ma un carattere relativo, soggetto a mutamenti nell'ambito stesso di un sistema»³.

Tali immagini mostrano come una norma di dettaglio, com'è quella di «diritto privato speciale», possa trasformarsi in principio generale che alimenta la proliferazione della specialità.

Si sono esaminate le modalità con cui la «fabbrica della specialità» opera nel campo delle obbligazioni della p.a., della sua responsabilità e degli espropri illegittimi. Nel primo ambito essa ha dato vita al moltiplicarsi delle norme di «diritto privato speciale», che formano un vero e proprio autonomo statuto delle obbligazioni pubbliche, benché mai posto a sistema, alimentato dalla giurisprudenza e solo in taluni casi ostacolato dalla Consulta. Nel secondo ambito essa ha dato vita ad un regime speciale di responsabilità della pubblica amministrazione, di origine giurisprudenziale ed in parte codificato dal legislatore, in seguito ulteriormente accentuato dal formante giurisprudenziale. Nel terzo ambito le originarie deviazioni dal diritto privato elaborate dalla giurisprudenza hanno dato vita a nuovi istituti speciali, migrati dal campo del diritto privato a quello del diritto pubblico, che rappresentano il più eclatante esempio del *modus operandi* della «fabbrica della specialità».

Muovendo dal diritto privato si è giunti all'elaborazione di norme e principi pubblicistici che hanno a loro volta contaminato altrettante norme di diritto privato, dando vita ad un circolo vizioso dagli esiti imprevedibili. Non sempre, tuttavia, ciò è avvenuto nel rispetto del dato positivo. «Il problema di “quale” diritto privato sia applicabile alla

svolte secondo una scala discendente, e dove le situazioni speciali e di dettaglio potranno trarre da queste indicazioni di principio i punti essenziali del loro coordinamento. A loro volta, queste disposizioni di dettaglio, traducendosi in disposizioni generali e in disposizioni di principio, completeranno e riprenderanno questo ciclo, che si è presentato più volte nella storia del diritto, e che si presenta, oggi, come una sperata certezza delle “opere” e dei “giorni” che stiamo vivendo», cfr. anche pp. 71-72 e 82.

³ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, pp. 164-165.

vicenda amministrativa (...) si presenta continuamente nella storia degli ordinamenti giuridici e riguarda, da sempre, entrambi i piani indicati, quello legislativo e quello giurisprudenziale»⁴.

La dottrina, sottolineando la matrice ideologica dei privilegi dell'amministrazione, ha infatti messo in luce come talune particolarità della disciplina applicabile alle amministrazioni enucleate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito delle obbligazioni, dei contratti, della responsabilità, abbiano più volte varcato il confine tra interpretazione e creazione della norma⁵. Come si è esaminato, sono infatti diffusi gli orientamenti giurisprudenziali che, tanto in sede civile, quanto in sede amministrativa, tendono a rafforzare in chiave pubblicistica i frammenti di specialità che si rinvencono nell'ordinamento positivo⁶, soprattutto, ma non solo, nell'ambito dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, conferendo ai giudici poteri normativi privi di base legale. A tal proposito si parla di «deferenza verso l'amministrazione basata sulla cultura della supremazia di quest'ultima in una visione di privilegi che costituiscono l'ossatura di un diritto particolare a favore della pubblica amministrazione»⁷.

Ad esempio, al fine di escludere la responsabilità contrattuale dell'amministrazione, in passato si leggeva nelle sentenze che «il contraente privato non ha nulla da pretendere per un siffatto illecito dell'Amministrazione, perché, dovendo conoscere i principi che disciplinano la formazione dei contratti, di cui questa sia *parte*, è da ritenere che abbia volontariamente assunto un'alea conosciuta sin dal tempo della contrattazione». Nigro, rovesciando questa regola non scritta di elaborazione giurisprudenziale, affermava al contrario che «è l'Amministrazione che, scegliendo il mezzo privatistico, si è assoggettata alla disciplina privatistica», restringendo il vigore

⁴ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 137.

⁵ Cfr. A. CATAUDELLA, *Inadempimento della Pubblica Amministrazione nelle obbligazioni pecuniarie e tutela dell'appaltatore*, in *Il corrispettivo nell'appalto di opere pubbliche. Atti convegno CERISOP*, Roma, 17-18 ottobre 1984, Milano, p. 54; sul punto v. P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, 1997, pp. 80-81.

⁶ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 361.

⁷ Così E. FOLLIERI, *Relazione generale al Dottorato "Diritto Amministrativo in trasformazione" (7° modulo, anno accademico 2020/2021)*. Università L'Aquila, 25 maggio 2021/2021 - Seminario sul Libro di N. LONGOBARDI "Il declino italiano" Passigli Editore 2021, in *Giustamm.it*, 26 maggio 2021, p. 31.

della disciplina pubblicistica ai profili ad essa strettamente connessi⁸. Emerge così con tutta evidenza la pericolosa deriva che i percorsi argomentativi che elaborano regole non scritte a favore dell'amministrazione possono assumere.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di individuare due rimedi all'incontrollata dilatazione della specialità amministrativa che tanto la giurisprudenza, quanto il legislatore, dovrebbero tenere in considerazione al fine di scongiurare il rischio di sottrarre eccessivamente l'attività delle pubbliche amministrazioni svolta secondo moduli privatistici al regime di diritto privato. Da un lato, il divieto di analogia cui devono soggiacere queste regole, giacché riconducibili alle norme eccezionali non applicabili «oltre i casi e i tempi in esse considerati» ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile. Dall'altro, il ricorso ai «motivi imperativi di interesse generale» quale criterio per vagliare la legittimità delle norme di «diritto privato speciale», i soli idonei a garantire una considerazione sistemica degli effetti sull'intero ordinamento giuridico.

Preliminarmente, occorre tentare di ricostruire brevemente la differenza che intercorre tra le norme eccezionali e quelle speciali, in quanto il ragionamento che si svolgerà si fonda sulla riconducibilità delle norme di «diritto privato speciale» alla prima categoria. Ciò incide infatti sull'attività interpretativa dei giudici e sul ricorso all'analogia da parte degli stessi. Successivamente si individueranno le ragioni che, in via del tutto eccezionale, giustificano la codificazione di norme di «diritto privato speciale» e che, se tenute in debita considerazione, permetterebbero di apporre un freno al fenomeno qui avversato della «fabbrica della specialità».

2. NORME ECCEZIONALI E NORME SPECIALI.

Molti studiosi hanno approfondito il tema della qualificazione delle norme come singolari, eccezionali, speciali, senza tuttavia giungere ad approdi unanimemente condivisi.

La dottrina tradizionale del mondo romanistico individuava una *ratio* nel diritto comune e una *utilitas* nel diritto singolare, nel senso che il diritto comune, in quanto

⁸ M. NIGRO, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, vol. 84, n. 3, p. 463.

regola, rappresentava l'elemento razionale del diritto, come tale passibile di una indefinita espansione analitica, purché fossero salvi i principi che di quella espansione analitica erano il presupposto; il diritto singolare, in quanto eccezione, rappresentava invece l'elemento extra-razionale, che non si poteva dedurre dal sistema e che per questo non poteva essere sottoposto a uno svolgimento interno, che ne prolungasse o ne moltiplicasse l'efficacia⁹.

Con il passare del tempo si è tuttavia superata la tesi considerata, in quanto si è detto che l'*utilitas* non sta soltanto alla base della norma di diritto singolare, ma anche di tutte le norme di diritto comune, così come ogni norma, anche quella di diritto eccezionale, è espressione di una *ratio*. Ogni norma ha infatti una sua ragion d'essere e non può dirsi extra-razionale, ma ciò non significa negare necessariamente la distinzione tra norme comuni e norme eccezionali. Una tale distinzione è infatti ravvisabile sia sul piano storico che su quello dogmatico: sul piano storico, una norma può presentarsi come eccezionale rispetto alle precedenti per ciò che attiene ai principi sino ad allora seguiti; sul piano dogmatico, una norma può presentarsi come eccezionale rispetto ad altre norme per ciò che attiene ai principi da queste espresse in modo logicamente preponderante¹⁰.

Secondo parte della dottrina il rapporto tra legge speciale e legge generale, invece, non sembra più descrivibile secondo i brocardi *lex specialis derogat generali* e *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Con il concetto di legge generale non si può più identificare la legge espressione della volontà generale ed uguale per tutti, quel comando comune tradizionalmente contenuto in una legge generale e astratta. Le leggi generali, spesso, sono infatti leggi che più correttamente devono dirsi generiche, in quanto abbisognano di essere arricchite da una disciplina di dettaglio posta da leggi speciali che attengono alle particolari situazioni. Queste ultime sono sempre più numerose, sono normalmente più delle norme che pongono regole generali, o meglio generiche, e sono per questo le vere regole del nostro tempo¹¹. Venendo meno la categoria della legge generale nel senso tradizionalmente inteso, il baricentro nel rapporto tra legge generale e

⁹ Sull'argomento v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 163.

¹⁰ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 164.

¹¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, secondo cui il fenomeno della decodificazione indica il sopravvenire di una legislazione speciale che è più numerosa delle regole generali espresse tradizionalmente in un codice. Sull'argomento v. V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, cit., pp. 73 ss.

legge speciale si è spostato verso la seconda tipologia di leggi, le quali aggiungono al contenuto normativo delle altre leggi qualcosa di nuovo e diverso in modo complementare. Tra le leggi speciali possono ravvisarsi anche disposizioni di principio, le quali fanno da raccordo tra le varie norme speciali e consentono di mettere a sistema la moltitudine di leggi speciali. Le norme eccezionali, invece, dovrebbero derogare ad altre regole, ma la dottrina in commento distingue, diversamente dalla dottrina maggioritaria come meglio si dirà, il concetto di deroga da quello di eccezione, ravvisando nella prima una regola contraria, ma non incompatibile, con quella espressa dall'atto derogato, nella seconda, una regola contraria ed anche incompatibile con quella espressa dalla regola generale¹².

Molti autori, al contrario, hanno negato la distinzione tra norme singolari, norme speciali e norme eccezionali¹³, tutte connotate da «una matrice comune, che è quella della singolarità contrapposta all'uniformità, della specialità a fronte della generalità, dell'eccezione rispetto alla regola»¹⁴.

Si tende infatti a ricomprendere tutte le norme di «diritto particolare» e «non generali» nel più ampio concetto di norme derogative: esse hanno natura relazionale¹⁵,

¹² V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, cit.; ID., *Le leggi speciali*, cit.

¹³ Così ad esempio R. ORESTANO, *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Annali della Regia Università di macerata*, vol. 11, Padova, 1937, pp. 39 ss.

¹⁴ F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 506, che tuttavia prosegue nei seguenti termini: «Ciò non basta per affermare la sinonimia delle tre espressioni, anche se la prima e l'ultima appaiono a prima vista più facilmente avvicinati tra loro». Tutte le norme in considerazione dovrebbero essere ricondotte alla figura unitaria delle norme eccezionali, l'unica contemplata dall'ordinamento, secondo S. ROMANO, *Diritto singolare*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 88. Per A. ROCCO, *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, vol. I, Roma, 1933, p. 61, «Diritto speciale, diritto eccezionale, diritto singolare, diritto anomalo, sono dunque una sola e identica cosa».

¹⁵ In quanto le norme in considerazione potrebbero costituire eccezione rispetto ad altra norma e, a loro volta, regola di fronte ad altre norme rispetto ad esse eccezionali. Cfr. F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pp. 514 e 523; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 307. Secondo A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965 (traduzione di *On Law and Justice*, 1958), p. 122, «i termini norma generale e norma particolare sono correlativi. Una norma è particolare in rapporto ad un'altra se la fattispecie di quella è un caso particolare della fattispecie di questa». Nello stesso senso v. anche S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010, p. 26; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, ed. IV, Milano, 1999, (1979), p. 63. Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, in *Foro it.*, III, pp. 74 ss., un diritto speciale può contenere leggi generali e leggi speciali, norme comuni e norme eccezionali. Anche una legge speciale può contenere norme di ogni specie e molto spesso norme eccezionali, cioè norme che, pur regolando materia eguale a quella di norme sopraordinate, stanno rispetto a queste non in rapporto di specie a genere, ma di eccezione a regola. V. al riguardo anche P. COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915; V. GUELI, *Il*

presupponendo la comparazione con altre norme, e fanno «eccezione ad una norma-principio, sottraendole una serie di casi determinati o determinabili, ma lasciandone per il resto immutato il vigore»¹⁶. «Se la norma derogante non esistesse, i casi da essa previsti cadrebbero sotto la disciplina della norma derogata»¹⁷, la norma generale da cui la norma-eccezione sottrae talune fattispecie¹⁸.

Nel tentativo di tratteggiare una distinzione tra i concetti in considerazione, taluno ha proposto l'uso di un criterio qualitativo, talaltri quello di un criterio quantitativo. Sul primo versante, si è detto che singolare sarebbe la «norma ..., che non solo non riposa sullo sviluppo concettuale di un principio giuridico fondamentale», ma ne contraddice la conseguenza, «avendo contenuto diverso o contrario a quello cui lo svolgimento logico del principio stesso trarrebbe»¹⁹. Sul secondo versante, singolare sarebbe ciò che riguarda un soggetto o una persona determinata, una «norma del caso singolo». Si tratterebbe di quelle norme che «stabiliscono privilegi, prerogative, che disciplinano fattispecie che altrimenti sarebbero giuridicamente irrilevanti non risultando disciplinate da nessun'altra norma»²⁰.

Il discorso sulle norme singolari riguarda un concetto antico che tende ormai a confluire nel dibattito relativo alle norme eccezionali e speciali. Le prime costituirebbero l'eccezione alle norme di diritto comune, che deviano dai principi; le seconde sarebbero quelle che specificano le norme generali. Le seconde indicano per molti le regole di una classe, di un gruppo contrapposto ad altra classe o gruppo, di cui costituiscono specificazione. Mentre le norme speciali sarebbero diverse, ma compatibili, rispetto alla norma di diritto comune, la norma eccezionale risulterebbe essere persino contraria rispetto alla medesima norma di diritto comune, similmente a quanto sostenuto dalla

«diritto singolare» e il sistema giuridico, Milano, 1942, p. 107; G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942, pp. 9 ss.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, I ed., Padova, 1962, p. 310. Cfr. anche M. PATRONO, voce, *Legge, (vicende della)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 920.

¹⁷ N. IRTI, *L'eta della decodificazione*, cit.; cfr. anche F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., p. 520. Nello stesso senso v. anche S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, p. 87.

¹⁸ A tal proposito si è parlato di «tesi della quiescenza della norma generale in costanza della norma speciale», ossia la «conseguente... automatica riespansione della prima al venir meno della seconda», così S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, cit., p. 43.

¹⁹ P. COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., p. 9.

²⁰ Così F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pp. 507 e 510. Nello stesso senso v. anche S. ROMANO, *Diritto singolare*, cit.

dottrina poco sopra considerata. «Le norme speciali rappresentano un *plus* rispetto al *minus* delle norme comuni sopraordinate, le norme eccezionali, invece, costituiscono un *aliter*, rispetto al *sic* delle norme comuni»²¹. Nel primo caso il rapporto tra le norme sarebbe di genere a specie, nel secondo di regola a eccezione²².

La specialità, in particolare, indicherebbe il «complesso di norme costituenti un settore dell'ordinamento»²³, *species* rispetto al settore superordinato²⁴. Secondo taluno, ricorrendo ad un criterio per materia, speciali sono considerate le leggi che «per considerazioni politiche od economiche sottraggono al diritto comune, all'applicazione delle regole generali, certe materie particolari, sottomettendole invece in tutto o in parte a norme proprie soltanto di esse»; mentre eccezionali sono considerate «quelle che nella stessa materia e circa un identico rapporto giuridico, per motivi d'interesse pubblico o privato, sottraggono all'applicazione d'una regola generale un caso particolare, che per se stesso dovrebbe in essa comprendersi, regolandolo in modo contrario od almeno diverso da quello che dovrebbe essere per l'applicazione della regola generale»²⁵.

Anche per le norme eccezionali sono stati proposti tanto criteri discretivi quantitativi, quanto criteri discretivi qualitativi. I primi si fondano sull'estensione del campo di applicazione delle norme in considerazione, i secondi guardano al tipo di fattispecie regolata dalle medesime norme²⁶. Ai criteri qualitativi ricorre la tesi maggiormente condivisa dalla dottrina che considera la norma eccezionale, intesa in senso ampio come comprensiva di tutte le regole «anormali», quale norma derogativa non

²¹ Così ancora F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pp. 506 e 514-515. Cfr. anche S. ROMANO, *Diritto singolare*, cit.; A. ROCCO, *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, cit., p. 61; F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, vol. I, Roma (Athenaeum), 1913; nello stesso senso N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., pp. 57 ss.; C. COLALUCA, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Diritto e società*, 1998, pp. 6 ss.

²² N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 168.

²³ M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 1942, p. 65, nota 3.

²⁴ Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, cit., pp. 74 ss., l'aggettivo speciale, che si accompagna usualmente ai sostantivi diritto, legge, norma, indica quei settori di un ordinamento, testi e norme che, rispetto ad altri diritti, leggi e norme, stanno in rapporto di specie a genere, cfr. anche P. COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, cit., pp. 82 ss.; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 168.

²⁵ F. BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano. Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888, p. 54. Secondo E. BETTI, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 900, le leggi eccezionali sono quelle leggi che formano eccezione ad altre regole più generali, nel senso che esse derogano, per una più ristretta sfera di rapporti, a principi posti in un'altra norma per una categoria di rapporti più larga.

²⁶ Su cui v., per tutti, V. GUELI, *Il diritto singolare*, cit.

ad un principio generale dell'ordinamento, bensì alla norma più generale della propria fattispecie che si applicherebbe in mancanza della prima²⁷. La norma sarebbe eccezionale sino a quando rimane valido, anche in pochi casi, il principio generale espresso dalla norma di diritto comune deviato, non essendo sufficiente per la prima stabilire una disciplina diversa della stessa situazione regolata dalla norma di diritto comune, ma dovendo essa costituire per l'appunto una deroga, tale per cui in mancanza della norma eccezionale si applicherebbe quella di diritto comune²⁸.

Le norme eccezionali sono in numero maggiore rispetto alle norme generali, proprio perché queste ultime, valendo per la maggior parte dei casi, coprono la maggior parte delle fattispecie possibili, mentre le norme eccezionali coprono casi più ridotti e, quindi, se per fissare una regola occorre una sola norma generale, per porvi dei limiti necessitano uno o più norme eccezionali. Queste ultime non hanno senso se non tenendo presente la norma generale cui fanno eccezione, non essendo immediatamente operative se non in riflesso di altra norma²⁹.

3. ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA.

La distinzione tra norme eccezionali e norme speciali è di fondamentale importanza ai fini del problema dell'applicabilità del ragionamento analogico³⁰. Questo è infatti ammesso per le norme speciali e non per le norme eccezionali. Ciò che potrebbe apparire scontato dalla lettura dell'art. 14 delle preleggi al codice civile, secondo cui «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati», non è tuttavia così pacifico. Infatti, come si è visto, manca a tutt'oggi unanimità di vedute sul significato da attribuire ai concetti di «norme singolari, speciali, eccezionali»³¹, in particolare ai fini che qui interessano, inerenti all'esperibilità o meno dell'interpretazione analogica.

²⁷ V. ancora F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., p. 520; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 165-166; M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., p. 65.

²⁸ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 165.

²⁹ Così M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, pp. 185 ss.

³⁰ Sul problema dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris* in generale v. A. BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 1962, pp. 569-594.

³¹ È questo il titolo della voce di F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pp. 506 ss.

Mentre oggi si tende ad avallare una netta distinzione tra interpretazione analogica e interpretazione estensiva³², durante il periodo dello *ius commune* interpretare voleva dire creare diritto anche ricorrendo all'analogia³³. L'espressione *interpretatio analogica* compare per la prima volta nelle opere di Hopper³⁴, ma si deve a Savigny l'elaborazione della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva. Quest'ultimo, tuttavia, attribuiva all'analogia un significato diverso da quello attribuito ad essa dai moderni giuristi, riferendosi all'*analogia juris*, non già all'*analogia legis*³⁵.

Santi Romano, tra i primi studiosi dell'interpretazione delle leggi nel campo del diritto pubblico, osservava che le norme sull'interpretazione dettate dalle disposizioni premesse al codice civile del 1865 risentivano di una elaborazione di matrice privatistica e non rispondevano adeguatamente alle questioni poste dall'interpretazione delle leggi di diritto pubblico. Le tre peculiarità afferenti a queste ultime erano, secondo l'autore: i) l'incapacità delle leggi a regolare minutamente il diritto amministrativo, dando vita a numerose lacune; ii) la spettanza dell'interpretazione di siffatte leggi anche alla pubblica amministrazione, oltre che al giudice, naturalmente tesa a perseguire l'interesse pubblico³⁶; iii) la difficoltà di distinguere le fonti del diritto dai semplici provvedimenti³⁷ non oggetto di interpretazione³⁸.

³² Così M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, cit., pp. 173 ss. Già Giannini e Miele riconducevano l'analogia non alle tecniche di interpretazione in senso proprio, bensì agli strumenti di integrazione dell'ordinamento, distinta qualitativamente dall'interpretazione estensiva, cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, cit., pp. 85 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, p. 251.

³³ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., fautore della tesi secondo cui non esisterebbe ancora oggi una distinzione tra analogia e interpretazione estensiva.

³⁴ J. HOPPER, *De iuris arte*, Lovanio, 1553, pubblicata in T.U.J., t. I, cc. 81-103; ID., *In veram jurisprudentiam Isagoges ad filium*, Coloniae, apud Maternum Cholinum, 1580; ID., *Seduardus sive De vera jurisprudentia, ad Regem, Antverpiae*, in *Officina Plantiniana, apud viduam et Joannem Moretum*, 1590.

³⁵ F.C.D. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., 1886, I, pp. 297 ss.; sul problema dell'analogia nel Savigny v. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milano, Torino, Roma, 1911, II, pp. 246-250; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 66 ss.

³⁶ Interpretazione della p.a. che Giannini identifica con la discrezionalità amministrativa, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000.

³⁷ S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950 (ristampa 1990), pp. 115 ss., su cui v. anche A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 1-27.

³⁸ Così M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 203.

Alcuni autori hanno assunto tuttavia un atteggiamento riduttivista circa il divieto di analogia posto per le norme eccezionali: stante il carattere relativo del concetto di eccezione, in quanto una norma eccezionale rispetto ad altra norma regolare potrebbe costituire a sua volta regola di fronte ad altre norme rispetto ad essa eccezionali, sarebbe possibile un'estensione analogica delle norme eccezionali nell'ambito della *ratio* loro propria³⁹.

Secondo Bobbio il divieto di analogia riguarderebbe le sole norme di privilegio, che difetterebbero di una *ratio* estendibile, di un'identità della ragione al contrario ravvisabile nel diritto eccezionale. La mancanza di una fattispecie simile a quella regolata dalla norma di privilegio, rispetto alla quale sia ravvisabile l'*eadem ratio*, costituisce un limite di fatto, non di diritto, all'applicazione analogica, il quale dà vita ad un'incompatibilità logica. In aperta critica al disposto dell'art. 14 delle preleggi al codice civile (corrispondente all'art. 4 delle preleggi al codice civile del 1865⁴⁰), il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali viene considerato dall'autore un mero avvertimento a procedere cautamente nell'uso dell'estensione analogica nel diritto eccezionale, dove la somiglianza dei casi è meno frequentemente constatabile e serve a frenare gli errori che deriverebbero da una non prudente applicazione dell'analogia: per estendere la disposizione eccezionale al caso simile occorrerebbe infatti riscontrare la medesima ragione di eccezionalità. L'analogia «si elimina da sé quando manchino i suoi presupposti» e, benché spesso si rifiuti l'estensione invocando l'eccezionalità della norma, la vera ragione di un tale rifiuto starebbe di consueto nella mancanza del presupposto logico dell'estensione, cioè dell'*eadem ratio*. Ciò interdice l'estensione tanto delle norme eccezionali, quanto di quelle di diritto comune⁴¹.

Per avere un panorama generale del pensiero giuridico della dottrina del '900 sull'argomento, secondo Giannini il divieto di analogia dovrebbe invece limitarsi alle norme a fattispecie esclusiva, che non costituiscono applicazione di principi comuni ad

³⁹ Così S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit., p. 88.

⁴⁰ Che venne emendato nel 1939, quando le «norme restrittive del libero esercizio dei diritti» vennero escluse dal divieto di estensione analogica ivi previsto, per molti inutilmente, stante la riconducibilità di quelle norme al novero delle norme eccezionali. Sull'argomento v. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1941

⁴¹ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 172-173.

altre ipotesi rispetto a quelle in esse testualmente contemplate⁴². Santi Romano escludeva l'ammissibilità dell'analogia con riferimento alle norme di diritto amministrativo «odiose», ovvero restrittive delle libertà dei cittadini, quali sono in genere quelle che attribuiscono poteri autoritativi alla p.a.; ciò in nome del *favor libertatis*⁴³. Federico Cammeo, al contrario, ammetteva l'estendibilità in via analogica delle norme limitative delle libertà dei cittadini purché non fossero intrinsecamente eccezionali e per la parte in cui il caso non regolato evidenziasse eguali ragioni di pubblico interesse, dunque l'*eadem ratio*⁴⁴. Presutti negava una tale possibilità considerando eccezionali le norme che incidono sulle «naturali libertà» dei cittadini⁴⁵. Donati ipotizzava il divieto di analogia nel campo del diritto pubblico, al pari di quanto avviene in ambito penale, quando essa è utilizzata per riconoscere all'amministrazione nuovi poteri restrittivi della libertà dei cittadini. Di contro, il ricorso all'analogia era dall'autore ammesso al fine di attribuire all'amministrazione nuovi doveri⁴⁶.

Gli autori più moderni ravvisano il fondamento del divieto di analogia, al contrario di quanto detto sinora, non solo nella struttura logica della norma che renda impossibile il relativo procedimento, per la mancanza di *eadem ratio*, ma anche in una *ratio* politica, comune alle norme penali, data dalla preferenza accordata ai principi di certezza e staticità dell'ordinamento rispetto a quelli dell'equità e del rinnovamento, invocando a tal fine i principi di uguaglianza, coerenza, unità e organicità dell'ordinamento⁴⁷.

Oggi si tende anche a distinguere nettamente, come si è accennato, l'interpretazione estensiva dall'analogia: la prima dà come risultato «un significato più ampio di quello che l'enunciato stesso avrebbe se interpretato secondo criteri strettamente letterali», tanto che l'estensione cade all'interno della norma; la seconda determina «un risultato non previsto né implicito nella norma», tanto che «l'estensione trascende questa

⁴² M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, parte I, 1941, cit., pp. 516 ss.; ID., *L'analogia giuridica*, parte II, 1942, cit., pp. 41 ss.

⁴³ S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit.

⁴⁴ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Firenze, 1911/1914, ristampa Padova, 1992, I, pp. 315 ss.

⁴⁵ E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Messina, 1931.

⁴⁶ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1907, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966, pp. 172 ss.

⁴⁷ Cfr. L. CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 358; S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit., pp. 89 e 120;

norme producendone un'altra»⁴⁸ e l'elemento comune è ritrovato in altra disposizione o in un più ampio principio⁴⁹.

4. IL «DIRITTO PRIVATO SPECIALE» COME DIRITTO ECCEZIONALE INSUSCETTIBILE DI APPLICAZIONE ANALOGICA.

Applicando le coordinate ermeneutiche sopra ricostruite ai rapporti tra il diritto privato, il «diritto privato speciale» e il diritto amministrativo, un primo antidoto alla proliferazione della specialità che si propone è quello di negare l'applicazione analogica delle norme di «diritto privato speciale», così frenando la creazione di una nuova specialità per mano giurisprudenziale. Per giungere a tale conclusione il «diritto privato speciale» deve essere ricondotto alla categoria del diritto eccezionale e il diritto amministrativo a quella del diritto speciale, solo il primo dei quali assoggettato al divieto di cui all'art. 14 delle preleggi al codice civile.

Si è visto che secondo la tesi maggioritaria diritto speciale e diritto eccezionale riguardano entrambi un aspetto particolare contrapposto ad uno più generale, ma mentre il diritto speciale costituisce una specificazione del diritto generale, che aggiunge qualcosa e non è con esso incompatibile, il diritto eccezionale deroga alla regola comune contraddicendo il principio generale in essa contenuto.

Per ricondurre il diritto amministrativo alla categoria del diritto speciale quanto appena detto non pare tuttavia decisivo, dal momento che esso è un diritto speciale rispetto al diritto privato non nel senso di costituirne una specificazione, ma di essere rispetto a quest'ultimo particolare e peculiare. La particolarità è connotato comune al diritto singolare, dunque si rischia di tornare al punto di partenza e di far ricadere anche il diritto amministrativo nel divieto di applicazione analogica sancito per il diritto eccezionale, ciò che non appare oggi sostenibile, ammettendosi ormai pacificamente l'uso dell'analogia nel diritto amministrativo⁵⁰.

⁴⁸ G. CARCATERRA, voce *Analogia I) teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 16.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., pp. 201 ss.

⁵⁰ Sulla utilizzabilità del procedimento analogico nel diritto amministrativo e sulla completabilità del medesimo, in ragione della dimensione sistematica del diritto amministrativo, v. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, pp. 1075 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950, p. 64, ammetteva il ricorso all'analogia nel diritto

Per scongiurare un tale approdo occorre considerare il diritto amministrativo come un diritto dotato di principi propri e che si dice speciale non in senso relativo rispetto ad altro diritto generale, bensì in senso assoluto, in quanto dà vita ad un diritto autonomo. Si è già visto che l'elaborazione di un diritto di tal fatta, quale autonomo ramo dell'ordinamento giuridico dotato di principi e istituti propri diversi da quelli del diritto privato, risale all'Ottocento. Così ricostruendo il diritto amministrativo, questo diviene un diritto che contiene norme generali, speciali nel vero senso del suo significato ed eccezionali, tanto che il diritto amministrativo diviene il diritto ordinario della pubblica amministrazione⁵¹ che si sottrae, nel suo complesso, al divieto di cui all'art. 14 delle preleggi al codice civile. A un tale divieto non si sottraggono tuttavia le norme eccezionali che esso può contenere, quali sono le norme di «diritto privato speciale» che sono state in questo lavoro ricondotte al novero delle norme di diritto pubblico⁵².

Alla medesima conclusione si giunge distinguendo il diritto privato dal diritto amministrativo in base al criterio della materia. Si è osservato che il diritto amministrativo, tradizionalmente inteso quale diritto speciale dell'amministrazione pubblica, non si limita a disciplinare le medesime fattispecie disciplinate dal diritto privato aggiungendovi un elemento di specializzazione, né disciplina tendenzialmente le medesime fattispecie con norme eccezionali, in quanto contrarie alle regole generali altrimenti applicabili. Il diritto amministrativo non può infatti considerarsi un diritto derogante al diritto privato. Esso configura bensì un autonomo ramo dell'ordinamento giuridico diverso dal diritto privato, tanto sul piano delle fattispecie regolate, quanto sul

amministrativo, in quanto complesso di norme «interconnesse in un insieme organico, retto da principi ordinati gerarchicamente» ed affermava che «dall'insieme delle fonti esistenti deriva un “sistema giuridico del diritto amministrativo” [quale] diretta conseguenza dell'essere il diritto amministrativo un ramo istituzionale del diritto». Già Giovanni Miele sosteneva che «sarebbe un errore bandire l'analogia dal diritto amministrativo, sul presupposto che esso sia un diritto eccezionale», cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., vol. I, Padova, 1953, p. 252. Cfr., pure, S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., p. 121. Cfr. anche la bibliografia citata al paragrafo precedente.

⁵¹ Così U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, I, p. 108; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Torino, 1932, I, pp. 156-157; E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, cit., pp. 97-98.

⁵² La ricostruzione si ispira a quanto sostenuto da Bobbio in relazione alla specialità del diritto commerciale rispetto al diritto privato, su cui v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 168 ss. Per la soluzione in esame, secondo cui l'estensione analogica è ammessa per le norme di diritto pubblico, non potendosi il diritto amministrativo considerare un diritto eccezionale almeno a partire dalla seconda metà del XIX secolo, ma dovendosi quel diritto qualificare più correttamente come diritto speciale, v. S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit.; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 315 ss.

piano degli effetti, e la sua riconducibilità al concetto di «diritto speciale» può oggi essere ammessa solo in chiave storica, nella consapevolezza della sua origine quale diritto resosi autonomo dal diritto comune, riguardante una materia diversa da quella regolata da quest'ultimo e concernente l'esercizio del potere amministrativo. Benché oggi un processo inverso riporti il diritto privato e i suoi principi all'interno del diritto amministrativo.

Le norme speciali sono collegate con i principi sottesi alle altre norme speciali che attengono a una stessa materia e insieme esse costituiscono, proprio perché raccordate da questi principi, un sistema. I predetti principi orientano l'interpretazione delle norme speciali e ogni statuto speciale riguardante una specifica materia costituisce un sistema chiuso, dotato dei suoi principi, che fondano l'interpretazione sistematica delle norme speciali in esso figuranti. È soltanto nell'ambito di queste leggi speciali e dei loro principi che è possibile un'interpretazione estensiva ed un'applicazione analogica, non essendo possibile l'applicazione analogica di un diverso statuto speciale, facente parte di un differente sistema a sua volta chiuso⁵³.

Diversi sono invece i rapporti intercorrenti tra il diritto privato e il «diritto privato speciale», questo sì derogante al primo, che si riespanderebbe in mancanza delle norme del secondo tipo. Il «diritto privato speciale» non costituisce un insieme di norme che regolano la medesima fattispecie regolata dal diritto privato, con un elemento di specificazione per aggiunta, né tantomeno un autonomo ed organico sistema giuridico contrapposto al diritto privato, com'è invece il diritto amministrativo. Ciò anche in ragione dell'impossibilità di rinvenire una *ratio* unitaria a fondamento delle norme di «diritto privato speciale», stante l'eterogeneità che le connota⁵⁴.

Le norme in considerazione regolano la medesima fattispecie regolata dal diritto privato, ma in maniera difforme e contraria. Pertanto, esse devono essere ricondotte alla categoria delle norme eccezionali, non già di quelle speciali, per le quali è preclusa

⁵³ In questo senso V. ITALIA, *Le leggi speciali*, cit., pp. 61-62.

⁵⁴ A. BLASINI, *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 2018, pp. 399 ss., spec. par. 5.

l'interpretazione analogica. Il giudice amministrativo, dunque, non dovrebbe estendere le norme in questione al di là dei casi tassativamente previsti dal legislatore.

Oltre al dato formale-strutturale appena esaminato, le ragioni per cui non dovrebbe ammettersi l'estensione analogica delle norme di «diritto privato speciale» sono molteplici e possono scorgersi, conformemente alle tesi sopra ricordate, tanto sul piano logico-dogmatico, quanto sul piano politico.

Sul piano logico-dogmatico, le norme di «diritto privato speciale» possono ricondursi a quei privilegi rispetto ai quali Bobbio escludeva la possibilità di ravvisare un'*eadem ratio* in altre fattispecie, difettando il presupposto logico che fonda il ragionamento analogico. Esse possono anche dirsi norme tassativizzanti e tipizzanti, o, secondo l'ideologia di Giannini, norme a fattispecie esclusiva per le quali è precluso il procedimento analogico, il cui ambito di operatività normativa è rigorosamente circoscritto alle fattispecie oggetto di esplicita e puntuale previsione⁵⁵. Inoltre, le fattispecie in esse non considerate sono intenzionalmente escluse dal legislatore dalla eccezionale regolazione posta dal «diritto privato speciale», così che, se di lacuna dell'ordinamento dovesse parlarsi, questa sarebbe intenzionale e dunque preclusiva di un'interpretazione analogica. Ad ogni modo, non vi è in realtà lacuna dell'ordinamento da colmare, giacché in mancanza delle norme di «diritto privato speciale» le fattispecie ricadono nella disciplina generale di diritto privato.

Sul piano politico, ben può dirsi che l'applicazione analogica delle norme di «diritto privato speciale» fa saltare la certezza del diritto e l'organicità dell'ordinamento

⁵⁵ Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, cit., secondo cui «Il profilo della tassatività o tipicità emerge chiaramente nelle molteplici ed eterogenee previsioni che, alterando l'ordinaria disciplina comune, introducono deroghe tanto in senso sfavorevole alle posizioni giuridiche soggettive, quanto, all'opposto, in senso favorevole, generando in questo secondo caso condizioni di privilegio. Nella prima ipotesi, l'esclusione del meccanismo analogico appare giustificata dal tendenziale *favor* dimostrato nei confronti delle libere estrinsecazioni delle facoltà individuali e, dunque, nella corrispondente cautela dimostrata nell'assunzione di determinazioni normative peggiorative della situazione giuridica complessiva del singolo. Quanto alle condizioni di vantaggio, sovente le relative disposizioni comportano oneri o comportamenti attivi a carico della pubblica amministrazione, tali da incidere in misura rilevante sul ruolo e sulle funzioni ordinarie assolte dalle istituzioni interessate». Conseguentemente (...) è da escludere «che l'applicazione di una norma restrittiva (...) possa essere estesa al di fuori delle ipotesi e delle fattispecie da essa espressamente disciplinate, essendo inammissibile un'interpretazione analogica peraltro preclusa se il risultato sia *in malam partem*», così TAR Calabria, Catanzaro, 5 febbraio 1996, n. 170; V. pure TAR Lombardia, sez. II, Milano, 3 maggio 1988, n. 136; Cons. St., sez. V, 10 dicembre 1990, n. 856; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 1993, n. 179, TAR Calabria, sez. Catanzaro, 26 aprile 1996, n. 343.

giuridico, lasciando il cittadino in balia dei giudici e del loro arbitrio nel decidere di applicare un regime diverso da quello di diritto privato che sarebbe astrattamente applicabile, peraltro in mancanza di criteri prevedibili.

In definitiva, benché le categorie del diritto eccezionale, speciale e singolare non abbiano trovato un preciso e univoco significato in dottrina, occorre sottolineare che il «diritto privato speciale», proprio in quanto appositamente dettato per le pubbliche amministrazioni in deroga al diritto privato altrimenti applicabile, costituisce un diritto di privilegio *singulare*, un insieme di prerogative che il legislatore ha specificamente previsto in favore delle pubbliche amministrazioni in casi particolari ed eccezionali. Questi casi non sono assimilabili a quelli non espressamente soggetti alle norme di «diritto privato speciale», difettando una *eadem ratio* tra le fattispecie in questione. In quanto *ius singulare*, ammettere un'estensione del «diritto privato speciale» al di là dei casi tassativamente previsti costituirebbe una contraddizione in termini, giacché si trasformerebbe il diritto considerato in diritto comune delle pubbliche amministrazioni disciplinante l'intera attività di queste ultime che si avvale del diritto privato. Così facendo, i privilegi governerebbero la predetta attività delle pubbliche amministrazioni e i principi civilisti fondati sulla parità delle parti ne uscirebbero definitivamente compromessi. Vi è da chiedersi dunque se un'attività come quella immaginata, caratterizzata da privilegi della p.a. potenzialmente illimitati, non debba considerarsi un'attività autoritativa, retta dai principi che governano l'esercizio del potere, piuttosto che un'attività ancora qualificabile come privatistica e da collocare nei confini del diritto privato.

5. L'«ANALOGIA MASCHERATA» E IL RICORSO AI PRINCIPI GENERALI.

Spesso dottrina e giurisprudenza ricorrono alla c.d. «analogia mascherata»⁵⁶, qualificando il diritto eccezionale come diritto speciale sottratto al divieto di applicazione analogica o riconducendo il procedimento analogico all'interpretazione estensiva ammessa per il diritto eccezionale. È ciò che è accaduto in molti dei casi considerati nei precedenti capitoli ad opera della giurisprudenza, ad esempio quando il Consiglio di Stato ha tacitamente esteso la limitazione della responsabilità per sola colpa grave che il

⁵⁶ La citazione si deve a G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970.

legislatore comunitario aveva previsto per le violazioni del diritto europeo commesse dagli Stati membri, tramite una norma eccezionale derogante alla regola comune secondo cui la responsabilità sussiste anche per colpa lieve, alle violazioni del diritto interno commesse dalle pubbliche amministrazioni⁵⁷.

L'analogia è divenuta l'espedito che attribuisce alla giurisprudenza una potestà creatrice, aprendo le porte all'arbitrio giurisprudenziale e mascherando l'avvento del giudice-legislatore. Eppure il ragionamento per analogia non dovrebbe far uscire il giurista dall'ordinamento, che tramite la stessa dovrebbe solo esplicitare la razionalità immanente del sistema, mediante un'attività meramente interpretativa e giammai creativa. L'analogia non dovrebbe essere usata in modo improprio, laddove in particolare difetti la somiglianza tra il caso regolato e quello non regolato e si abbia una semplice deduzione di una regola nuova da principi vaghi, astratti e generici, contraddicendo il sistema di legalità⁵⁸.

In verità, quando la giurisprudenza estende le norme di «diritto privato speciale» in nome dell'interesse pubblico ad esse sottese tende ad emanciparsi dall'analogia in senso tecnico, ricorrendo piuttosto ad un presunto impiego dei principi generali asseritamente volto ad assicurare l'armonia dell'insieme normativo e la coesione del sistema⁵⁹. Al vincolo per il giudice costituito dalla disposizione normativa si è spesso reagito con un'attività pretoria creatrice di principi generali, che rischia spesso di far sconfinare la discrezionalità giudiziaria in arbitrio. Se i principi fossero creati e stabiliti dal giudice senza alcun limite egli finirebbe per governare, mentre il giudice è tendenzialmente chiamato ad interpretare i principi posti dal legislatore⁶⁰ o quantomeno a ricavarli dal diritto positivo. Il canone teleologico che ricorre all'interesse pubblico favorisce un'interpretazione extratestuale, in quanto se si assume come parametro quello della congruenza rispetto alla cura del predetto interesse si finisce sempre per ravvisare l'*eadem ratio* e ammettere l'operatività del procedimento analogico. Tuttavia, si tende a parlare di analogia solo quando se ne vuole circoscrivere l'uso, mentre quando questa

⁵⁷ Sull'argomento v. S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit., pp. 94 ss.

⁵⁸ Così ancora N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pp. 78, 132, 139, 167-168, 206-207.

⁵⁹ Così Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, cit.

⁶⁰ In questo senso V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi*, cit., pp. 155-156.

esigenza non è avvertita all'uso pratico di essa non corrisponde un richiamo teorico al procedimento logico che le è sotteso.

Si ripresenta così quella tendenza alla convergenza delle «due vie della specialità» amministrativa, in quanto dalle norme del diritto amministrativo si desumono principi generali asseritamente dotati dell'attitudine a imprimere un puntuale senso giuridico al fatto della vita considerato dal giudice e che finiscono per considerarsi estensibili alla «seconda via della specialità», quella del «diritto privato speciale». Ciò al fine di «delimitare un corpo uniforme ed omogeneo di norme ed istituti, caratterizzati, nella loro correlazione sistematica, da una razionale unità organica», tanto che il giudice amministrativo, tramite il ricorso ai principi generali, tende a surrogare il principio, altrettanto generale, di legalità⁶¹, che dovrebbe per contro governare la materia eccezionale del «diritto privato speciale».

Il ricorso ai principi generali, dunque all'analogia *iuris* di cui all'ultima parte dell'art. 12 delle preleggi al codice civile, presuppone però una lacuna normativa, nonché il fallimento dell'uso dell'analogia *legis*, vale a dire dell'applicazione delle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe. Ciò non si verifica in presenza delle norme di «diritto privato speciale», che, come si è osservato, sono tali in quanto norme derogative che delimitano l'ambito di operatività della norma generale di diritto privato. In mancanza delle norme di «diritto privato speciale» la norma di diritto privato riespande il suo naturale ambito di applicazione e non ammette di essere disapplicata in forza del ricorso ad asseriti principi generali propri del diritto amministrativo.

Per riprendere l'esempio sopra considerato, la responsabilità della pubblica amministrazione non si pone in un vuoto normativo da colmare mediante il ricorso in via analogica alla regola eccezionale della limitazione della responsabilità alla sola colpa grave. Questo *modus operandi*, al contrario, dà vita ad una giurisprudenza creativa che provoca incertezza.

⁶¹ In questi termini e per la citazione immediatamente precedente v. ancora Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, cit.

Pertanto, l'interpretazione del giudice non dovrebbe mai giungere a modificare la disciplina di diritto privato riservata alle pubbliche amministrazioni, neppure in presenza di un interesse generale che giustificerebbe l'introduzione per via legislativa di una norma di «diritto privato speciale», ancora mancante⁶². Ove il giudice applichi una norma da lui stesso creata in luogo di una norma già esistente, «esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete», si rende responsabile di un eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, poiché l'attività ermeneutica è la sola che a lui compete⁶³. In particolare, la «creazione interpretativa» tipicamente giurisdizionale non può consistere in una «divina creazione dal nulla», ma deve «rimodellare e sviluppare qualcosa di preesistente», poiché l'interprete può magari violentare la struttura linguistica di una norma, «ma non può saltarne fuori del tutto»⁶⁴.

Troppo spesso il diritto vivente, al contrario, stimolato dalla decostruzione del sistema delle fonti, ha messo e mette in crisi il principio di legalità e la sicurezza giuridica. Si assiste sempre più a sentenze manipolative ispirate ad un metodo casistico, vieppiù

⁶² *Contra* v. A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Giustamm.it*, 1, 2006, che evidenzia come l'inevitabile specialità che connota gli strumenti privatistici adoperati dalla p.a. non deriva solamente dalla legge, ma anche dalla giurisprudenza. L'A. riporta come esempio in cui tale tendenza sembra condurre a risultati favorevoli per il privato quello del pubblico impiego contrattualizzato, nel cui ambito il giudice del lavoro sembrerebbe pretendere dalle pubbliche amministrazioni l'osservanza di *standard* di buona fede oggettiva più intensi ed elevati rispetto al datore di lavoro privato. Tuttavia, nell'ambito del «diritto privato speciale» il principio della separazione dei poteri dovrebbe trovare più fedele applicazione, in quanto diverse sono le autorità che hanno il compito di creare le regole di condotta e quello di applicarle a seguito della loro interpretazione, la prima da identificare con il legislatore, la seconda con il giudice. Ciò diversamente da quanto accade negli ordinamenti di *common law*, ove la sentenza crea essa stessa il diritto applicabile anche nelle future controversie aventi identico ambito oggettivo, così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019, pp. 9 e 10, e diversamente da quanto accade nel diritto amministrativo, la cui elaborazione è stata tradizionalmente affidata al giudice amministrativo. Anche in Francia il giudice amministrativo esplicitamente negli anni '20 del XX secolo è stato considerato *maître de sa jurisprudence*, in quanto creatore di regole e libero nei confronti del codice civile, nonché in qualità di giudice che applicava le disposizioni privatistiche soltanto quando le riteneva compatibili con l'interesse pubblico.

⁶³ In tal senso di recente Cass. civ., sez. un., 15 aprile 2020, n. 7839. Sull'ambiguità della posizione del giudice amministrativo, che è al contempo collaboratore e censore dell'amministrazione e deve pertanto sia preoccuparsi dell'efficienza dell'azione amministrativa, sia assicurare la legalità e garantire la situazione giuridica degli amministrati, v. M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, pp. 1051 ss.

⁶⁴ U. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1969, Vol. XVI, Torino, pp. 978 ss. D'altronde, il fondamento «politico» del diritto giurisprudenziale (nei Paesi in cui non vige lo *stare decisis*) risiede nel consenso prestato alla decisione dai giudici successivi e, in generale, dalle componenti più influenti del ceto giuridico, cfr. D. SIMEOLI, *Vertice giudiziario, funzione nomofilattica e modello processuale*, in *Questione Giustizia*, 1, 2021, pp. 172 ss. e F. FOLLIERI, *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2014, pp. 265 ss.

nell'ambito della giurisprudenza amministrativa dotata di una tradizionale vocazione pretoria. «Alla razionalità giuridica viene infatti preferita un'asserita razionalità economica, di suo però limitata e che della prima non ha la definitività di linguaggio, né la tendenziale stabilità: ne è seguita spesso la perdita di calcolabilità del diritto e il trasferimento della definizione al giudice, rimettendo al suo prudente *self-restraint* di non aggravare l'incertezza»; tanto che si dice ormai pacificamente che il giudice è soggetto non più alla legge, ma al diritto, che però definisce di volta in volta⁶⁵.

In questo contesto taluno denuncia il passaggio dallo Stato di diritto⁶⁶ allo Stato di giustizia, ovvero dei giudici⁶⁷. Al contrario, pilastro dello Stato di diritto è proprio il primato costituzionale della legge sul giudice, pena l'imprevedibilità e l'apertura alla giurisprudenza creativa⁶⁸. Ciò conduce il cittadino alla «disperazione del trovare e capire la regola della propria condotta. Del trovare, giacché non gli si porge netta e sicura, precisa e limpida, ma esige un affanno di ricerca, uno scoprirla tra categorie anagrafiche e varietà di tempi e luoghi. E poi c'è il capirla, l'intenderla nel testo letterale e negli scopi perseguiti, il raccorderla con anteriori e accertarla vigente o abrogata. Ne nasce un'intima stanchezza, un sentirsi ormai incapaci di trovare la regola, e perciò un'angosciosa solitudine, che si afferra alla nuda fisicità del corpo» e che conduce alla «stanchezza dell'obbedire»⁶⁹.

⁶⁵ Così G. SEVERINI, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto, Relazione al convegno "Dai 190 anni dell'Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali"*, Torino, Teatro Carignano, 12 novembre 2021, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁶ «Lo Stato di diritto nasce storicamente come evoluzione dello Stato autoritario e si caratterizza per la soggezione al diritto dei pubblici poteri, nel senso che il potere pone il diritto ma, nel momento in cui lo pone, ne riconosce la "superiorità" e vi si assoggetta. Il motto dell'assolutismo, in cui il potere è "*superiorem non recognoscens*", risulta capovolto nella transizione dallo Stato assoluto a quello di diritto. La sovranità, di cui è espressione il potere di produzione del diritto, subisce un'attenuazione, che si concretizza nella soggezione del potere al diritto posto da sé medesimo e, quindi, al giudice che del rispetto di quel diritto è il garante», così F. PATRONI GRIFFI, *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012; B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, (a cura di) G. STELLA, Modena, 2018.

⁶⁸ V. ancora G. SEVERINI, *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto*, cit.; R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017 (2004), pp. 18 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in www.questionegiustizia.it, 4, 2016.

⁶⁹ Queste le parole di Natalino Irti in merito al sentimento collettivo di stanchezza e sfiducia nei confronti del continuo mutamento di norme oscure e incomprensibili, N. IRTI, *La stanchezza di obbedire a regole mutevoli e oscure*, in *IlSole24Ore.it*, 10 gennaio 2022. Si è detto anche che mentre il conflitto tra gli interessi degli individui viene risolto dal diritto privato per conservare la pace sociale, il diritto pubblico risolve il

6. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE AVVERSO ALLA «FABBRICA DELLA SPECIALITÀ» E IL SUPERAMENTO DEL CRITERIO TELEOLOGICO.

Il fondamento costituzionale del principio di nominatività delle norme che sacrificano le posizioni dei privati attribuendo taluni benefici alle amministrazioni si rinviene, oltre che nell'art. 101 Cost., che sottopone il giudice alla legge, nei principi di uguaglianza, di legalità e di proporzionalità, di cui agli artt. 3, 23 e 97 Cost.

L'art. 23 Cost. esclude infatti possibili misure restrittive non scritte nei confronti del privato. Anche l'art. 5 Cost., cui è sotteso il principio della pari dignità istituzionale dei diversi livelli di governo, impone la vigenza di norme non differenti a seconda degli enti pubblici territoriali che di volta in volta sono parti delle controversie portate all'attenzione dei giudici, dovendosi garantire, al fianco dell'eguaglianza e dei diritti, l'autonomia degli enti locali.

L'eguaglianza sancita dall'art. 3 Cost. dovrebbe peraltro valere anche con riguardo al raffronto tra soggetti pubblici e privati. Tuttavia, è evidente la sussistenza di un regime differenziato tra questi: normalmente i soggetti di diritto privato agiscono mediante negozi in posizione di reciproca equiparazione, tanto che essi, per raggiungere un risultato giuridico, abbisognano della collaborazione dei destinatari degli effetti; gli enti pubblici, al contrario, possono produrre modificazioni nel patrimonio giuridico altrui indipendentemente dall'adesione del destinatario degli effetti. Tale disparità è giustificata, conformemente al giudizio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost., dalle ragioni in forza delle quali sono riconosciute tali prerogative alle amministrazioni, vale a dire il

conflitto tra interessi individuali e interesse collettivo, che deve prevalere sul primo solo quando abbia le caratteristiche di un'«autentica necessità», così G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Corso di diritto pubblico amministrativo: professato nella regia università di Pisa*, vol. 2, Firenze, 1879, p. 349. Tuttavia, la prevalenza in questione non può influire sulla risoluzione di un conflitto, che deve sempre dipendere dall'interpretazione delle norme che per dirimere quel conflitto sono già state fissate in precedenza dal legislatore, potendo l'interesse collettivo giustificare l'irrelevanza dell'interesse individuale non oltre il momento della determinazione delle norme, cfr. F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, pp. 9. Tuttavia, secondo la dottrina, la tendenza a pubblicizzare il rapporto non produce sempre effetti positivi: il fenomeno del crescente uso del «diritto privato speciale», sorto per garantire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, può dar vita ad un istituto ibrido, dai contorni incerti, con conseguente difficoltà per il privato di individuare la norma da applicare. Per non dare vita a ingiustificati privilegi dell'amministrazione e garantire entrambe le parti del rapporto si dovrebbe allora valorizzare l'uso del diritto comune al fine di costruire un sistema veramente «paritario», cfr. P. MICHIARA, *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, cit., pp. 115 ss.

raggiungimento dei fini imposti loro dalla legge, da conseguire indipendentemente dalla collaborazione del privato⁷⁰. Il mezzo adottato deve perciò essere adeguato e non deve imporre al privato sacrifici ulteriori rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dei predetti fini. Inoltre, lo strumento utilizzato, proprio in quanto derogatorio ad un regime che dovrebbe altrimenti essere il medesimo vigente per i soggetti privati, deve necessariamente essere previsto espressamente dalla legge in vista di uno specifico fine da raggiungere che giustifichi la differenziazione normativa⁷¹.

Il giudice potrebbe tutt'al più, secondo taluno, interpretare estensivamente una norma positiva che ammette un trattamento più vantaggioso a favore di una delle due parti del rapporto, qualora una siffatta interpretazione a vantaggio dell'amministrazione risponda alla *ratio* sottesa alla norma e sussista realmente un interesse pubblico meritevole di una maggior protezione. Tuttavia, egli non potrebbe mai oltrepassare la lettera della legge, che, in ragione della necessità di tutelare la certezza del diritto e la garanzia dei cittadini contro incontrollabili arbitri, si pone sempre come limite invalicabile per il giudice *ex art. 101 Cost.*, benché quei valori siano messi in pericolo dall'uso disinvolto di tecniche di interpretazione non adeguatamente controllate⁷². Tale assunto sembra d'altronde confermato dall'art. 1, comma 1-*bis* della legge n. 241 del 1990, che richiede un'espressa previsione normativa atta ad escludere l'applicazione del diritto privato in presenza di atti non autoritativi dell'amministrazione⁷³.

«L'argomento teleologico può infatti condurre ad un esito di interpretazione estensiva, ma non costituisce un canale di analogia *privilegiata*, affrancata da limiti»⁷⁴. Al contrario, la prassi giurisprudenziale pretoria talvolta rinviene la propria

⁷⁰ Non tutte le norme di «diritto non eguale» sono per ciò solo incostituzionali secondo F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, cit., pp. 526 ss., ma il rispetto del principio di eguaglianza, e dunque di ragionevolezza, diviene per l'autore un «imperativo di giustificatezza delle leggi speciali o di eccezione». L'identità di *ratio* non può infatti non preludere ad una disciplina unitaria e non differenziata, ciò che secondo l'A. occorre verificare alla luce dei principi fondamentali del sistema.

⁷¹ Sul fondamento costituzionale del principio di nominatività v. F. VOLPE, *Il principio di nominatività*, in (a cura di) M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 356 ss.

⁷² Sull'argomento v. S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit.; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, cit.

⁷³ Secondo G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., «La nuova disposizione (...) rafforza la tesi che sia necessaria una previsione di legge per negare tale capacità».

⁷⁴ Così S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit., p. 95.

giustificazione nelle esigenze di tutela del cittadino, soprattutto per ciò che concerne il campo processuale, ma assai più spesso, vieppiù nel campo sostanziale, si collega alla necessità di soddisfare l'interesse dell'apparato pubblico esaltando l'argomento teleologico. Questo spinge il giudice amministrativo ad avallare per lo più l'operato dell'amministrazione contro il cittadino, riscontrando un'identità di *ratio* invero insussistente tra fattispecie regolata e fattispecie non regolata, mediante l'affermazione acritica dell'identità delle esigenze di pubblico interesse per escludere quasi sempre l'applicazione di disposizioni favorevoli al privato⁷⁵.

Il ragionamento che qui si propone è simile a quello fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione quando sono state chiamate a chiarire la nozione di «norme imperative» che rileva ai fini della nullità virtuale prevista dall'art. 1418, primo comma, cod. civ. In tale occasione, nel farsi fautrice di una lettura restrittiva della predetta categoria di norme, che non si accontentasse del loro essere poste a tutela dell'interesse pubblico al fine di non limitare eccessivamente l'autonomia negoziale, la Suprema Corte ha affermato che «nella ricordata evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal “dogma della fattispecie” al “dogma dell'interesse pubblico”, intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nella individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento con altri valori costituzionali»⁷⁶. In altra recente pronuncia le Sezioni Unite hanno richiamato questo passaggio motivazionale aggiungendo quanto segue: «Una conferma di quest'impostazione proviene da quell'orientamento dottrinale che vede nella nullità uno strumento per rimodellare il rapporto contrattuale secondo canoni e criteri valutativi fondamentalmente preordinati ad obiettivi di equità, proporzionalità e giustizia, i quali tuttavia - si deve precisare - dovrebbero pur sempre essere vagliati preventivamente dal legislatore il cui silenzio, lungi dall'essere irrilevante o neutro, molto spesso è decisivo nel senso di escludere la nullità»⁷⁷.

⁷⁵ V. al riguardo A. ROMANO TASSONE, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, cit.

⁷⁶ Cass. civ., sez. un., 5 marzo 2022, n. 8472.

⁷⁷ Cass. civ., sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719.

Mutatis mutandi, deve essere criticata l'eccessiva genericità che sottende l'uso del criterio del pubblico interesse per giustificare la proliferazione delle norme di «diritto privato speciale» e deve avversarsi la tendenza a rimettere alla discrezionalità giudiziaria l'individuazione di esse, pena il passaggio anche in tale ambito dal «dogma della fattispecie» al «dogma dell'interesse pubblico», con potenziale pregiudizio dei valori di libertà negoziale e di impresa, nonché della certezza del diritto.

A livello di fonti primarie l'art. 1, c. 1-*bis* della legge n. 241 del 1990 sancisce, come si è accennato: «1-*bis*. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». Il testo normativo cui si è giunti è stato il risultato di un travagliato *iter* parlamentare, iniziato con una proposta di riforma costituzionale risalente al 1997, seguita da una prima versione di disposizione legislativa avutasi nel 2000 e una seconda nel 2002. Il tentativo avviato con la riforma costituzionale era stato quello di consacrare la tendenza, già invalsa a livello di legislazione primaria, volta a favorire la privatizzazione dell'amministrazione pubblica e a trasformare il diritto amministrativo da diritto speciale della pubblica amministrazione a diritto privato, comune a individui, imprese e Stato, costituzionalizzando un modello di amministrazione pubblica «proteiforme», che sempre più si sarebbe dovuta avvalere del diritto privato per perseguire i suoi interessi pubblici. Era già ovvio, prima e a prescindere dalla riforma costituzionale, la «persistenza» dell'interesse pubblico anche quando l'amministrazione operava sulla base delle norme di diritto privato.

L'obiettivo espresso dal promotore della riforma era infatti quello di invertire il tradizionale rapporto di regola – eccezione che governava rispettivamente l'uso del diritto pubblico e privato da parte dell'amministrazione, in virtù del quale si tendeva a preferire l'applicazione del diritto pubblico, in quanto diritto «normale» delle amministrazioni.

Tralasciando in questa sede i numerosi dibattiti generati dalla norma in considerazione⁷⁸, ciò che qui interessa è rilevare che essa esprime un principio di legalità

⁷⁸ Su cui si veda *funditus* L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2006, pp. 353 ss.; S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1 bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in (a cura di) P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 117; B.E.G. FUOCO, *L'art. 1, comma 1*

cui soggiacciono le deroghe alla regola generale secondo cui per gli atti non autoritativi si applica il diritto comune. In mancanza di una deroga espressa non si può sottrarre l'attività in questione al diritto comune valorizzando argomenti fondati sugli interessi particolari perseguiti dalle amministrazioni, altrimenti si invertirebbe il rapporto tra regola ed eccezione posto dall'art. 1, comma 1-*bis* in commento.

Quando l'impiego del diritto privato da parte delle amministrazioni si accompagna alla pretesa di avvalersi di deroghe non espressamente riconosciute dalla legge, invocando imprecisamente il criterio dell'interesse pubblico, si disattende l'insegnamento di un'autorevole dottrina civilistica secondo cui «l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può richiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare dal diritto privato ciò che gli è essenziale»⁷⁹.

Emerge, così, la criticità della tendenza giurisprudenziale a favorire la «fabbrica della specialità», vale a dire la creazione di nuove regole speciali non scritte a favore dell'amministrazione desunte dalle norme derogatorie di «diritto privato speciale» rinvenibili nel diritto positivo, la cui natura eccezionale ne imporrebbe, come si è visto, un'interpretazione restrittiva⁸⁰. A proposito del *modus decidendi* del Consiglio di Stato, Nigro affermava che «ogni sua decisione, ed in particolare le decisioni di principio, appaiono il frutto di un misterioso processo d'elaborazione, nel quale, come nel segreto di un laboratorio, l'organo ha operato il raffinato e inimitabile dosaggio d'amministrazione e giurisdizione, si vuol dire della soddisfazione delle esigenze

bis, della legge n. 241/1990. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato, in www.lexitalia.it; F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, Milano, 2003, p. 44; N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *Giustamm.it*, 5, 2005; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 37; S. RAIMONDI, *L'invalidità e l'uso degli strumenti di diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, pp. 168 ss.; F. SATTA, *La riforma della l. n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in *Giustamm.it*, 4, 2005; M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema all'incontro di studio "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva"*, in *Foro amm.-Tar*, 12, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2005; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 469 ss.; A. POLICE, *Intervento al convegno "La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento"*, Seconda Università degli Studi di Napoli, Caserta-Palazzo Reale, 20 maggio 2005.

⁷⁹ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 41.

⁸⁰ Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3, 2013, pp. 687 ss.; ID, *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustamm.it*, 2014.

dell'amministrazione e della fedeltà all'imparzialità giudiziale. Il segreto, dunque, è la serra in cui sboccia l'ibrido fiore della conciliazione fra amministrazione e giurisdizione»⁸¹.

La contraddittorietà di una tale deriva del «diritto privato speciale», come «fabbrica della specialità» che alimenta sé stessa, emerge inoltre dalla considerazione secondo cui, ricavando dalle stesse norme di «diritto privato speciale» nuovi principi generali, si finisce per trattare il «diritto privato speciale» alla stregua del diritto amministrativo in senso proprio, quale sistema autonomo dotato di sue regole e principi utilizzabili per colmare le lacune dell'ordinamento giuridico. In tal modo si dissolve, però, la differenza tra «diritto privato speciale», da un lato, e diritto amministrativo, dall'altro, in quanto le norme del primo tipo non sarebbero più eccezionali e derogatorie al diritto privato, ma diventerebbero partecipi in tutto e per tutto delle caratteristiche del diritto pubblico. La proliferazione della specialità finisce pertanto per essere un effetto collaterale dell'introduzione delle norme in considerazione dagli esiti imprevedibili e da prevenire escludendo il ricorso all'interpretazione analogica tanto *legis*, quanto *iuris*.

Ciò anche in ragione del fatto che, come autorevolmente sostenuto, la tutela dell'interesse pubblico spetta alla pubblica amministrazione e non al giudice amministrativo, che ha il compito di tutelare le situazioni giuridiche soggettive e di farsi garante della certezza del diritto⁸².

7. INTERESSE PUBBLICO E INTERESSE GENERALE.

Si è più volte accennato al *vulnus* arrecato dalle norme di «diritto privato speciale» all'ordinamento giuridico complessivamente considerato, in quanto spesso il legislatore e la giurisprudenza elaborano norme di tal genere ritenendole pienamente confacenti al caso di specie, senza tuttavia mostrare compiuta contezza delle ricadute che esse hanno sul sistema generale⁸³. In particolare, non si tiene conto del meccanismo già illustrato

⁸¹ Così M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., p. 1073.

⁸² S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, cit., pp. 120-121.

⁸³ Sulla necessità di una giustificazione sistemica delle norme v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992, pp. 201 e 255 ss., che cita l'affermazione di Mengoni, secondo cui «la sistematica giuridica assoggetta i risultati del pensiero problematico a una verifica ulteriore dal punto di

della c.d. «fabbrica della specialità», vale a dire della specialità che tende ad alimentare sé stessa e a moltiplicarsi.

Guardando al solo interesse puntiforme affidato alla cura della singola amministrazione dalla norma attributiva del potere si dimentica l'interesse generale affidato alla cura del giudice e del legislatore. I termini «interesse pubblico», «interesse collettivo» ed «interesse generale» vengono infatti frequentemente usati come interscambiabili⁸⁴, ma essi divergono e sono tra di loro spesso contrastanti.

«L'interesse pubblico è il fine dell'azione amministrativa (...). Ed è diverso dall'interesse generale», «L'interesse generale, difatti, è il riflesso di una valutazione politica, è opera della legge, s'identifica con la volontà generale. Così l'interesse generale dovrebbe darsi per tutti e verso tutti e dovrebbe essere universale. L'interesse pubblico amministrativo invece si configura diversamente. È l'interesse di uno solo dei soggetti dell'ordinamento generale ed è definito nell'ordinamento amministrativo», ma «è solo l'interesse di tutti che a priori può limitare l'interesse di uno solo»⁸⁵.

Ancora, si dice che l'interesse pubblico «non è prospettabile come una nozione soggettiva ed arbitraria, né come una nozione dogmatica ed astorica, ma quale risultato di valutazioni normative individuate nell'ambito dell'ordinamento giuridico. L'interesse pubblico (...) non elimina l'interesse privato. (...) La realizzazione dell'interesse pubblico, cioè, non costituisce un *prius*, ma è il prodotto della ponderazione degli interessi

vista della razionalità del sistema, il quale “ha le sue ragioni” che non sono necessariamente coincidenti con quelle fatte valere da punti di vista extrasistematici» e prosegue nei seguenti termini: «L'influenza del caso nell'interpretazione non distrugge così la possibilità di pensare il diritto come sistema, per mezzo di schemi generali di riferimento, costituiti sulla base di nuove generalizzazioni (...), di nuovi rapporti genere-specie, regola-eccezione».

⁸⁴ In tal senso cfr. Cons. St., Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, su cui v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, pp. 665 ss., nota n. 32.

⁸⁵ Così A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 797-840. Sulla necessità come interesse generale, inteso quale interesse della persona nella comunità, v. A. CIOFFI, *Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in (a cura di) G. PALMIERI, *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post covid-19*, Napoli, 2020, II, pp. 941 ss.

in gioco»⁸⁶. Emerge così la dimensione sovraindividuale del diritto pubblico, che si orienta verso uno «scopo eminentemente collettivo»⁸⁷.

Tali precisazioni appaiono necessarie stante la riscontrata difficoltà di superare un approccio casistico favorito da sentenze manipolative del diritto scritto in favore di una logica sistematica, che promuova l'integrazione dell'interesse spesso sotteso alle norme di «diritto privato speciale» con gli interessi generali. Una tale integrazione imporrebbe di mutare il criterio decisionale alla base delle scelte legislative in modo tale da tenere conto di tutti gli interessi coinvolti ed abbandonare, sul piano del metodo, l'approccio settoriale per adottare una prospettiva sistemica e unitaria⁸⁸.

In particolare, come si è già accennato, si dovrebbe considerare la proliferazione della specialità che deriva dalla positivizzazione delle norme di «diritto privato speciale» e dalla elaborazione delle stesse per via giurisprudenziale. Infatti, da un esame scomposto e analitico delle norme in questione si potrebbe concludere per una utilità delle medesime e per il loro carattere satisfattivo degli interessi della pubblica amministrazione, ragionevolmente tutelati. Tuttavia le stesse norme, osservate unitariamente e da una prospettiva più generale, interferiscono tra loro e assumono una più ampia dimensione, divenendo capaci di originare altrettante norme speciali.

Al riguardo, pare utile evocare un'autorevole dottrina, secondo cui gli esponenti politici devono prendere solo le decisioni che possono giustificare all'interno di una teoria politica in grado di giustificare anche le altre decisioni che si propongono di prendere. Questa dottrina, si dice, condanna «uno stile di amministrazione politica che potrebbe essere chiamato, seguendo Rawls, “intuizionistico”. Essa condanna la pratica di prendere decisioni che sembrano giuste se considerate isolatamente, ma che non possono essere

⁸⁶ Così C. CICERO, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019, p. 20. Sull'argomento v. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 934.

⁸⁷ Su cui v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, p. 93-94, che richiama a tal proposito il pensiero di Karl von Rotteck.

⁸⁸ Per un approccio sistemico negli stessi termini, ma con riguardo al tema della semplificazione ambientale, v. E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, in *Riv. Giur. dell'Edilizia*, 5, 1 ottobre 2018, pp. 353 ss.

ricondotte all'interno di una teoria comprensiva dei principi generali e delle *policies* in modo coerente con altre decisioni considerate ugualmente giuste»⁸⁹.

Le norme di «diritto privato speciale» assumono difatti una stabilità, un'immanenza nel sistema in origine impensabile per il legislatore, che finisce insieme ai giudici per ritenerle indispensabili per la tutela dell'interesse pubblico e per porle a fondamento di ulteriori deroghe al diritto privato. Una continua nuova specialità viene dunque ricavata dal contesto in cui operano le pubbliche amministrazioni ed è solo tramite uno sguardo sistemico che si comprendono più profondamente le relazioni sottese alle singole norme di «diritto privato speciale» individualmente considerate⁹⁰.

Al contrario, appare diffusa una visione quasi mistica dell'interesse pubblico, «fornendone letture pervasive e sempre prive dell'identificazione del concetto, aggettivandolo sempre come superiore», tanto che «molta parte della giurisprudenza – con non irrilevante seguito dottrinale – è (sia) pronta a sfigurare gli istituti privatistici, piegandoli a riletture pubblicistiche – talora per giungere alle stesse soluzioni di regime e, quindi, inutilmente – funzionali ad attrarre nella sfera del potere discrezionale atti, contratti, organizzazioni o anche semplici comportamenti altrimenti regolati dal diritto privato. Non si fatica a capire l'importanza del problema: anche trascurando il dato di incertezza del diritto ed imprevedibilità delle decisioni giurisdizionali che ne conseguono, resta che la valutazione di interesse pubblico interviene nel momento dell'elezione dello strumento privatistico come efficace e coerente con l'obiettivo da perseguire, sicché queste devastazioni del regime previsto dalla legge – in nome del superiore interesse pubblico o di una sua immanenza organizzativa – non sono se non la contraddizione dell'interesse pubblico stesso, giacché laddove si scelga una formula organizzativa (ad esempio quella della società di capitali) il regime che la riguarda è parte essenziale di quella decisione e della sua coerenza con l'obiettivo – questo sì di pubblico interesse – che si intende perseguire»⁹¹.

⁸⁹ Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Cambridge, 1977, ristampa it. Bologna, 2010, p. 138; cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984.

⁹⁰ Ancora, per un approccio sistemico si veda *funditus* (a cura di) L. URBANI ULIVI, *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, 2015.

⁹¹ Così L.R. PERFETTI, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. 8, n. 1, 2021, p. 44.

Il giudice amministrativo richiama spesso, quasi in modo rassicurante, la «stella polare dell'interesse pubblico», tanto che a proposito dell'evoluzione del sistema della giustizia amministrativa il Presidente del Consiglio di Stato ha parlato di ottica «del rafforzamento e dell'ampliamento delle tutele dei singoli nei confronti delle pubbliche amministrazioni, pur nel quadro di una concomitante, attenta considerazione del pubblico interesse»⁹².

A proposito delle deroghe poste dal diritto pubblico all'applicazione del codice civile già Giannini lanciava un monito: «attenzione, che il rischio di fare delle opzioni e non un sistema c'è sempre: per fare un sistema si dovrebbe avere la sicurezza della fonte; ma chi la dà?»⁹³. Due sono infatti gli angoli visuali del diritto, la c.d. *inspectio*, che finiscono «l'una col guardare all'ordinamento (*spectat*) considerato nel suo insieme, l'altra ai singoli, concettualizzando, per dirla in termini moderni, la stessa realtà in due termini distinti, a seconda che si assuma come coordinata fondamentale l'ordinamento o l'individuo»⁹⁴.

Il «diritto privato speciale» deroga al principio di eguaglianza e deroghe di tal fatta sono normalmente ammesse solo quando corrispondono ad interessi che la Costituzione ha voluto tutelare, non potendo il legislatore essere arbitrario. Nell'ambito della sua funzione legislativa derogante quest'ultimo deve pertanto perseguire una precisa ragione e la ragionevolezza della norma si annida nel perseguimento di interessi costituzionalmente apprezzabili. L'obiettivo delle leggi deroganti non dovrebbe essere quello di consentire discriminazioni o privilegi, ma quello di rimuovere gli stessi al fine di realizzare un'eguaglianza sostanziale, occorrendo a tal fine talvolta proprio l'adozione di regole speciali o eccezionali. Ciò che contraddice l'eguaglianza è invece il privilegio. Le leggi speciali, al pari delle altre, non possono consentire un'interpretazione al di fuori

⁹² Discorso di insediamento del Presidente Giorgio Giovannini del 5 marzo 2013, par. 1, su cui v. G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2014, pp. 746 ss.

⁹³ M.S. GIANNINI, *Codice civile e diritto pubblico*, (1993), in *Scritti*, IX, Milano, 2006, p. 354. Lo stesso autore affermava anche che il criterio sistematico è quello relativo alla costruzione logica del sistema positivo e deve sempre prevalere sul sistema topografico o formulatorio, che dipendono dalla collocazione e formulazione delle norme. Il criterio sistematico, sosteneva inoltre, prende in considerazione direttamente le norme e non le leggi o i diritti in cui le norme si trovano. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, cit.

⁹⁴ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 99.

dei principi costituzionali, nel cui sistema operano, dovendosi sempre avere di mira l'esigenza di assicurare la certezza del diritto e l'equilibrio esistente in ogni sistema, anche in quello della specialità⁹⁵.

8. I «MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE».

Nel contesto considerato sembra assumere rilievo la nozione eurounitaria dei «motivi imperativi di interesse generale», spesso ripresa dal legislatore nazionale⁹⁶ ed utilizzata dal legislatore europeo per giustificare le deroghe ammesse alle libertà fondamentali riconosciute dai Trattati, quale criterio alla stregua del quale vagliare la legittimità delle norme di «diritto privato speciale» e quale secondo rimedio che qui si propone per frenare la deriva della specialità.

Trattasi di una nozione priva di definizione positiva, ma di natura poliedrica⁹⁷, l'individuazione del cui contenuto è stata rimessa all'elaborazione della giurisprudenza europea⁹⁸, spesso guidata in tale compito dall'esigenza di proteggere interessi sociali

⁹⁵ Così V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, cit., pp. 105 ss., 115 ss., 124-125, che richiama al riguardo la tesi di Crisafulli e di Mortati; ID., *Le leggi speciali*, cit., pp. 115-116.

⁹⁶ Si pensi all'art. 14 del d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, che ha recepito la direttiva 2006/123 CE sui «servizi nel mercato interno» (c.d. direttiva Bolkestein) ammettendo il potere autorizzatorio solo nelle ipotesi in cui esso sia giustificato da un «motivo imperativo di interesse generale» (cfr. art. 1, art. 9, par 1, lett. b della direttiva); ai sensi dell'art. 8 del suddetto decreto tra i motivi imperativi d'interesse generale vengono ricomprese «ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale». Sull'argomento v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2013, pp. 603 ss.; A. COLAVECCHIO, *Privatizzazioni e principio di sussidiarietà dell'azione statale nei settori produttivi: dai "privilegi" dell'attività economica pubblica alla libertà di concorrenza*, in (a cura di) F. ROVERSI MONACO, *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995*, Rimini, 1997, pp. 343 ss.; R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 1 dicembre 2020, pp. 903 ss. O si pensi ancora all'art. 121 c.p.a., che, in attuazione degli artt. 1 e 2 della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, al primo periodo del comma 2 sancisce: «2. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti».

⁹⁷ Così Corte di Giustizia UE, sentenza 24 marzo 2011, Commissione C. Spagna, causa C-400/08, in *Racc.I-01915*.

⁹⁸ Il considerando 40 della direttiva 2006/123 è così formulato: «La nozione di “motivi imperativi di interesse generale” cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, copre almeno i seguenti motivi: (...) la tutela dei destinatari di servizi, (...) la protezione

superiori e tendente ad escludere la rilevanza in tal senso dei motivi economici⁹⁹. Ad esempio, è il caso dell'esigenza di tutelare i lavoratori¹⁰⁰ e i consumatori¹⁰¹ o i diritti di proprietà intellettuale¹⁰², la conservazione del patrimonio storico e culturale, nonché la protezione dell'ambiente¹⁰³ e la razionale gestione del territorio¹⁰⁴.

Sono state così progressivamente individuate dalla giurisprudenza comunitaria le c.d. «esigenze imperative di interesse generale» per la cui salvaguardia è ammesso, a determinate condizioni, il ricorso a imposizioni di fatto limitative del diritto di stabilimento o della libera prestazione di servizi. Le stesse consentono ancora di limitare la circolazione di capitale, legittimando la normativa sui c.d. *golden powers* in caso di minaccia effettiva e grave agli interessi fondamentali della collettività¹⁰⁵.

dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale, (...) la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, (...)». Sull'argomento v. Corte di Giustizia UE, Sezione quarta, 4 luglio 2019, causa C-377/17.

⁹⁹ Sul tema del gioco d'azzardo si veda più diffusamente F. MARTINES, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2008, pp. 849 ss.; al riguardo v. anche E. MAURI, *Motivi imperativi di carattere generale quali ostacoli alla libera circolazione nell'Unione europea e strumenti di tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 3, pp. 563 ss.; P. MENGOZZI, *Libera prestazione di servizi, scommesse e giochi d'azzardo: organo d'appello dell'OMC e Corte di Giustizia a confronto*, in (a cura di) A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI, *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia: liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 424. Sull'esclusione dei motivi economici tra i motivi imperativi di interesse generale cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 12 marzo 1994, Schindler, causa C-275/92, in Racc. I-01039, par. 60; Corte di Giustizia UE, sentenza 21 ottobre 1999, Zanetti, causa C-67/98, in Racc. I-07289, par. 36; Corte di Giustizia UE, sentenza 6 novembre 2003, Gambelli, causa C-243/01, in Racc. I-13031, par. 62; Corte di Giustizia UE, sentenza 23 ottobre 1997, causa C-158/94, Commissione c. Italia, in Racc. I-5789, par. 35.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia UE, sentenza 24 gennaio 2002, Portugaja Costruções, causa C-279/00, in Racc. I-787.

¹⁰¹ Corte di Giustizia UE, sentenza 9 luglio 1997, De Agostini, causa C-44/95, in Racc. I-3843.

¹⁰² Corte di Giustizia UE, sentenza 18 marzo 1980, Coditel, causa C-62/79, in Racc. I-881.

¹⁰³ Corte di Giustizia UE, sentenza 26 febbraio 1991, Commissione/Francia C-154/89, punto 17; sentenza 14 dicembre 2004, Commissione/Germania, C-463/01, punto 75; sentenza 4 luglio 2019, Commissione/Germania, C-377/17. Cfr. anche il considerando 40 della direttiva 2006/123.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia UE, sentenza 1 ottobre 2009, causa C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, in Raccolta p. I-9021, punto 29.

¹⁰⁵ Sull'argomento v., *ex multis*, M. RESCIGNO, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 1 ottobre 2020, pp. 847 ss.; (a cura di) G. NAPOLITANO, *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 1 aprile 2021, pp. 282 ss. Al riguardo v. anche Corte di Giustizia UE, sentenza Polbud del 25 ottobre 2017, C 106/16, punto 52; F. MUCCIARELLI, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Società*, 2017, pp. 1331 ss.; N. DE LUCA, A. GENTILE, F. SCHIAVOTTIELLO, *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Società*, 2018, pp. 5 ss.; A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in *Giur. comm.*, 2018, II, pp. 428 ss.

In particolare, il ragionamento adottato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea per vagliare la legittimità delle restrizioni suddette è il c.d. *step – by – step reasoning*¹⁰⁶, che si compone di tre fasi: i) verificare se la normativa considerata dia luogo a una restrizione alle libertà tutelate dai Trattati e non integri una misura discriminatoria; ii) accertare se la restrizione in questione sia giustificata dalle deroghe espressamente previste dagli articoli 36, 51, 52 e 62 TFUE ovvero sussistano ragioni di pubblico interesse; iii) verificare se la misura restrittiva adottata sia proporzionata allo scopo perseguito, in quanto idonea a perseguire l'obiettivo posto dal legislatore (c.d. test di idoneità), necessaria alla luce di un motivo imperativo di interesse generale, stante la mancanza di misure che potrebbero comportare un minor pregiudizio alle libertà in rilievo (c.d. test di necessità), e complessivamente proporzionata e accettabile (c.d. test di proporzionalità *strictu sensu*)¹⁰⁷.

È questo un *modus operandi* del Giudice europeo che, attento alla coerenza del sistema generale, tiene conto degli effetti sistemici che potrebbero derivare dalle deroghe alle libertà fondamentali consacrate nei Trattati eccezionalmente ammesse e che limita fortemente il tentativo di espandere le suddette deroghe. È questo un *modus operandi* che anche il giudice nazionale dovrebbe seguire nell'applicazione del «diritto privato speciale», frenando la seducente deriva estensiva della specialità che, al contrario, orienta la nostra giurisprudenza. Le deroghe al diritto privato in favore delle pubbliche amministrazioni dovrebbero infatti giustificarsi solo in quanto strettamente necessarie alla tutela di interessi superiori di ordine generale, andando a comporre, come tessere di un mosaico, un disegno generale razionale. Solo in questo modo la specialità viene messa a sistema.

¹⁰⁶ Sulle condizioni che consentono di limitare il diritto di stabilimento v. Corte di Giustizia UE, sentenza 5 ottobre 2004, Caixa Bank France, C-442/02 in Raccolta p. I-8961; Corte di Giustizia UE, sentenza 19 maggio 2009, Commissione /Italia, C-531/06.

¹⁰⁷ A proposito dello *step – by – step reasoning* v. ancora E. MAURI, *Motivi imperativi di carattere generale quali ostacoli alla libera circolazione nell'Unione europea e strumenti di tutela della salute*, in cit., p. 569. Sul concetto di proporzionalità nel diritto comunitario v. S. VILLAMERA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, Ordinamento comunitario, italiano ed inglese*, Milano, 2008; T. TRIMAS, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in E. ELLIS, *The principle of Proportionality in the Laws of the Europe*, Oxford, 1999, p. 66. D.U., GALLETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 16; sul test di proporzionalità cfr. V. F. ORTINO, *Basic Legal Instruments for the liberalization of Trade, a Comparative Analysis of the EC and WTO Law*, Oxford Portland Oregon, 2004, p. 402 ss.

La logica argomentativa a cui si aspira è diffusa nella mente dei giudici europei. Recentemente la Corte di Giustizia, nell'esaminare le deroghe al principio del *ne bis in idem* che eccezionalmente consentono di muovere una duplice incriminazione per lo stesso fatto al medesimo soggetto giuridico, ha chiarito che ai diritti fondamentali, come quelli sottesi al divieto della duplice incriminazione, possono essere apportate per legge limitazioni solo se esse rispettano il contenuto essenziale di tali diritti, sono necessarie e rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione¹⁰⁸.

Il richiamo ai «motivi imperativi di interesse generale» si rinviene anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Ad esempio, nell'individuare i limiti costituzionali posti alle norme retroattive che incidono sui diritti patrimoniali relativi ai rapporti di durata, tenendo conto che il principio di irretroattività della legge di cui all'art. 11 delle preleggi al codice civile, ancorché non costituzionalizzato (tranne che in ambito penale), è un principio essenziale del sistema che assicura la certezza dei rapporti giuridici e costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini¹⁰⁹, la Consulta ha chiarito che la retroattività deve trovare adeguata giustificazione «nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale»¹¹⁰; oltre a dover rispettare i principi di ragionevolezza e di eguaglianza, del legittimo affidamento dei cittadini sulla stabilità della situazione normativa preesistente e sulla certezza delle situazioni giuridiche ormai consolidate e della coerenza dell'ordinamento¹¹¹. Al contrario,

¹⁰⁸ Così Corte di Giustizia UE, sentenza del 22 marzo 2022, cause C-117/20 Bpost e C-151/20 Nordzucker e a. In particolare, la Corte ha precisato che la protezione conferita dalla Carta non osta, alla luce della facoltà di limitare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, a che un'impresa sia sanzionata per un'infrazione al diritto della concorrenza, quando, per gli stessi fatti, essa sia già stata oggetto di una decisione definitiva in ragione della violazione di una normativa settoriale (ad esempio la normativa del settore postale che disciplina le attività della Bpost). Tale cumulo di procedimenti e di sanzioni è, tuttavia, condizionato all'esistenza di norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituirne l'oggetto così come al coordinamento tra le due autorità competenti. Inoltre, i due procedimenti devono essere stati condotti in un modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e l'insieme delle sanzioni imposte deve corrispondere alla gravità delle infrazioni commesse. In caso contrario, avviando un procedimento, la seconda autorità pubblica che interviene viola il divieto di duplice incriminazione.

¹⁰⁹ Così Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155. Il principio di irretroattività della legge non è stato deliberatamente costituzionalizzato, essendo stato respinto dall'Assemblea costituente l'emendamento proposto dall'on. Dominedò finalizzato a tutelare dalle leggi retroattive i diritti quesiti; sull'argomento v. G. GROTAPELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali dell'irretroattività delle leggi*, Milano, 1975, p. 48.

¹¹⁰ Corte cost., 4 giugno 2014, n. 156.

¹¹¹ In tal senso v., *ex multis*, Corte cost., 15 luglio 2005, n. 282; Corte cost., 27 giugno 2013, n. 160; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24; Corte cost., 28 marzo 2008, n. 74; Corte cost., 8 maggio 2007, n. 156.

le esigenze di contenimento della spesa pubblica giustificano solo eccezionalmente l'approvazione di leggi con efficacia retroattiva, a condizione che i sacrifici imposti ai cittadini siano temporanei e strettamente strumentali a soddisfare le necessità di bilancio¹¹².

Anche la Corte EDU ha ammesso la compatibilità con gli artt. 6 della Convenzione e 1 del primo Protocollo addizionale di essa delle norme retroattive che modifichino *in peius* i rapporti di durata, purché ciò avvenga a tutela di un preminente interesse generale, in particolare per un «motivo imperativo di interesse generale», e con il ragionevole vincolo di proporzionalità tra il contenuto delle disposizioni «ablative» e lo scopo perseguito¹¹³.

A tal proposito emblematico è il caso delle c.d. «pensioni svizzere», nel quale la Corte di Strasburgo, con la sentenza *Maggio e altri c. Italia* del 31 maggio 2011, ha ravvisato la violazione del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU nell'emanazione di una legge d'interpretazione autentica¹¹⁴ con cui l'Italia aveva disposto che la retribuzione percepita all'estero, da porre alla base del calcolo della pensione, dovesse essere ricalcolata tenendo conto dello stesso rapporto percentuale tra i contributi versati e la retribuzione percepita in vigore nel nostro Paese nello stesso periodo, fatti salvi i trattamenti già liquidati. In tale occasione la Corte EDU, quale giudice del caso concreto, ha escluso la possibilità di ravvisare un «motivo di interesse generale» che giustificasse la retroattività della normativa italiana sopravvenuta diverso dalla mera esigenza di fare cassa.

Poco dopo, tuttavia, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sulla materia con la sentenza n. 264 del 2012, con la quale ha adottato un diverso bilanciamento tra l'interesse tutelato dal parametro interposto, quello dell'equo processo, e gli altri

¹¹² Al riguardo v. C. DEODATO, *I limiti costituzionali alla spending review ovvero quello che il Governo (e il Parlamento) possono (e non possono) fare per ridurre la spesa pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it e in Giustamm.it, 1.07.2014.

¹¹³ Così Corte EDU, sent. Agrati ed altri/Italia, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 549/08, 107/09, 5087/09; Maggio e altri/Italia, sentenza 31 maggio 2011, su cui v. ancora C. DEODATO, *I limiti costituzionali alla spending review ovvero quello che il Governo (e il Parlamento) possono (e non possono) fare per ridurre la spesa pubblica*, cit.

¹¹⁴ Legge 27 dicembre 2006, n. 296, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria per il 2007».

interessi costituzionalmente protetti, non essendo il primo un valore assoluto. L'esito di un tale bilanciamento è stato nel senso di ravvisare la sussistenza, nel suo ruolo di Corte di sistema a differenza della Corte di Strasburgo, Corte dei casi concreti, di quelle «esigenze imperative di interesse generale» che giustificano il sacrificio dell'equo processo, riscontrate in particolare nell'esigenza di razionalità complessiva del sistema finanziario, nell'equità del sistema previdenziale e, soprattutto, nei principi di uguaglianza e proporzionalità¹¹⁵. Così facendo la Corte costituzionale ha mostrato di prendere in considerazione gli effetti sistemici che la legge incriminata produceva sull'ordinamento nazionale generalmente considerato, che non sempre la Corte di Strasburgo è in grado di ravvisare, mostrando di avere contezza del «sistema nazionale di valori nella loro interazione».

Il Giudice delle leggi, nell'escludere la violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, da parte dell'art. 1, comma 218 della legge n. 266 del 2005, ha infatti ritenuto sussistenti i «motivi imperativi d'interesse generale», valorizzati anche dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ed ha evidenziato che la decisione al riguardo implica una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, e, quindi, un bilanciamento di interessi che può essere compiuto solo dalla

¹¹⁵ «5.3. Tuttavia, nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, come dianzi chiarito, anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sent. n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni», così Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264. Sull'argomento, in termini, v. R. GIOVAGNOLI, *Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale: è ancora attuale la teoria dei controlimiti?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 aprile 2022, rielaborazione della relazione tenuta al Convegno “*Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*”, organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, svoltosi il 1° aprile 2022, presso l'Aula di Pompeo di Palazzo Spada.

Corte Costituzionale, nel suo margine di apprezzamento che tradizionalmente si riserva¹¹⁶.

In altra occasione la Consulta è pervenuta a conclusioni simili, in particolare con riferimento al giudizio di costituzionalità dell'art. 1, comma 953 della legge n. 145 del 2018, che ha rivisto gli accordi bilaterali conclusi tra gli operatori del settore e gli enti locali in merito ai proventi economici dell'attività d'impresa, dell'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, facendo concorrere gli importi già erogati e da erogare in favore degli enti locali alla formazione del reddito d'impresa del titolare dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili. Con la sentenza n. 46 del 2021, la Corte costituzionale ha escluso la portata innovativa della norma citata, considerata «sostanzialmente confermativa» delle Linee guida del 2010 sulle convenzioni stipulate in tempi precedenti alla loro entrata in vigore, aggiungendo poi che se anche ne dovesse seguire una ricaduta sui processi in corso ciò sarebbe giustificato da «motivi imperativi di interesse generale», quali, in particolare, la finalità di tutelare il mercato e l'ambiente mediante un «intervento bilanciato di razionalizzazione nel cui contesto è inserita anche la conferma del carattere diacronicamente differenziato della più restrittiva disciplina delle misure compensative e di riequilibrio ambientale dettata dalle Linee guida del 2010», con conseguente esclusione di ogni possibile contrasto con i principi della separazione dei poteri e del giusto processo sanciti dagli artt. 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU¹¹⁷.

Ancora, nel dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni che escludono da alcune provvidenze (bonus bebè e assegno di maternità) gli stranieri extracomunitari non titolari del permesso per soggiornanti Ue di lungo periodo, la Corte costituzionale ha ribadito che è suo compito «assicurare una tutela sistemica, e non frazionata, dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie»¹¹⁸.

¹¹⁶ Principio già affermato da Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, poi ribadito da Corte Cost., 12 luglio 2017, n. 166. Al riguardo v. anche Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 2018, n. 28033.

¹¹⁷ Cfr. sull'argomento Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2022, n. 838.

¹¹⁸ Corte costituzionale, 11 gennaio 2022, n. 54.

L'interesse pubblico che il legislatore e il giudice devono curare, pertanto, non è più il semplice interesse pubblico primario affidato alla cura di ogni amministrazione, ma è l'interesse generale sotteso alla nozione di derivazione europea dei «motivi imperativi di interesse generale». Quest'ultimo dovrebbe divenire sempre più l'oggetto della ricerca del procedimento amministrativo e il risultato dello svolgimento della funzione amministrativa per assicurare un'azione amministrativa che realmente si attagli ai principi del buon andamento e dell'imparzialità, quantomeno nei casi in cui si richiede l'indipendenza dell'azione amministrativa¹¹⁹. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che «Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza»¹²⁰. La stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 52, c. 1, ammette le limitazioni ai diritti in essa contemplati che, «nel rispetto del principio di proporzionalità... siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Ciò non significa ammettere la possibilità per l'amministrazione di «riaffermare una supremazia nel nome dell'interesse pubblico» anche dopo la nascita di diritti e obblighi nel rapporto giuridico tra amministrazione e privato, ciò che è nello «stile e tradizione della nostra amministrazione», che spesso fa uso di «poteri autoritativi anche nei confronti di rapporti paritari». Una volta sorto il rapporto, l'interesse alla salvaguardia delle finanze pubbliche può riemergere solo ove la legge, non sempre peraltro in maniera ragionevole, conferisca espressamente un potere pubblico o negoziale su di esse fondato¹²¹. Questo interesse, tuttavia, ha rappresentato spesso l'obiettivo contingente in

¹¹⁹ A proposito delle Autorità indipendenti e del superamento del perseguimento dell'interesse pubblico specifico da parte di queste ultime, si veda N. LONGOBARDI, *Equivoci in tema di Autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2022, pp. 209 ss.

¹²⁰ Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167.

¹²¹ In questo senso v. D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971, pp. 255 ss. Recentemente il Tar Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228, ha ammesso la possibilità che l'amministrazione modifichi i contratti pubblici per adeguarli alle sopravvenienze determinate dal "Covid-19", anche nella fase che separa l'aggiudicazione alla conclusione del contratto. Ciò al fine di garantire l'equilibrio del sinallagma contrattuale e il sotteso pubblico interesse, in ragione del carattere non assoluto del principio di immutabilità del contratto, che legittima l'utilizzo da parte della p.a. del rimedio della revisione del contratto di cui all'art. 165, c. 6, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici) in presenza di fatti obiettivi che alterino in misura significativa l'equilibrio fissato dal piano economico finanziario (PEF).

nome del quale si è intervenuti frammentariamente in via legislativa sull'attività negoziale della pubblica amministrazione con misure di riduzione della spesa pubblica, senza tuttavia approcciarsi al problema in un'ottica sistematica¹²². Una tale normativa, è stato peraltro rilevato, «avvicina i contratti agli accordi di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990»¹²³.

In particolare, le esigenze finanziarie non possono costituire il fondamento che giustifica l'introduzione di norme di «diritto privato speciale» che limitano la libertà di impresa e, contestualmente, la libertà contrattuale dei privati, incidendo sulla stabilità e certezza dei rapporti contrattuali¹²⁴. I Trattati europei impongono infatti che codeste libertà siano sacrificate solo in nome dei considerati «motivi imperativi di interesse generale»¹²⁵.

Tra i fattori che originano il fenomeno della deriva della specialità vi è spesso la circostanza che le norme di «diritto privato speciale», inizialmente introdotte per ragioni legate a una situazione di crisi contingente, assumono un carattere strutturale in quanto prive di durata prestabilita¹²⁶. Seppure inizialmente connesse alle esigenze di consolidamento dei conti pubblici che ne avevano motivato l'introduzione, le norme in considerazione, una volta smarrito un orizzonte temporale certo, perdono anche questo labile legame. È proprio la mancanza di un arco temporale definito, giustificato da una crisi contingente che le renda norme *una tantum*, che non consente loro di superare lo scrutinio di costituzionalità, in quanto il carattere strutturale delle misure in esame

¹²² A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., p. 354.

¹²³ Così F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013, p. 37, su cui v. criticamente, per le implicazioni sistematiche che si fanno derivare dall'interesse pubblico misurato alla luce della logica del risparmio di risorse pubbliche sulla disciplina dei contratti conclusi con le pubbliche amministrazioni e sulla costruzione della specialità amministrativa che ne deriva, N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021, pp. 140 ss.

¹²⁴ Sulla crisi della fattispecie e l'incalcolabilità delle decisioni giurisdizionali v. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 41 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Soc.*, 2015, pp. 801 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹²⁵ Per un'interpretazione coerente con i principi gerarchicamente superiori, pure facenti parte di un ordinamento diverso anch'esso gerarchicamente superiore, cfr. V. ITALIA, *Considerazioni sulle leggi eccezionali e sulla loro interpretazione estensiva*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2012, pp. 2637 ss.

¹²⁶ Cfr. al riguardo quanto esaminato nel capitolo II in tema di obbligazioni, in particolare par. 5.1.1 e 5.1.3, e quanto si osserva *infra*, nota n. 133.

comprime in maniera irragionevole e sproporzionata i diritti dei privati che si rapportano con le pubbliche amministrazioni¹²⁷.

Alla luce degli effetti sistemici che le norme di «diritto privato speciale» producono, in quanto inducono il legislatore e la giurisprudenza a ravvisare nuove norme dello stesso tenore e, più in generale, una disciplina speciale e a sé stante rispetto a quella di diritto privato per le pubbliche amministrazioni, come si è illustrato esaminando specifici settori in cui è riscontrabile un tale fenomeno, lo scrutinio di legittimità delle norme in considerazione dovrebbe avvenire alla stregua del parametro dei «motivi imperativi di interesse generale». Il diritto privato è di per sé idoneo a tutelare gli interessi generali¹²⁸. Pertanto, benché «l'interprete, pur restando fedele alla chiara lettera della legge, non esaurisce il suo compito nel momento ricognitivo della volontà del legislatore, ma deve accertare se la norma, per la sua interna carica vitale, non abbia obiettivamente maturato un significato ulteriore e diverso dal contesto sociale che la occasionò»¹²⁹, solo i predetti motivi, in via del tutto eccezionale, possono giustificare l'adozione di regole di «diritto privato speciale», in quanto permettono di tener conto del sistema nel suo complesso, avversando la logica del particolarismo¹³⁰. Inoltre, laddove si dovesse aderire alla tesi sopra esaminata che ammette il ricorso all'analogia per le norme eccezionali,

¹²⁷ Per queste considerazioni, sebbene relative a vicende divergenti da quelle qui sviluppate sul «diritto privato speciale», cfr. Corte cost., 23 luglio 2015, n. 178 e 13 luglio 2016, n. 173; TAR Lazo, sez. III *quater*, ordinanza 17 maggio 2022, n. 6223. Sull'argomento v. anche B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 156.

¹²⁸ Cfr. al riguardo T. PERROUD, *Le droit privé est-il l'avenir de l'action publique?*, in *Chemins Publics*, su cui v. S. CASSESE, *Le Casse professionali da enti privati a enti assimilati alla pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2022, p. 439.

¹²⁹ Così Cass. civ., ord. 24 gennaio 2023, n. 2121, che ha rimesso alle Sezioni Unite la questione attinente alla possibilità o meno di interpretare evolutivamente l'art. 230 *bis*, comma terzo, cod. civ., anche al convivente *more uxorio*, che prosegue affermando: «La sensibilità dell'interprete deve, in altri termini, avvertire quali nuove esigenze la legge, sempre col rispetto del senso proprio delle sue parole, è suscettibile di soddisfare nelle mutate condizioni di vita».

¹³⁰ Per un esempio di maggior consapevolezza del giudice amministrativo sulla «tutela sistemica» che deve essere assicurata ai diritti e agli interessi di rango costituzionale v. Cons. St., sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, che, in materia di tutela del patrimonio culturale e promozione dello sviluppo sostenibile, ha affermato: «La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione "totalizzante" come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i due valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo».

l'uso dei motivi in considerazione assicurerebbe altresì quella cautela richiesta da Bobbio nel consentire una tale estensione in presenza della medesima *ratio* di eccezionalità¹³¹.

Talvolta la giurisprudenza si pone in linea con l'approccio sistemico auspicato, avendo ad esempio affermato, benché in diverso ambito, che «la norma in questione [il comma 2 dell'art. 103 del d.l. 18/2020, concernente la proroga delle autorizzazioni all'esercizio di somministrazione di alimenti e bevande], da un lato, risulta avere natura eccezionale, essendo stata introdotta per far fronte ad una situazione emergenziale e come tale non avendo le “caratteristiche” e la finalità di una norma “di sistema”», tanto da escludere la possibilità di una sua applicazione analogica. Dall'altro, «(...) pur cercando di attribuire il più ampio significato ai termini e concetti indicati nell'art. 103, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020, operando un'interpretazione estensiva al massimo grado, (...) il legislatore ha fatto chiaramente riferimento alle sole fattispecie nelle quali vengono in gioco “titoli” aventi una scadenza di efficacia (in tal senso comprendendosi anche lo specifico richiamo ai termini del permesso di costruire), non avendo in alcun modo indicato nel testo i termini o le fattispecie di “decadenza”, queste ultime caratterizzate peraltro, da un'estrema eterogeneità»¹³². Tuttavia la Corte costituzionale, pur mostrando una certa consapevolezza del sindacato sistemico che le compete, come si può evincere dagli esempi considerati¹³³, non sembra averne piena contezza laddove si tratti di

¹³¹ Cfr. *supra*, cap. V, par. 3.

¹³² T.A.R. Venezia, sez. III, 17 gennaio 2023, n. 60.

¹³³ Ancora, si può considerare la sentenza dell'11 novembre 2021, n. 213, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa adottata dal legislatore emergenziale avente ad oggetto la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili. In particolare, è stata censurata l'ulteriore proroga alla normativa in questione, chiarendo che «se l'eccezionalità della pandemia da COVID-19 giustifica, nell'immediato e per un limitato periodo di tempo, la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili (anche perché, in particolare, vi è stato, da parte del legislatore, un progressivo aggiustamento del bilanciamento degli interessi e dei diritti in gioco, nei termini sopra indicati), d'altra parte però questa misura emergenziale è prevista fino al 31 dicembre 2021 e deve ritenersi senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.)». In particolare, si è censurata l'assenza, nell'art. 13, comma 14, del decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, nonché in materia di recesso del Regno Unito dall'Unione europea», convertito, con modificazioni, nella legge 26 febbraio 2021, n. 21, di «adeguati criteri selettivi», quali la restrizione oggettiva dell'ambito di applicazione della proroga della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio e la modulazione nel tempo dei suoi effetti, ciò che ha reso il blocco irragionevole e sproporzionato. Il sacrificio di un diritto costituzionale per essere ragionevole deve essere il frutto di una valutazione di carattere sistematico, quale in tal caso l'eccezionalità della situazione correlata all'emergenza pandemica da COVID-19. Sull'argomento v. G.A. CHIESI, *Una limitazione al diritto di proprietà necessaria ma che ora deve terminare*, in *Guida al Diritto*, n. 47, 11 dicembre 2021, pp. 63 ss. Sull'impiego da parte della Corte

sindacare le norme di «diritto privato speciale», rispetto alle quali prende ancora spesso in considerazione il solo interesse pubblico dell'amministrazione, acriticamente preservato¹³⁴. In tal modo essa finisce per omettere di assolvere ai compiti che le competono in qualità di organo supremo di garanzia istituzionale.

costituzionale dei principi generali per garantire le esigenze di intrinseca armonia e unità del sistema normativo, attraverso la regolamentazione di casi non esplicitamente considerati dal diritto positivo ma reputati meritevoli di tutela in vista del conseguimento del predetto obiettivo di coerenza e razionalità, v. Q. CAMERLENGO, *Il giudice amministrativo e l'analogia*, cit.

¹³⁴ Su cui v. *supra*, capitoli II, III e IV.

CONCLUSIONI

Questo studio ha esaminato il particolare regime normativo che regola spesso le pubbliche amministrazioni quando ricorrono al diritto privato, ovvero il «diritto privato speciale», costituito dall'insieme delle deroghe al diritto privato stabilite per le pubbliche amministrazioni. Esso è stato indicato dalla dottrina come la «seconda via della specialità amministrativa», contrapposta alla «prima via della specialità amministrativa»; quest'ultima è costituita dal tradizionale diritto amministrativo, inteso quale diritto autonomo e distinto dal diritto dei privati, che consiste nell'insieme dei principi e degli istituti relativi all'organizzazione e alla funzione amministrative.

Benché il «diritto privato speciale» governi l'attività della pubblica amministrazione svolta secondo moduli privatistici, è stata evidenziata l'intrinseca natura pubblicistica delle norme che lo compongono, dettate per le sole pubbliche amministrazioni e rette tradizionalmente da una *ratio* funzionalizzatrice, essendo dirette ad assicurare la cura dell'interesse pubblico.

In particolare, si è messa in evidenza la tendenza delle predette norme a dilatare i privilegi della pubblica amministrazione e ad alimentare la proliferazione della specialità, mediante il fenomeno indicato come «fabbrica della specialità». Dalle norme di «diritto privato speciale» si ricavano spesso infatti principi generali, assunti come immanenti nel sistema, alla base dell'elaborazione di altrettante norme di «diritto privato speciale» considerate essenziali per la cura dell'interesse pubblico affidato alle pubbliche amministrazioni. Tuttavia, non di rado queste norme difettano di una effettiva giustificazione e si traducono in meri privilegi della pubblica amministrazione.

A sua volta, la giurisprudenza è stata indotta a desumere dalle norme di «diritto privato speciale» una specialità non scritta in favore delle pubbliche amministrazioni. In molti casi essa applica le norme suddette al di là dei casi espressamente previsti, talvolta per via di un'interpretazione estensiva che tenta di far ricadere la fattispecie non regolata nei confini della norma di «diritto privato speciale», altre volte ricorrendo ad un'applicazione analogica esplicita o mascherata delle stesse, altre volte ancora invocando non meglio precisati principi generali che sottendono un uso non sempre consapevole del ragionamento per *analogia iuris*.

Nei casi più estremi il descritto *modus operandi* ha portato la giurisprudenza e finanche il legislatore a trasformare istituti privatistici, già modificati in funzione delle esigenze pubblicistiche da norme scritte o dal diritto vivente, in veri e propri istituti di diritto amministrativo, collocati nel contesto della «prima via della specialità». In questi casi si è resa manifesta la preannunciata proliferazione della specialità amministrativa in favore delle pubbliche amministrazioni, originata e alimentata da un uso distorto delle norme di «diritto privato speciale». A queste si ricorre spesso in modo abusivo, al di là di quanto sia strettamente necessario e giustificabile ove si assuma uno sguardo sistemico dell'ordinamento giuridico.

Quanto osservato emerge esemplificativamente dall'esame della normativa e del diritto vivente che governa la materia delle obbligazioni della pubblica amministrazione. Si è visto infatti che le numerose norme eccezionali di «diritto privato speciale» previste dal legislatore in questo ambito hanno influenzato il modo di ragionare delle Corti, che hanno finito per subordinare l'applicazione alle obbligazioni della p.a del diritto comune previsto dal codice civile all'accertamento preventivo dell'assenza di norme speciali derogatorie regolative della fattispecie concreta, in una logica che sembra invertire il rapporto tra regola ed eccezione che dovrebbe vigere tra diritto comune e «diritto privato speciale», rendendo, al contrario, residuale l'applicazione dei principi generali delle obbligazioni di diritto comune. Persino il legislatore ha sentito la necessità di riaffermare espressamente, nei confronti dell'amministrazione debitrice, un principio di diritto comune quale quello dell'esatta esecuzione della prestazione dovuta. Ciò ha evidentemente inciso su valori fondamentali del nostro ordinamento giuridico, quali la certezza del diritto e la *par condicio creditorum*, causando disfunzioni generali del sistema.

Parimenti, la materia della responsabilità della pubblica amministrazione è governata da una specialità di origine giurisprudenziale in più casi recepita dal legislatore, che ha così legittimato un diritto vivente attento a salvaguardare le ragioni della spesa pubblica a discapito dei cittadini danneggiati. Si è parlato a tal proposito di «rete di contenimento» della responsabilità civile della pubblica amministrazione, solo in parte parificata a quella del comune cittadino allorquando esercita attività materiale e non fa uso del potere. Anche in questo settore, pertanto, si rinvengono plurimi privilegi della

pubblica amministrazione, che risponde secondo regole sue proprie dei danni cagionati, tanto che il cittadino danneggiato dalla p.a., per ironia della sorte, ha minori probabilità di essere risarcito rispetto al cittadino danneggiato dal *quisque de populo*. Il che appare un'evidente contraddizione, stante l'aspettativa di maggior correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento che ci si attende «da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.)»¹.

Da ultimo, si è esaminato il sistema degli espropri illegittimi. Questa potrebbe legittimamente apparire una materia non avente nulla a che fare con il tema del «diritto privato speciale», essendo l'argomento oggi disciplinato dall'art. 42-*bis* del Testo unico in materia edilizia mediante l'istituto dell'acquisizione sanante. Si tratta di uno strumento che consente alla pubblica amministrazione di realizzare un esproprio *uno actu*, rimediando alla precedente illegittimità o mancanza del procedimento espropriativo con effetti solo per il futuro. Tuttavia, si è scelto di esaminare questo tema proprio per dimostrare la degenerazione a cui può portare l'elaborazione di un «diritto privato speciale» per via giurisprudenziale, privo di fondamento positivo. Infatti, l'istituto richiamato trova le sue origini nelle figure dell'occupazione acquisitiva e usurpativa, nate quali deviazioni dell'istituto privatistico dell'accessione invertita ideate dal diritto vivente per favorire la pubblica amministrazione autrice di espropri illegittimi e superate dalla nostra giurisprudenza grazie all'intervento delle Corti europee. Ciò nondimeno, le predette figure riconducibili alla «prima via della specialità amministrativa» sono state trasformate e radicate permanentemente nel nostro sistema tramite la codificazione di un istituto di diritto pubblico qual è l'acquisizione sanante, che appartiene dunque alla «seconda via della specialità amministrativa», il diritto amministrativo *tout court*. Ciò dimostra quanto l'elaborazione di una specialità collocata nel contesto del diritto privato possa portare ad alimentare la specialità propriamente pubblicistica nel nostro ordinamento, nel caso di specie anche non assicurante una piena ed effettiva tutela delle ragioni proprietarie garantite dal diritto comune.

¹ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale delinea pertanto un'amministrazione che, quando impiega il diritto privato, non riesce propriamente a fuoriuscire dalla logica del diritto pubblico, in quanto non si colloca nel diritto privato come qualsiasi altro privato, ma contamina con la sua pubblicità tale ramo dell'ordinamento giuridico, in una continua commistione tra pubblico e privato. Le deroghe al diritto privato a cui corrispondono le norme di «diritto privato speciale» negano a monte l'ipotetica adozione del paradigma civilistico, modificato in senso pubblicistico mediante previsioni speciali. Si è messo in evidenza che il pericolo di arbitrio che si cela dietro le norme di «diritto privato speciale», dovuto alla mancanza di un chiaro criterio che giustifichi l'introduzione delle medesime, svela l'anima autoritativa di queste ultime, che, anche laddove giustificate dal perseguimento dell'interesse pubblico, difficilmente sono in grado di esprimere l'anima garantista di cui il diritto amministrativo è oramai portatore.

Gli effetti prodotti dalle norme di «diritto privato speciale» sono dunque sistemici e dotati di ricadute imprevedibili sull'intero ordinamento giuridico. La convergenza delle «due vie della specialità amministrativa», attesa la tendenza delle norme di «diritto privato speciale» ad alimentare il diritto amministrativo *tout court*, è dovuta in gran parte alla funzionalizzazione dell'attività privatistica della pubblica amministrazione, oggi pacificamente irrinunciabile, ma anche ad una mitizzazione del dogma dell'interesse pubblico di natura puntiforme. Spesso questo viene richiamato in combinazione con le esigenze di contenimento della spesa pubblica, dimenticando così l'interesse generale, affidato alla cura del giudice e del legislatore, che solo assicura la razionalità del sistema e la certezza del diritto.

Per frenare l'illustrata deriva della specialità sono stati proposti due rimedi.

Il primo, rivolto prioritariamente all'autorità giurisdizionale, è quello di ricondurre il «diritto privato speciale» alla categoria del diritto eccezionale insuscettibile di applicazione analogica. In particolare, si è sottolineato che le norme di privilegio che si ravvisano nella predetta categoria configurano uno *ius singulare*, per definizione non applicabile ai casi non espressamente previsti dalle predette norme. Le norme di «diritto privato speciale» sono infatti norme a fattispecie esclusiva, tassativizzanti, dotate di una

ratio unica ed eccezionale non rinvenibile in fattispecie diverse. Elevare le stesse norme a principi generali applicabili all'intera attività privatistica della p.a., come spesso fa la giurisprudenza ricorrendo ad un'analogia *legis* mascherata sul presupposto di un'asserita *eadem ratio* o persino ad un'analogia *iuris*, rischia di far saltare il sistema, pregiudicando la certezza del diritto e dando adito ad arbitri incontrollabili che privano il cittadino di tutela.

Il secondo, rivolto prioritariamente al legislatore e in seconda battuta alla Corte costituzionale, è quello di proporre un criterio giustificativo del «diritto privato speciale» diverso dall'interesse pubblico specifico e puntiforme curato da ciascuna amministrazione. Attesi gli effetti sistemici delle norme di «diritto privato speciale» illustrati, si è infatti sentita l'esigenza di apporre un freno alla proliferazione della specialità giustificando l'introduzione delle predette norme alla luce di un criterio a sua volta rispondente a una visione sistemica dell'ordinamento giuridico, quali sono i «motivi imperativi di interesse generale» tipici dell'ordinamento eurounitario. Solo tenendo conto dell'interesse generale sotteso a questi ultimi è possibile infatti distinguere le norme di «diritto privato speciale» che meritano di essere introdotte nel nostro ordinamento da quelle che meritano al contrario di essere censurate dalla Corte garante della costituzionalità delle leggi. Avversando la logica del particolarismo e l'approccio casistico affidato alla discrezionalità giudiziaria, priva di parametri tipizzati e determinati e perciò difficilmente censurabile, si è cercato di prediligere uno sguardo sistemico dell'ordinamento che assicuri un più efficace perseguimento della certezza del diritto, dell'effettività della tutela giurisdizionale e della parificazione dei cittadini con l'amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

- ACCROGLIANÒ, R., *Una particolare applicazione della disciplina in tema di indebito soggettivo ex latere solventis*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1, 2002, pp. 218 ss., *Nota a Tribunale Casale Monferrato, 21 ottobre 2000*
- ALESSI, R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953
- ALESSI, R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956
- ALLARA, M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999
- ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLENNA, M., *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2006, pp. 105 ss.
- ALPA, G., *Autonomia privata ed applicazione delle norme civilistiche ai contratti pubblici*, in (a cura di) STANZIONE, P., SATURNO, A., *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006
- AMANTE, E., *L'Adunanza Plenaria espunge la rinuncia abdicativa implicita dall'acquisizione sanante*, in *Urb. e app.*, 2020, 3, pp. 361 ss.
- AMATO, G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967
- AMATO, G., CLEMENTI, F., *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, 2006
- AMORTH, A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, pp. 315 ss.
- ANELLI, C., *Pubblico e privato in materia di contratti dello stato e degli enti pubblici*, in *Cons. di Stato*, 1966, II, pp. 341 ss.
- ANNUNZIATA, M., *Ancora sugli effetti della costruzione di un'opera pubblica sul terreno privato abusivamente occupato*, in *Giust. civ.*, 1987, I, pp. 1662 ss.
- ANNUNZIATA, M., *Dubbi e incertezze sull'assetto della proprietà nell'occupazione seguita da costruzione di opere pubbliche*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1987, I, 2, pp. 610 ss.
- ANTONELLI, V., *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in (a cura di) RENNA M., MARCHETTI, B.) *La giuridificazione, A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana, Studi*, Vol. III –, Firenze, 2016, pp. 73 ss.
- ANTONIAZZI, S., *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010
- ARENA, G., *Il segreto amministrativo – Profili storici e sistematici*, I, Padova, 1983
- ARTARIA, R., BARILA', E., *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante secondo la Corte costituzionale*, in *Urb. e appalti*, 2015, pp. 779 ss.

- ASTONE, F., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999
- AULETTA, A., *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 10 ottobre 2011
- AVANZINI, G., *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007
- AVANZINI, G., *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, pp. 261 ss.
- BACCARINI, S., *Il Consiglio di Stato tra divieto di analogia nelle norme eccezionali e interpretazione creativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1, pp. 87 ss.
- BALDASSARRE, A., voce *Proprietà (dir. costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 5 ss.
- BARATTA, A., *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 1962, pp. 569 ss.
- BARDUSCO, A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974
- BARETTONI ARLERI, A., *Miti e realtà nei principi della contabilità pubblica*, Milano, 1986
- BARILÀ, E., *Restituzione o acquisizione coattiva? Sui poteri del commissario «ad acta» per l'esecuzione dei giudicati relativi alle espropriazioni illegittime*, in *Foro it.*, 2016, III, pp. 185 ss.
- BARTOLACELLI, A., *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in *Giur. comm.*, 2018, II, pp. 428 ss.
- BARTOLINI, A., PIOGGIA, A., *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in (a cura di) RENNA, M., SAITTA, F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012
- BASSO, A.M., *La P.A. deve pagare la prestazione non contrattualizzata se non l'ha rifiutata*, in *Dir. e Giust.*, 21, 2015, pp. 125 ss., *Nota a Cassazione civile, Sez. Un.*, 26 maggio 2015, n.10798
- BATTINI, S., *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008
- BAUMAN, Z., *Modernità liquida. Prefazione*, Bari, 2002

- BELLIN, M., *Rinuncia abdicativa e acquisizione sanante*, in *Aziendaitalia*, 2020, 6, pp. 1017 ss.
- BENATTI, F., *Principio di buona fede e obbligazione tributaria (appunti per una discussione)*, in *Studi per Capaccioli*, Milano, 1988
- BENEDETTI, A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999
- BENEDETTI, A., *Obbligazioni della pubblica amministrazione*, in (a cura di) CASSESE, S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, IV
- BENETAZZO, C., *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016
- BENIGNI, A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo «boccia» l'occupazione appropriativi*, in *Urb. e appalti*, 2001, pp. 283 ss.
- BENNATI, A., *Manuale di contabilità dello Stato*, Napoli, 1990
- BENVENUTI, F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'ammin.*, 1978, pp. 6 ss.
- BENVENUTI, F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987
- BENVENUTI, F., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1998, pp. 523 ss.
- BERGAMINI, E., *Libere professioni, servizi e concorrenza. Norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *Dir. del Comm. Int.*, 1, 1 marzo 2019, pp. 14 ss.
- BEROUJON, F., *Evolution du droit administratif: avancé vers la modernité ou retour aux temps modernes?*, in *R.f.d.a.*, 2008, pp. 449 ss.
- BERTI, G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968
- BERTI, G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, pp. 437 ss.
- BERTI, G., *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1994
- BERTI, G., *Diritto Amministrativo. Memori e argomenti*, Padova, 2008
- BERTONAZZI, L., *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo*, in (a cura di) SASSANI B., VILLATA, R., *Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, pp. 937 ss.
- BERTONAZZI, L., *Scia e tutela del terzo nella sentenza della corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, pp. 711 ss.

- BETTI, E., voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. It.*, pp. 900 ss.
- BIANCA, C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1997
- BIANCA, C.M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 2019
- BIANCHI, F., *Corso di diritto civile italiano. Principii generali sulle leggi*, Torino, 1888
- BIFULCO, D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003
- BIN, R., *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017 (2004)
- BINGHAM, T., *The Rule of Law*, Londra, 2011
- BLANCO, L., *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in *Storia costituzione amministrazione. Annale ISAP*, II, 1994, pp. 259 ss.
- BLASINI, A., *Principio di legalità e capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 2018, pp. 399 ss.
- BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938
- BONA, C., PARDOLESI, R., *Rinuncia abdicativa, abdicazione della giustizia?*, in *Foro it.*, 2020, III
- BONFANTE, P., SRAFFA, A., *Lo Stato contraente e lo Stato legislatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, pp. 437 ss.
- BORSI, U., *L'esecutorietà dell'atto amministrativo*, Torino, 1901
- BORSI, U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1932
- BOSCIA, C., *L'irragionevolezza del termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a.*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 9, 2017
- BOZZO, A., *Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta dal Consiglio di Stato nel 1966*, in *Foro amm.*, 1967, III, pp. 325 ss.
- BRECCIA, U., *L'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto privato*, (a cura di) RESCIGNO, P., Torino, 1984, vol. 9, pp. 849 ss.
- BRUNO, F., *L'espropriazione sostanziale nell'evoluzione interpretativa della giurisprudenza di legittimità e merito*, in *Giust. civ.*, 1993, II, pp. 6 ss.
- BRUTI LIBERATI, E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996

BUFFONE, G., *L'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del T.U.E.*, in (a cura di) RUSCICA, S., *L'espropriazione per pubblica utilità*, Varese, 2012

BUSNELLI, F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, già in *Danno e responsabilità*, 1997, pp. 272 ss., ora ripubblicato in BUSNELLI, F.D., PATTI, S., *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003, pp. 173 ss.

BUSNELLI, F.D., *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pp. 335 ss.

CACCIAVILLANI, I., *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, pp. 512 ss.

CAIANI, L., voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958

CAMERLENGO, Q., *Il giudice amministrativo e l'analogia*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, pp. 1075 ss.

CAMMEO, C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1954

CAMMEO, F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Milano, 1911

CAMMEO, F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Firenze, 1911/1914, ristampa Padova, 1992

CANDIAN TAGLIAVINI, A., *Ancora in tema di occupazione illegittima di immobili privati da parte della p.a.: un ripensamento critico della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1987, pp. 612 ss.

CANGELLI, F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione sugli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2, 2000, pp. 277 ss.

CANNADA BARTOLI, E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Del dir. XXII*, Milano, 1972, pp. 1 ss.

CANTUCCI, M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941

CAPPONI, B., *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, V ed., Torino, 2017

CARANTA, R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993

- CARANTA, R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, pp. 3201 ss.
- CARANTA, R., *Giusto procedimento ed espropriazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 162 ss.
- CARANTA, R., FERRARIS, L., RODRIQUEZ, S., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005
- CARBONE, V., *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, pp. 165 ss.
- CARCATERRA, G., voce *Analogia I) teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.
- CARINGELLA, F., *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali. Nota a sentenza, Cass. civ. Sez. Unite, 5 dicembre 1995, n. 12523*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 3, 1 marzo 1996
- CARLOTTI, G., *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustiziaamministrativa.it
- CARNELUTTI, F., *Infortuni sul lavoro*, vol. I, Roma, 1913
- CARNELUTTI, F., *Legittimazione a contrarre*, in *Riv. di dir. comm.*, 1935, I, pp. 502 ss.
- CAROCCIA, R., *Risarcimento dell'interesse legittimo. Chance, tutela dell'affidamento e regole di validità e responsabilità*, Torino, 2022
- CARPENTIERI, P., *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Il Foro amm. - TAR – 2005*, pp. 2652 ss.
- CARRIERO, G., *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6-bis sub art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, pp. 221 ss.
- CARTEI, G.F., *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia, nota a Corte di Giustizia delle Comunità Europee; sentenza 5 marzo 1995, cause riunite C-46/93 e C-48/93*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1996, pp. 733 ss.
- CASSETTA, E., *L'illecito negli enti pubblici*, Torino, 1953
- CASSETTA, E., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. Pubbl.*, 1997, vol. XIII, pp. 210 ss.
- CASSETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano, 2007

CASSATELLA, A., *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. Amm.*, 2, 1 giugno 2021, pp. 335 ss.

CASSESE, S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1968

CASSESE, S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1969, pp. 413 ss.

CASSESE, S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971

CASSESE, S., *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 331 ss.

CASSESE, S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983

CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995

CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo. Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, pp. 579 ss.

CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo. Lo Stato introvabile*, Roma, 1998

CASSESE, S., *La costruzione del diritto amministrativo*, in (a cura di) CASSESE, S., *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003

CASSESE, S., *Le basi del diritto amministrativo Le Casse professionali da enti privati a enti assimilati alla pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2022, pp. 438 ss.

CASTRONOVO, C., *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, pp. 647 ss.

CASTRONOVO, C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, pp. 1268 ss.

CASTRONOVO, C., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, pp. 637 ss.

CATAUDELLA, A., *Inadempimento della Pubblica Amministrazione nelle obbligazioni pecuniarie e tutela dell'appaltatore*, in *Il corrispettivo nell'appalto di opere pubbliche. Atti convegno CERISOP*, Roma, 17-18 ottobre 1984, Milano

CAVALLO PERIN, R., *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Annuario AIPDA 2011*, Napoli, 2012, pp. 265 ss.

CENDON, P., *Commentario al Codice civile*, Milano, 2002

CERBO, P., *Profili di costituzionalità della cd. acquisizione sanante*, in *Urb. app.*, 2009, pp. 203 ss.

CERULLI IRELLI, V., *Corso di diritto amministrativo*, ed. III, Torino, 1994

CERULLI IRELLI, V., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti Guarino*, I, Padova, 1998, pp. 565 ss.

CERULLI IRELLI, V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 3 ss.

CERULLI IRELLI, V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna*, 4, 2005

CERULLI IRELLI, V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, ed. XVI, Torino, 2008

CERULLI IRELLI, V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

CERULLI IRELLI, V., *Considerazioni introduttive alla seconda giornata di convegno*, in *Annuario AIPDA 2013*, Milano, 2014, pp. 199 ss.

CERULLI IRELLI, V., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019

CERULLI IRELLI, V., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in *Dir. e proc. amm. Quaderni*, 30. *Giornate di studio in onore di Enrico Follieri. Atti del Convegno Lucera, 22-23 giugno 2018*, Napoli, 2019, pp. 229 ss.

CHEVALLIER, J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970

CHIEPPA, R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, pp. 683 ss.

CHIEPPA, R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6, 2009, pp. 1319 ss.

CHIEPPA, R., GIOVAGNOLI, R., *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2022

CHIESI, G.A., *Una limitazione al diritto di proprietà necessaria ma che ora deve terminare*, in *Guida al Diritto*, n. 47, 11 dicembre 2021, pp. 63 ss.

CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933

CHIRULLI, P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005

CHITI, M.P., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, pp. 3 ss.

CIANFLONE, A., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1988

CICERO, C., ASTUTI, G., *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea: raccolta di scritti*, (a cura di) DIURNI, G., Napoli, 1984, vol. II, pp. 722 ss.

CICERO, C., *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*, in *Il Corriere giuridico*, 12, 2016, pp. 1510 ss.

CICERO, C., *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019

CINTIOLI, F., *I danni risarcibili nella giurisdizione di legittimità: presupposti e condizioni. (L'alternativa tra provvedimento e attività amministrativa)*, in *Giustamm.it*, 12, 2005

CIOFFI, A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 4, pp. 797 ss.

CIOFFI, A., *Emergenza e teoria della necessità. Il caso del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in (a cura di) PALMIERI, G., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post covid-19*, Napoli, 2020, II, pp. 941 ss.

CIRILLO, G.P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001

CIRILLO, G.P., *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018

CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997

CIVITARESE MATTEUCCI, S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubb.*, 2, 2003, pp. 447 ss.

CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019

COFRANCESCO, G., *Le opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1992

COLALUCA, C., *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Diritto e società*, 1998, pp. 6 ss.

COLAPIETRO, C., *La terza generazione della trasparenza amministrativa (dall'accesso documentale, all'accesso generalizzato passando per l'accesso civico)*, Napoli, 2016

- COLAVECCHIO, A., *Privatizzazioni e principio di sussidiarietà dell'azione statale nei settori produttivi: dai "privilegi" dell'attività economica pubblica alla libertà di concorrenza*, in (a cura di) ROVERSI MONACO, F., *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni, Atti del Convegno per il 40° della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995*, Rimini, 1997, pp. 343 ss.
- COMBA, M., *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in (a cura di) ZAGREBELSKY, G., *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, 2002, pp. 153 ss.
- COMPORITI, G.D., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, pp. 663 ss.
- COMPORITI, G.D., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2014, pp. 746 ss.
- COMPORITI, M., *L'occupazione illegittima di immobili da parte della p.a. fra la disciplina della proprietà e quella dell'illecito*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1981, II, pp. 177 ss.
- CONDOJANNI, S.M.D., *Cessione di credito e pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2005, pp. 1285 ss.
- CONTI, R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006
- COPPA ZUCCARI, P., *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915
- CORSO, G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1981, pp. 755 ss.
- CORTESE, F., *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la "nuova" responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, pp. 968 ss.
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale II*, I ed., Padova, 1962
- CRISAFULLI, V., *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 131 ss.
- CUDIA, C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008
- D'ALBERTI, M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981

D'ALBERTI, M., *Diritto amministrativo e principi generali*, in (a cura di) D'ALBERTI, M., *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010

D'ALBERTI, M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019

D'ALBERTI, M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2021

D'ALESSIO, F., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Torino, 1932

D'ORSOGNA, D., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in (a cura di) SCOCA, F.G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2011

DANZA, R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, in *Giur. merito*, 2, 1999, pp. 449 ss.

DE CUPIS, A., *Accessione invertita*, in *Giust. civ.*, 1983, pp. 333 ss.

DE GIOANNIS GIANQUINTO, G., *Corso di diritto pubblico amministrativo: professato nella regia università di Pisa*, vol. 2, Firenze, 1879

DE GIORGI, M., *L'indebito oggettivo nel pubblico impiego. Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 settembre 1996, n.1255*, in *Foro Amm.*, 5, 1997, pp. 1434 ss.

DE LAUBADÈRE, A., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1963

DE LUCA, N., GENTILE, A., SCHIAVOTTIELLO, F., *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Società*, 2018, pp. 5 ss.

DE LUCIA, L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, pp. 87 ss.

DE MARI, M., *I nuovi poteri della Consob e la vigilanza sull'attività d'intermediazione mobiliare*, in *Società*, 2009, pp. 846 ss.

DE MARZO, G., *Occupazione appropriativa e principio di legalità. La rinascita dell'acquisizione sanante dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2727 ss.

DE NICOLA, C., *Fungibilità della tutela costitutiva e risarcitoria al vaglio del principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2021, pp. 235 ss.

DE NICOLA, C., *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, pp. 917 ss.

DE NICTOLIS, R., *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 dicembre 2019

DE ROBERTO, A., SCHINAIA, M.E., *Il Consiglio di Stato*, in (a cura di) LABRIOLA, S., *Valori e principi del regime repubblicano*, 3, *Legalità e garanzie*, Roma-Bari, 2006

- DE SALVIA, M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001
- DE SANTIS, S., *L'irragionevole «razionalizzazione» della finanza pubblica e il risarcimento dei danni da occupazione illegittima. Nota a Corte appello Reggio Calabria, 27 gennaio 1997*, in *Giust. Civ.*, fasc. 7, 1997, pp. 1945 ss.
- DE TOCQUEVILLE, A., *L'Ancien régime et la révolution*, Paris, 1856
- DELLA CANANEA, G., *Lo Stato debitore e il diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2002, pp. 341 ss.
- DEODATO, C., *I limiti costituzionali alla spending review ovvero quello che il Governo (e il Parlamento) possono (e non possono) fare per ridurre la spesa pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it e in *Giustamm.it*, 1.07.2014
- DI CAGNO, A., *La rinuncia abdicativa in favore dell'amministrazione nell'ambito delle occupazioni illegittime*, in *Urb. e app.*, 2020, 1, pp. 99 ss.
- DI MAJO, A., *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. IV*, disc. priv., sez. civ., vol. XVII, Torino, 1998, pp. 36 ss.
- DI MAJO, A., *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 1376 ss.
- DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001
- DIPACE, R., *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 1 dicembre 2020, pp. 903 ss.
- DOMENICHELLI, V., *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"? Alcune riflessioni critiche*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 194 ss.
- DONATI, D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1907, in ID., *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966
- DUGATO, M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, Cambridge, 1977, ristampa it. Bologna, 2010
- ELIA, L., *Forme di Stato e forme di governo*, in CASSESE, S., *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- ESPOSITO, C., *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954

FABRI, A., *La ragionevolezza del termine di decadenza per la proposizione della domanda risarcitoria*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 9, 2017

FALCON, G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984

FALCON, G., *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.

FALCON, G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, pp. 241 ss.

FALZONE, A., *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960

FANTI, V., *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo sotto il profilo dell'integrità patrimoniale lesa*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 9, 2017

FEDERICO, A., *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *www.questionegiustizia.it*, 4, 2016

FERRARA, L., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 3, pp. 11 ss.

FERRARA, R., *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985

FERRARA, R., *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 2, 1997, pp. 225 ss.

FERRARA, R., *Procedimento amministrativo e partecipazione: appunti preliminari*, in *Foro it.*, 2000, III, pp. 27 ss.

FERRARA, R., *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Roma-Bari, 2011

FIorentino, F., *Segnaletica stradale e profili di responsabilità civile dell'ente inadempiente: l'evoluzione giurisprudenziale ed un auspicio di riforma*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 6, 2017, pp. 1984 ss.

FOLLIERI, E., *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi. Relazione al 43° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna 18-20 settembre 1997*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, pp. 253 e ss.

FOLLIERI, E., *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in (a cura di) E. FOLLIERI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, pp. 235 ss.

FOLLIERI, E., *Il modello di responsabilità per lesione d'interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, pp. 18 ss.

FOLLIERI, E., *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 6, 2012, pp. 689 ss.

FOLLIERI, E., *Il rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, 2017

FOLLIERI, E., *Gli esigui spazi della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Giustamm.it*, 5, 2019

FOLLIERI, E., *Rilettura di Lorenzo Meucci*, Milano, 2020

FOLLIERI, E., *Relazione generale al Dottorato "Diritto Amministrativo in trasformazione" (7° modulo, anno accademico 2020/2021). Università L'Aquila, 25 maggio 2021/2021 - Seminario sul Libro di N. LONGOBARDI "Il declino italiano" Passigli Editore 2021*, in *Giustamm.it*, 26 maggio 2021

FOLLIERI, E., *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022

FOLLIERI, F., *Correttezza (richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2014, pp. 265 ss.

FORNACIARI, M., *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell'atto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 2009, pp. 334 ss.

FORTI, U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, Torino, 1900

FORTI, U., *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1931

FRACANZANI, M.M., *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, pp. 185 ss.

FRACCHIA, F., *Giurisdizione esclusiva, servizio pubblico e specialità del diritto amministrativo*, in *Foro it.*, 2000, III, pp. 368 ss.

FRACCHIA, F., GILI, L., *Ordinamento dell'Unione Europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013

FRANCHINI, C., *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1962, pp. 35 ss.

FRANCHINI, C., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in (a cura di) ID., *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007

FRANCO, I., *Il fermo amministrativo dei veicoli a motore nella normativa fiscale sulla riscossione*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2003, pp. 2105 ss.

FRANCO, I., *Il riparto di giurisdizione in tema di acquisizione sanante anche dopo l'art. 42 bis t.u. n. 327/2000*, in *Urb. e app.*, 3, 2013, pp. 317 ss.

FUOCO, B.E.G., *L'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, in www.lexitalia.it

G. FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957

GAETANI, C., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimento legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Giustamm.it*, 9, 2015

GALETTA, D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale del diritto amministrativo*, Milano, 1998

GALETTA, D.U., *Open-Government, open-data e azione Amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, pp. 664 ss.

GALGANO, F., *Delle persone giuridiche*, 2° ed., in (a cura di) GALGANO, F., *Commentario del codice civile. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, sub art. 11

GALLO, A., *Usucapione della p.a. e prospettive di tutela del privato*, in *Il foro Amm. – C.d.S.*, 2013, pp. 3563 ss.

GALLONE, G., *Stabilità giuridica, rapporto amministrativo e risarcimento del danno: "il re è nudo"*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 9, 2017

GAMBARO, A., *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, pp. 389 ss.

GAROFOLI, R., *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *Nel diritto.it*, 2009, pp. 1338 ss.

GARRI, F., voce *Fermo amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, 1989

GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, XIX ed., Napoli, 2019

GIACCHETTI, S., *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, c. 1 bis, della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in (a cura di) STANZIONE, P., SATURNO, A., *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006

GIAGNONI, L., *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'Adunanza Plenaria in Urb. e App.* 2018, pp. 363 ss.

GIANI, L., *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005

GIANNINI, M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939

GIANNINI, M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, ora in ID., *Scritti*, I, Milano, 2000

GIANNINI, M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, parte I, 1941, parte II, 1942

GIANNINI, M.S., *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1941, ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002

GIANNINI, M.S., *Diritto speciale, legge speciale, norma speciale*, in *Foro it.*, III, 1943, pp. 74 ss.

GIANNINI, M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1950

GIANNINI, M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, pp. 988 ss.

GIANNINI, M.S., *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962

GIANNINI, M.S., *I beni pubblici*, Roma, 1963

GIANNINI, M.S., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964

GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, I e II, Milano, 1970

GIANNINI, M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, pp. 478 ss.

GIANNINI, M.S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, ora in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 179 ss. e in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, pp. 79 ss.

GIANNINI, M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981

GIANNINI, M.S., *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, pp. 722 ss.

GIANNINI, M.S., *Codice civile e diritto pubblico*, (1993), in ID., *Scritti*, IX, Milano, 2006

GIARDINO, E., *Dall'accessione invertita all'acquisizione provvedimentoale*, Nota a T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, sentenza 6 novembre 2012, n. 9052, in *Gior. dir. amm.*, 10, 2013, pp. 979 ss.

GIORGIANNI, M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 391 ss.

GIOVAGNOLI, R., *Rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale: è ancora attuale la teoria dei controlimiti?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 aprile 2022

GISONDI, R., *Condanna alla restituzione dell'area illegittimamente occupata ed acquisizione sanante: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, febbraio 2016, pp. 434 ss.

GISONDI, R., *Sovrapposizione di giurisdizioni e di giudicativi sulla legittimità delle procedure espropriative*, in *Urb. app.*, 7, 2014, pp. 769 ss.

GIULIETTI, W., *La tutela nelle occupazioni illegittime tra diritto sostanziale e riparto di giurisdizione*, Nota a Consiglio di Stato, 09 luglio 2002, n.3819, sez. IV, in *Foro amm. CDS*, fasc. 2, 2003, pp. 550 ss.

GNES, M., *I privilegi dello stato debitore*, Milano, 2012

GRECO, G., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986

GRIMALDI, C., *La nozione di funzionario di fatto: presupposti e limiti*, in (a cura di) CAVALLO, B., *Il funzionario di fatto*, Milano, 2005

GROTARELLI DE' SANTI, G., *Profili costituzionali dell'irretroattività delle leggi*, Milano, 1975

GRUNER, G., *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009

GUARINO, G., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nella disciplina delle imprese*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, II ed., Milano, 1970

GUARINO, G., *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977

GUARINO, G., *L'uomo istituzione*, Bari, 2005

GUELI, V., *Il «diritto singolare» e il sistema giuridico*, Milano, 1942

GUICCIARDI, E., *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1935

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif*, Paris, 1892

- HAURIOU, M., *La gestion administrative: étude theorique de droit administratif*, Parigi, 1900
- HAURIOU, M., *Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 51, 1921-22, pp. 236 ss.
- HOPPER, J., *De iuris arte*, Lovanio, 1553, pubblicata in T.U.J., t. I, cc. 81-103
- IAIONE, F.C., *Le occupazioni illegittime tra espropriazione e usurpazione. Nota a Cassazione civile, 18 febbraio 2000, n. 1814, sez. I*, in *Giust. civ.*, fasc. 10, 2000, pp. 2655 ss.
- IANNARELLI, A., *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in (a cura di) MACARIO, F., MILETTI, E M.N., *La funzione sociale nel diritto privato tra xx e xxi secolo*, Roma, 2017
- IANNOTTA, L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2006, pp. 353 ss.
- INZITARI, B., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria quale manovra sulla domanda: il pagamento dei debiti arretrati della p.a.*, in *Riv. dottori comm.*, 4, 2013, pp. 817 ss.
- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, ed. IV, Milano, 1999, (1979)
- IRTI, N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 41 ss.
- IRTI, N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 36 ss.
- IRTI, N., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Soc.*, 2015, pp. 801 ss.
- IRTI, N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.
- IRTI, N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- IRTI, N., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 917 ss.
- IRTI, N., *La stanchezza di obbedire a regole mutevoli e oscure*, in *IlSole24Ore.it*, 10 gennaio 2022
- ITALIA, V., *Le leggi speciali*, Varese, 1983
- ITALIA, V., *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990
- ITALIA, V., *Considerazioni sulle leggi eccezionali e sulla loro interpretazione estensiva*, in *Foro amm. TAR*, 7-8, 2012, pp. 2637 ss.

IUDICA, G., *Profili ricostruttivi e differenziali della motivazione «rafforzata» e «analitica»*, in *Foro Amm. (II)*, 6, 1 giugno 2020, pp. 1313 ss.

JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Parigi, 1954

KRAMER, E.A., *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 4, pp. 980 ss.

KRYNEN, J., *L'État de justice. France, XIIIe-XXe siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, Paris, 2012

LABAND, P., in *Besprechung* di MAYER, O., *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Strassburg, 1886, in «Archiv des öffentlichen Rechts», II, (1887)

LARNAUDE, F., *Le droit public. Sa conception. Sa méthode*, in *Les Méthodes juridiques*, Parigi, 1911

LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, Parigi-Bruxelles, 1876, vol. XX, trad. it., *Principi di diritto civile*, Milano, 1898, vol. XX

LAVIOLA, F., *La decisione politica science-based e il ruolo del Comitato tecnico-scientifico nella gestione dell'emergenza Covid-19 tra arbitrarie pretese di segretezza e riaffermazione del diritto alla trasparenza*, in *Federalismi.it*, 11 agosto 2021, n. 20, pp. 127 ss.

LAZARI, A., *Lotta contro le immunità o contro i mulini a vento? Profili comparatistici della responsabilità oggettiva dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2, 1998, pp. 315 ss.

LAZZARA, P., *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.-CdS*, 2009, pp. 190 ss.

LAZZARO, G., *Argomenti dei giudici*, Torino, 1970

LEDDA, F., *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1982

LEDDA, F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1997, II, pp. 1561 ss.

LEDDA, F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002

LEONE, G., *Un nuovo modo di acquisto della proprietà: l'atto di acquisizione in assenza di un valido procedimento ablatorio (art. 43 del T.U. 8 giugno 2001 n. 327, delle*

disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), in *Riv. Giur. dell'Ed.*, 2001, 6, pp. 239 ss.

LEONI, B., *La libertà e la legge*, Macerata, 1995

LEVI, F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967

LIGUORI, F., *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2003

LIGUORI, F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, 2000

LOMBARDI, *L'amministrazione pubblica e il divieto di arricchimento senza causa*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, pp. 119 ss.

LONGOBARDI, N., *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino, 1999

LONGOBARDI, N., *La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *Giustamm.it*, 5, 2005

LONGOBARDI, N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009

LONGOBARDI, N., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 871 ss.

LONGOBARDI, N., *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 41 ss.

LONGOBARDI, N., *Itinerari della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3, 2013, pp. 687 ss.

LONGOBARDI, N., *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2013, pp. 603 ss.

LONGOBARDI, N., *Autorità amministrative indipendenti*, voce in *Enc. Treccani.it.*, 2014

LONGOBARDI, N., *I pagamenti delle pubbliche amministrazioni. Lo Stato debitore fra diritto comune e diritto speciale*, in *Giustamm.it*, 2014

LONGOBARDI, N., *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in (a cura di) LONGOBARDI, N., *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, pp. 133 ss.

LONGOBARDI, N., *Il diritto amministrativo in trasformazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2017, pp. 1605 ss.

- LONGOBARDI, N., *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm., Quaderni*, 30, I, 2018, pp. 181 ss.
- LONGOBARDI, N., *Quando l'amministrazione si avvale del diritto privato. Le indicazioni di Antonio Amorth*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2018, pp. 1071 ss.
- LONGOBARDI, N., *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze, 2021
- LONGOBARDI, N., *Equivoci in tema di Autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2022, pp. 209 ss.
- LORENZONI, L., *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018
- LORENZONI, L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1 marzo 2020, pp. 235 ss.
- LUCATTINI, S., *Lo Stato debitore*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 4, 2014, pp. 977 ss.
- LUCIANI, M., *Corte Costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 1345 ss.
- LUCIFREDI, R., *Diritto amministrativo*, vol. I, Genova, 1968
- LUISO, F.P., *Diritto processuale civile, III, Il processo esecutivo*, Milano, 2015
- MACCHIA, M., *Cessione del credito, privilegi dello Stato debitore e tutela dei diritti economici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2022, pp. 174 ss.
- MACRÌ, G., *Corso di diritto amministrativo*, Messina, 1878
- MADDALENA, M.L., *Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effetti sananti: osservazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 2 del 2005*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 7-8, pp. 2108 ss.
- MAILLOT, J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Parigi, 2003
- MALTONI, A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005
- MANFREDI, G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001
- MANGANARO, F., *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2019, pp. 297 ss.
- MANGIAMELI, S., *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986
- MANNORI, L., *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 171 ss.
- MANNORI, L., SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Bari-Roma, 2001

MANTELLINI, G., *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1879

MARCHETTI, B., *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in (a cura di) FALCON, G., MARCHETTI, B., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, pp. 144 ss.

MARCHETTI, B., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, pp. 499 ss.

MARENGHI, G.M., *La nuova disciplina dell'acquisizione sanante all'esame del Consiglio di Stato*, in *Gior. dir. amm.*, 8-9, 2012, pp. 852 ss.

MARI, G., *La Corte di Cassazione torna ad occuparsi dell'accessione invertita: breve excursus tra giudice nazionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e nuovo t.u. in materia di espropriazione. Nota a Cass., sez. un., 14 aprile 2003, n. 5902*, in *Riv. giur.*, 2003, pp. 1205 ss.

MARI, G., *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione*, in (a cura di) SANDULLI, M.A., *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, pp. 110 ss.

MARI, G., STRAZZA, G., *L'acquisizione sanante (art. 42-bis t.u.e.) alla luce della Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 71. Nota a Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n.71*, in *Riv. Giur. dell'Ed.*, fasc. 4, 2015, pp. 612 ss.

MAROTTA, M., *Gestione degli affari di PA: è necessario l'esplicito riconoscimento dell'utilità conseguita*, *Nota a Cassazione civile, 03 febbraio 2017, n. 2944, sez. VI*, in *Dir. e Giust.*, 22, 2017, pp. 1 ss.

MARRAMA, D., *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012

MARTINES, F., *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2008, pp. 849 ss.

MARUOTTI, L., in (a cura di) CARINGELLA, F., DE MARZIO, G., DE NICTOLIS, R., MARUOTTI, L., *L'espropriazione per pubblica utilità – Commento al T.U. Emanato con il d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*, Milano, 2003

MARZUOLI, C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982

- MARZUOLI, C., *L'evoluzione della giurisprudenza in tema di esecuzione forzata delle sentenze di condanna pecuniaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Scritti in memoria di Mario Nigro*, Milano, 1991, III, pp. 347 ss.
- MARZUOLI, C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, pp. 393 ss.
- MARZUOLI, C., *Tutela del cittadino e «privatizzazione» dell'amministrazione*, in (a cura di) ROZO ACUÑA, E., *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000, pp. 251 ss.
- MASSERA, A., *I contratti*, in (a cura di) CASSESE, S., *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, II ed., t. 2, Milano, 2003
- MASSERA, A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2012
- MATTARELLA, B.G., *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 365 ss.
- MATTARELLA, B.G., *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 1060 ss.
- MATTARELLA, B.G., *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 469 ss.
- MAURI, E., *Motivi imperativi di carattere generale quali ostacoli alla libera circolazione nell'Unione europea e strumenti di tutela della salute*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 3, pp. 563 ss.
- MAYER, O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2, Leipzig, 1895-1896
- MAZZAMUTO, M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008
- MAZZAMUTO, M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in (a cura di) RENNA, M., SAITTA, F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012
- MAZZAROLLI, L., *Nozione di giustizia amministrativa: sua rilevanza essenzialmente pratica per indicare l'insieme degli istituti di carattere contenzioso attraverso i quali i singoli possono ricevere tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993

- MAZZAROLLI, L., *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993
- MEDINA ALCOZ, L., *Dal dogma dell'infalibilità dello Stato alla teoria della perdita di "chance": l'evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell'ordinamento italiano (1865-1999)*, in *Dir. Regione* 2005, pp. 439 ss.
- MENGOZZI, P., *Libera prestazione di servizi, scommesse e giochi d'azzardo: organo d'appello dell'OMC e Corte di Giustizia a confronto*, in (a cura di) LIGUSTRO, A., SACERDOTI, G., *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia: liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011
- MERCATI, L., *Il finanziamento degli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2020, pp. 587 ss.
- MERUSI, F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001
- MERUSI, F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 561 ss.
- MERUSI, F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2004, pp. 649 ss.
- MERUSI, F., *Diritto contro economia*, Torino, 2006
- MERUSI, F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 441 ss.
- MERUSI, F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007
- MERUSI, F., *In Viaggio con Laband*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 658 ss.
- MERUSI, F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012
- MESTRE, A., *L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1922, pp. 247 ss.
- MEUCCI, L., *Instituzioni di diritto amministrativo*, I e VI ed., Roma, 1879 e 1909
- MICARI, G., *L'azione di indebito arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione e il principio giurisprudenziale del riconoscimento dell'utiliter coeptum. Nota a Cassazione civile, Sez. II, 30 luglio 2004, n.14570*, in *Giust. civ.*, 11, 2005, pp. 2676 ss.
- MICHELETTI, M., *Brevi note sull'irriducibilità ai principi del diritto privato della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla luce delle più*

recenti evoluzioni dell'ordinamento pubblicistico. Nota a Consiglio di Stato, 31 marzo 2009, n.1917, sez. IV, in Foro amm. CDS, 11, 2009, pp. 2550 ss.

MICHELI, G.A., TREMONTI, G., *Obbligazioni tributarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 442 ss.

MICHIARA, P., *L'appalto di opere pubbliche tra diritto comune e diritto speciale. Profili ricostruttivi dell'istituto*, Padova, 1997

MIELE, G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931

MIELE, G., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., vol. I, Padova, 1953

MIELE, G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, pp. 23 ss.

MIRABILE, G., *Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo la nozione di attività pericolose*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2, 2018, pp. 454 ss.

MIRATE, S., voce *Occupazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Pubbl., Agg.*, Torino, 2008, pp. 523 ss.

MIRATE, S., *L'incostituzionalità dell'acquisizione sanante per eccesso di delega: un «punto e basta» o solo un «punto e a capo»? Nota a Corte Costituzionale, 08 ottobre 2010, n. 293, in Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 1, 2011, pp. 69 ss.

MISSERINI, G., *La giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di danno da occupazione appropriativa*, in *Urb. app.*, 10, 2013, pp. 1020 ss.

MODUGNO, F., *L'invalidità della legge. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, XI, Milano, 1970

MODUGNO, F., *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 505 ss.

MOLITERNI, A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, pp. 567 ss.

MOLITERNI, A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016

MONTESANO, L., *Condanna pecuniaria ed espropriazione forzata contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, pp. 646 ss.

MONTESQUIEU, C.L.S., *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, libro XXVI, cap. XV

MORA, A., *Brevi note in tema di responsabilità civile della Consob*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 2181 ss.

- MORBIDELLI, G., *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubblico*, 1997, pp. 803 ss.
- MORBIDELLI, G., *L'acquisizione sanante tra Consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, in *Giur. Cost.*, fasc. 6, 2015, pp. 2319 ss.
- MORELLO, U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984
- MORTATI, C., *Le forme di governo*, Padova, 1973
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, ed. I e II, Padova, 1975 e 1976
- MOSCARINI, A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006
- MOSCARINI, L.V., *Profili civilistici del contratto pubblico*, Milano, 1988
- MUCCIARELLI, F., *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Società*, 2017, pp. 1331 ss.
- NAPOLITANO, G., *Il principio di contrattualità*, in (a cura di) RENNA, M., SAITTA, F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2002
- NAPOLITANO, G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2005, pp. 481 ss.
- NAPOLITANO, G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2012
- NAPOLITANO, G., (a cura di), *Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2020
- NICOLUSSI, A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 4, 2014, pp. 1191 ss.
- NIGRO, M., *L'amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizionamenti legali*, in *Foro it.*, 1941, pp. 462 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, pp. 495 ss.
- NIGRO, M., *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro it.*, 1961, vol. 84, n. 3, pp. 457 ss.
- NIGRO, M., *L'esecuzione delle sentenze di condanna della p.a.*, in *La giustizia amministrativa*, Vicenza, 1968, pp. 172 ss.
- NIGRO, M., *Condanna ed azioni restitutorie nei confronti della p.a.*, in *Atti del XIV Convegno di Varese*, Milano, 1970, pp. 80 ss.
- NIGRO, M., *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978
- NIGRO, M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1980

- NIGRO, M., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, pp. 1675 ss.
- NIGRO, M., *Conclusioni*, in (a cura di) ALLEGRETTI, U., ORSI BATTAGLINI, A., SORACE, D., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, 1987
- NIGRO, M., *L'accordo nell'azione amministrativa*, 1988, in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, pp. 1934 ss.
- NIGRO, M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, pp. 1051 ss.
- NIGRO, M., *Rileggendo Giovanni Miele*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1996, III, pp. 1941 ss.
- NORTH, D.C., *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, (1990), trad. it., Bologna, 1994
- NORTH, D.C., *Capire il processo di cambiamento economico*, (2005), trad. it., Bologna, 2006
- NUNZIATA, M., *Il nuovo provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis del T.U. espropri: applicazione solo dopo la condanna del G.A.?*, in *Giustamm.it*, 11, 2011
- OPPO, G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 29 ss.
- ORESTANO, R., *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, in *Annali della Regia Università di macerata*, vol. 11, Padova, 1937, pp. 39 ss.
- ORESTANO, R., *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano*, Torino, 1968
- ORLANDO, V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, prolusione tenuta all'Università di Palermo l'8.1.1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii coordinati in sistema (1881-1940)*, Milano, 1940, pp. 3 ss.
- ORSI BATTAGLINI, A., *Accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982
- ORSI BATTAGLINI, A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 1993, pp. 461 ss.
- ORSI BATTAGLINI, A., MARZUOLI, C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, pp. 487 ss.
- ORTINO, V.F., *Basic Legal Instruments for the liberalization of Trade, a Comparative Analysis of the EC and WTO Law*, Oxford Portland Oregon, 2004

OTTAVIANO, V., *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir.*, 1962, pp. 288 ss.

PACE, A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992

PACE, A., *Libertà e diritti di libertà*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 17, I, 2009, pp. 11 ss.

PAJNO, A., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 55 ss.

PAJNO, A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, fasc. 3, 2010, pp. 591 ss.

PAJNO, A., *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Riv. it. di dir. pubb. comp.*, fasc. 5-6, 2013, pp. 951 ss.

PAJNO, A., *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2015, pp. 952 ss.

PAJNO, A., *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in (a cura di) TORCHIA, L., *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016

PAJNO, A., *Giustizia amministrativa e costituzione: dal giudice speciale al giudice ordinario del potere pubblico*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2020

PALMA, M., *I presupposti per l'applicazione dell'art. 42 bis del d. lgs. 327 del 2001 nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Giur. dell'Ed.*, 6, 1 dicembre 2017, pp. 407 ss.

PARDOLESI, R., *Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 2629 ss.

PARDOLESI, R., *Occupazione acquisitiva: la resa, alla buon'ora!*, in *Foro it.*, 2015, I, pp. 436 ss.

PARDOLESI, R., *Nostalgia per l'occupazione appropriativa?*, in *Foro it.*, 2016, III, pp. 185 ss.

PASCUZZI, G., *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, 2013

PATRONI GRIFFI, F., *Dal Consiglio di Stato all'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali: una lunga storia di tutele contro il potere arbitrario*, in *www.giustizia-amministrativa.it*

- PATRONO, M., voce *Legge, (vicende della)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 920 ss.
- PELLIZZARI, S., *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, in *Collana della facoltà di giurisprudenza*, Università degli Studi di Trento, 16, 2017, pp. 44 ss.
- PERFETTI, L.R., *Fermo amministrativo e posizione dell'amministrazione debitrice. L'art. 69, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, come norma derogatoria o diritto potestativo civilistico*, in *Foro amm. CDS*, 12, 2002, pp. 3150 ss.
- PERFETTI, L.R., *Cessione dei crediti e cessione del ramo d'azienda creditrice dell'amministrazione pubblica. Nota a Consiglio di Stato, sez. V, 01 marzo 2003, n.1129*, in *Foro amm. CDS*, 6, 2003, pp. 1934 ss.
- PERFETTI, L.R., *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, in *PA Persona e Amministrazione*, vol. 8, n. 1, 2021, pp. 44 ss.
- PERICU, G., *Note in tema di attività di diritto privato*, Milano, 1965
- PERICU, G., *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Ann. Genova*, 1966, pp. 185 ss.
- PERICU, G., *L'attività consensuale*, in MAZZAROLLI, L., PERICU, G., ROMANO, A., ROVERSI MONACO, F.A., SCOCA, F.G., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1998
- PERLINGIERI, P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 933 ss.
- PICCARDI, L., *La distinzione fra diritto ed interesse nel campo della giustizia amministrativa*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, 1932, Roma, II, pp. 115 ss.
- PICCININI, V., *L'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1371 del 2007 sui diritti e gli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario*, in *Giur. merito*, 7-8, 2010, pp. 1773B ss.
- PINELLI, C., *Forme di Stato e forme di governo*, Napoli, 2009
- PIRRUCCIO, P., *L'espropriazione per pubblica utilità. Procedimento amministrativo e contenzioso giurisdizionale*, Padova, 2011

PIZZORUSSO, A., *Delle fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale, artt. 1-9*, in (a cura di) SCIALOJA, A., BRANCA, G., *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1977, pp. 530 ss.

POLI, G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012

POLICE, A., DI LEO, G., *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, pp. 285 ss.

POLICE, A., *Intervento al convegno "La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento"*, Seconda Università degli Studi di Napoli, Caserta-Palazzo Reale, 20 maggio 2005

POLICE, A., *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in (a cura di) SANDULLI, M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pp. 224 ss.

POLICE, A., *Il principio di responsabilità*, in (a cura di) RENNA, M., SAITTA, F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 199 ss.

PONTE, D., *L'acquisizione sanante: la coincidenza Corte costituzionale-Consiglio di Stato*, in *Urb e app.*, 7, 2015, pp. 807 ss.

PONTE, D., *Il giudicato restitutorio prevale sull'acquisizione sanante: ma il risarcimento resta lo stesso*, in *Urb. e app.*, 12, 2016, pp. 1353 ss.

PONTE, D., *Il tentativo di semplificazione risarcitoria in tema di occupazione acquisitiva*, in *Urb. app.*, 5, 2017, pp. 668 ss.

PRESUTTI, E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, I, Messina, 1931

PRINCIPATO, L., *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 4, 2016, pp. 1606 ss.

PROTTO, M., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, pp. 213 ss.

PUBUSA, F., *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022

PUGLIATTI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954

PUGLIESE, F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1971, pp. 1485 ss.

- PUGLIESE, F., *L'occupazione preliminare nel procedimento di espropriazione*, Napoli, 1984
- PUGLIESE, F., *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità*, Napoli, 2013
- R. CHAPUS, R., *Droit administratif general*, I, Paris, 1988
- RAIMONDI, S., *L'invalidità e l'uso degli strumenti di diritto privato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, pp. 168 ss.
- RANELLETTI, O., *La polizia di sicurezza*, in (a cura di) ORLANDO, V.E., *Primo trattato completo*, IV, I, Milano, 1904, pp. 254 ss.
- RANELLETTI, O., *Per la distinzione degli atti di impero e di gestione*, in *Studi Scialoja*, Milano, 1905, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1992, pp. 703 ss.
- RANELLETTI, O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937
- RANELLETTI, O., *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, ora in (a cura di) FERRARI E., SORDI, B., *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, pp. 732 ss.
- RAWLS, J., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984
- RECCHIA, G., *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comparato e in diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2002, pp. 803 ss.
- REGA, F., *Occupazioni illegittime: il difficile bilanciamento tra interesse pubblico, tutela della proprietà privata e giusto procedimento amministrativo. Nota a Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n.71*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 5, 2015, pp. 1504 ss.
- RENNA, M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 3, pp. 557 ss.
- RESCIGNO, M., *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giur. Comm.*, fasc. 5, 1 ottobre 2020, pp. 847 ss.
- RESCIGNO, P., *Le obbligazioni della pubblica amministrazione (Note minime di diritto privato)*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988
- RESCIGNO, P., voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 254 ss.
- RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1989

- RIDOLA, P., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997
- RIVERO, J., *Droit public et droit privé: conquete ou statu quo?*, in *Rec. Dalloz*, 1947, chr., pp. 69 ss.
- ROCCO, A., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, vol. I, Roma, 1933
- RODOTÀ, S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 1252 ss.
- RODOTÀ, S., *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990
- ROMACCIONI, G., *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013
- ROMAGNOSI, G.D., *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1814
- ROMANO TASSONE, A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno, Relazione al Convegno La riforma del processo amministrativo in Italia e Spagna*, Palermo, marzo 2001
- ROMANO TASSONE, A., *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Giustamm.it*, 1, 2006
- ROMANO TASSONE, A., *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, pp. 1 ss.
- ROMANO TASSONE, A., *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 559 ss.
- ROMANO, A., *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960
- ROMANO, A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975
- ROMANO, A., *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino 1993, pp. 210 ss.
- ROMANO, A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1994, pp. 670 ss.
- ROMANO, A., *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, pp. 3222 ss.

- ROMANO, A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive*, in (a cura di) MAZZAROLLI, L., PERICU, G., ROMANO, A., ROVERSI MONACO, F.A., SCOCA, F.G., AA. VV., *Diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2005, pp. 145 ss.
- ROMANO, S., *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in (a cura di) ORLANDO, V.E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897
- ROMANO, S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1950 (ristampa 1990), pp. 115 ss.
- ROMANO, S., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1901
- ROMANO, S., *Principii di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1901
- ROMANO, S., *Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche*, in *La legge*, 1904, ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, pp. 171 ss.
- ROMANO, S., *Il Comune*, in ORLANDO, V. E., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1907, XII., vol. II, pp. 570 ss.
- ROMANO, S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1928
- ROMANO, S., *Diritto singolare*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 88 ss.
- ROMANO, S.A., *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Milano, 1979
- ROMANO, S.F., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958
- ROPPO, V., *Il contratto*, II ed., Milano, 2011
- ROSS, A., *Diritto e giustizia*, Torino, 1965 (traduzione di *On Law and Justice*, 1958)
- ROVELLI, L., *Sistema di diritto comune*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2020
- RUSCICA, S., voce *Colpa della P.A.*, in *Digesto Disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2008, pp. 203 ss.
- RÜTHERS, B., *La rivoluzione clandestina dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, (a cura di) STELLA, G., Modena, 2018
- SABATO, R., *Nota (senza titolo) alle sentenze Belvedere e Carbonara Ventura*, in *Foro it.*, 2001, IV, pp. 236 ss.
- SACCO GINEVRI, A., *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giur. comm.*, fasc. 2, 1 aprile 2021, pp. 282 ss.
- SAITTA, F., *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, pp. 549 ss.

SAITTA, F., *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2017, pp. 1191 ss.

SALANDRA, A., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1915

SALERNO, G.M., *Le garanzie della democrazia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, pp. 34 ss.

SALVAGO, S., *L'occupazione «usurpativa» non può essere espropriazione*, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 1857 ss.,

SALVATORE, P., *Principi ed effetti nella giustizia amministrativa*, in *Giurisd. amm.*, 2008, IV, pp. 196 ss.

SANDEVOIR, P., *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964

SANDULLI, A.M., *La posizione dei creditori pecuniari dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 551 ss.

SANDULLI, A.M., *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959

SANDULLI, A.M., *I lavori pubblici. Relazione generale*, in *Atti del congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione, Le opere pubbliche, 1, I lavori pubblici*, Milano, 1967

SANDULLI, A.M., *Profili costituzionali della proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 466 ss.

SANDULLI, A.M., *Diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989

SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989

SANDULLI, M.A., *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. dir., Agg.*, IV, Milano, 2000

SANDULLI, M.A., *Introduzione al tema all'incontro di studio "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva"*, in *Foro amm.-Tar*, 12, 2004

SANTILLI, G., *Pnrr: pagamenti Pa in ritardo, dopo la procedura Ue l'Italia verso la sanzione. Con la seconda condanna della Corte di giustizia scatterebbe la multa*, in *Ilsole24ore.it*, 13 gennaio 2023

SANTILLI, M., *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985

SANTORO PASSARELLI, F., *Proprietà privata e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, pp. 953 ss.

SAPORITO, A., *Il principio di effettività della tutela e l'azione di risarcimento nel processo amministrativo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 94 del 2017*, in *Federalismi.it*, 9 maggio 2018

SATTA, F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969

SATTA, F., voce *Responsabilità della PA*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1381 ss.

SATTA, S., *Il mistero del processo*, Milano, 1994

SATTA, F., *La riforma della l. n. 241/1990: dubbi e perplessità*, in *Giustamm.it*, 4, 2005

SAVIGNY, F.C., VON, *Sistema del diritto romano attuale, 1840-1849*, ed. it. Torino, 1889

SCARPELLI, U., *Semantica giuridica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1969, Vol. XVI, Torino, pp. 978 ss.

SCOCA, F.G., *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965

SCOCA, F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 4045 ss.

SCOCA, F.G., *Diritto speciale e privilegi dell'amministrazione*, in (a cura di) ROZO ACUNA, E., *Cittadini e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 2000, pp. 376 ss.

SCOCA, F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pp. 26 ss.

SCOCA, F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, pp. 77 ss.

SCOCA, F.G., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, in *Atti del Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2002, pp. 21 ss.

SCOCA, F.G., *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, Milano, 2003

SCOCA, F.G., *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo. Relazione tenuta in occasione del Convegno di Messina del 26 settembre 2003 su "Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali (profili pubblicistici)"*, in *Giustamm.it*, 3, 2004

SCOCA, F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere giur.*, 2011, pp. 992 ss.

SCOCA, F.G., TARULLO, S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2000, pp. 451 ss.

SCOCA, F.G., TARULLO, S., *La metamorfosi dell'accessione invertita: l'atto di acquisizione di immobili utilizzati sine titulo*, in *Riv. amm.*, 2001, pp. 544 ss.

SCOGNAMIGLIO, G., *La responsabilità civile della Consob*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 675 ss.

SCOTTI, E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, pp. 521 ss.

SCOTTI, E., *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, in *Riv. Giur. dell'Edilizia*, 5, 1 ottobre 2018, pp. 353 ss.

SDANGANELLI, G., *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in *Giustamm.it*, 1, 2018

SERRANI, D., *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971

SEVERINI, G., *Il Consiglio di Stato: specchio dello Stato di diritto, Relazione al convegno "Dai 190 anni dell'Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali"*, in www.giustizia-amministrativa.it

SICLARI, D., *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007

SICLARI, D., *La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/2005: un primo monito della Cassazione?*, in www.dirittobancario.it

SICLARI, D., *La responsabilità civile della Consob tra limitazione ex lege e overcompensation giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, II, pp. 20 ss.

SIMEOLI, D., *Vertice giudiziario, funzione nomofilattica e modello processuale*, in *Questione Giustizia*, 1, 2021, pp. 172 ss.

SIMONATI, A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in (a cura di) FALCON, G., DE PRETIS, D., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, pp. 82 ss.

SIMONETTI, H., *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2013, pp. 731 ss.

SOLARI, G., *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Milano, Torino, Roma, 1911, II, pp. 246 ss.

SORACE, D., *Il giovane Cammeo e i servizi pubblici*, in *Quaderni Fiorentini*, 1993, pp. 511 ss.

SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2000

SORACE, D., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comparando*, in (a cura di) FALCON, G., *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005

SORDI, B., *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, in *Dig. Disc. Pubb.*, V, 1990, pp. 182 ss.

SORDI, B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 4, 1994, pp. 483 ss.

SORDI, B., *Per una storia del diritto amministrativo (a proposito di F. Burdeau, Histoire du droit administratif (de la Révolution au debut des années 1970), Paris, PUF, 1995)*, in *Quaderni fiorentini*, XXV, 1996, Milano, pp. 683 ss.

SORDI, B., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020

STANZIONE, D., *Sulla responsabilità della Consob per omessa o inadeguata vigilanza: substance over form. Nota a: Cassazione civile, 23 marzo 2011, n.6681, sez. III*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 4, 2013, pp. 367 ss.

STANZIONE, P., SATURNO, A., *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006

STORTO, A., *L'espropriazione forzata nei confronti degli enti pubblici (con particolare riguardo agli enti esercenti forme di assistenza e previdenza obbligatorie) dopo l'intervento urgente del d.l. 30-9-2003, n. 269*, in *Riv. esec. forzata*, 1, 2003, pp. 752 ss.

TARANTINO, G., *Cessione del credito di una P.A.: il ritardato collaudo dell'opera vale come assenso alla cessione. Nota a Cassazione civile, sez. I, 17 giugno 2015, n.12504*, in *Dir. & Giust.*, 24, 2015, pp. 32 ss.

TARCHI, R., *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018

TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980

TASSONE, B., *La chance nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *Federalismi.it*, n. 29, 21 ottobre 2020

TASSONE, F., *La cessione di crediti vantati nei confronti della p.a. nell'ambito dei contratti di appalto pubblico (nota a Tribunale Amministrativo Regionale Campania Napoli sez. V 8/7/2004 n. 10015)*, in *Dir. - Concorsi e Professioni*, 2000

TEDESCHI, F., *L'art. 42-bis del Testo Unico delle espropriazioni e la possibilità per il privato di rinunciare (implicitamente) al proprio diritto di proprietà sul fondo illegittimamente occupate dall'Amministrazione*, in *Riv. giur. ed.*, 3, 2013, pp. 446 ss.

TENORE, V., *"Occasionalità necessaria" con i fini istituzionali e responsabilità solidale indiretta della P.A ex art. 2049 c.c per danni arrecati a terzi da propri dipendenti: un non divisibile approdo estensivo delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez.un., 16 maggio 2019 n.13246)*, in *Giustamm.it*, 6, 2019

TIBERI, M., *La tutela restitutoria dei beni nelle procedure espropriative illegittime*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2021, pp. 99 ss.

TIBERI, R., *In tema di occupazione appropriativa e tutela del privato*, in *Giur. merito*, fasc. 4, 1997, pp. 890 ss.

TIRIO, F., *Responsabilità civile della p.a. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, pp. 493 ss.

TOMEI, R., *L'ingiustificato arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione. Tra conferma della tradizione e critica del privilegio*, Torino, 2000

TORCHIA, L., *Biblioteche al macero e biblioteche risorte: il diritto amministrativo nella sentenza n. 2014/2004 della Corte costituzionale*, in www.giustizia-amministrativa.it

TORCHIA, L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 843 ss.

TORCHIA, L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, pp. 46 ss.

TORCHIA, L., *Introduzione a CASSESE, S., TORCHIA, L., Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014

TORREGROSSA, G., *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 55 ss.

TRAVI, A., *L'accessione invertita una nuova ipotesi di espropriazione*, in *Le Regioni*, 1991, pp. 1437 ss.

TRAVI, A., *Poteri del giudice ordinario e garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo della pubblica amministrazione, dopo la legge 27 ottobre 1998, n. 458*, in *Scritti per Mario Nigro*, III Vol., Milano, 1991, pp. 667 ss.

TRAVI, A., *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, pp. 20 ss.

TRAVI, A., *Il processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. Proc. amm.*, 2003, 4, pp. 994 ss.

TRAVI, A., *Il limite della copertura finanziaria, Relazione al Convegno organizzato dall'AIPDA (Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo) sul tema Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Napoli, 7-8 ottobre 2004

TRAVI, A., *Il confronto fra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in (a cura di) FALCON, G., MARCHETTI, B., *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, pp. 377 ss.

TRAVI, A., BARILA', E., PARDOLESI, R., *Nota a Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2016, n. 2*, in *Foro it.*, 2016, 4, III, pp. 185 ss.

TREBASTONI, D.F.G., *Ripetizione di aiuti comunitari e riscossione privilegiata (nota a Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2001 n. 2599)*, in *Foro amm. CDS*, 2002, pp. 126 ss.

TREBASTONI, D.F.G., *Pagamenti delle pubbliche amministrazioni e rispetto dei termini*, in *Foro amm. CDS*, 11, 2003, pp. 3493 ss.

TREVES, G., *L'attività commerciale dello Stato*, in *Studi Sassaesi*, 1935, pp. 75 ss.

TREVES, G., *Diritto amministrativo e diritto civile*, in *Studi in memoria di F. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 456-460

TRIMARCHI BANFI, F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1998, pp. 35 ss.

TRIMARCHI BANFI, F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 4, 2004, pp. 661 ss.

TRIMARCHI BANFI, F., *Art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CDS*, fasc. 3, 2005, pp. 947 ss.

TRIMARCHI BANFI, F., *La chance nel diritto amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, pp. 873 ss.

TRIMARCHI, M., *La (ir)ragionevolezza dell'art. 30, comma 3, c.p.a., nella sentenza della Corte costituzionale, 4 maggio 2017, n. 94*, in AA.VV., *Atti di convegni. Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*

TRIMARCHI, M., *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *Giustamm.it*, 2018, 7, pp. 8 ss.

TRIMARCHI, M., *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile? [Nota a sentenza] Cons. Stato ad. plen., 23/4/2021, n. 7*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2022, pp. 143 ss.

TRIMAS, T., *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny*, in ELLIS, E., *The principle of Proportionality in the Laws of the Europe*, Oxford, 1999

TULUMELLO, G., *La funzione: fisionomia e implicazioni del potere amministrativo nello stato sociale pluriclasse*, in *Giustamm.it*, 2015, pp. 19 ss.

URBANI ULIVI, L., (a cura di), *Strutture di mondo. Il pensiero sistemico come specchio di una realtà complessa*, Bologna, 2015

VACCHELLI, G., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892

VACIRCA, G., *La giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016

VALAGUZZA, S., *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, pp. 1403 ss.

VANZ, C., *Espropriazione forzata contro la p.a.: nuovi limiti? (riflessioni sull'art. 12 bis comma 6 della legge 15 marzo 1991 n. 80)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, II, pp. 1104 ss.

VASSALLI, F., *Concetto e natura del fisco*, Torino, 1908

VASSALLI, F., *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, Prolusione letta nell'Università di Genova il 22 novembre 1918, ora in ID., *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960

VASSALLI, G., *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, Milano, 1942

VELTRI, G., *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, in www.studiolegaleriva.it

VILLAMERA, S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, Ordinamento comunitario, italiano ed inglese*, Milano, 2008

- VINTI, S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008
- VIOLA, L., *L'arricchimento senza causa della pubblica amministrazione*, Padova, 2002
- VIOLA, L., *Il danno da perdita di chances a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. e app*, 2020, pp. 182 ss.
- VIRGA, G., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998
- VIRGA, G., *Una possibile "exit strategy" dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in *www.lexitalia.it*
- VIRGA, P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- VOLPE, F., *L'espropriazione senza potere*, Padova, 1996
- VOLPE, F., *Il principio di nominatività*, in (a cura di) RENNA, M., SAITTA, F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 353 ss.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992
- ZAMPETTI, E., *Acquisizione sanante e principi costituzionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 3, pp. 569 ss.
- ZANOBINI, G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubb.*, 1918, I, pp. 192 ss.
- ZANOBINI, G., *Corso di diritto amministrativo*, III e IV, Milano, 1948
- ZINGALI, G., *Obbligazione tributaria*, in *NDI*, XI, Torino, 1968, p. 686
- ZITO, A., *Il danno da esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003
- ZITO, A., *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in (a cura di) ASTONE, F., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, pp. 351 ss.
- ZITO, A., *I contratti e le obbligazioni pubbliche tra nuova razionalità amministrativa, diritto comune, mercato e tutela giurisdizionale: considerazioni introduttive*, in *Annuario AIPDA 2009, Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2010, pp. 16 ss.
- ZOLO, D., *Teorica e critica dello Stato di diritto*, in (a cura di) COSTA, P., ZOLO, D., *Lo Stato di diritto. Storia, teorica, critica*, Milano, 2002
- ZORZETTO, S., *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, 2010