RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

La responsabilità precontrattuale: tra buona fede e affidamento

Sommario: 1. La buona fede e l'affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione. **2.** I fatti generatori della responsabilità precontrattuale. **3.** La natura della responsabilità precontrattuale. **4.** Le conseguenze della violazione della buona fede e dell'affidamento legittimo: la prova e il danno risarcibile. **5.** Cenni sulla giurisdizione.

di Valeria Apicella

ABSTRACT: Il contributo esamina, alla luce della più recente giurisprudenza civile e amministrativa, le principali questioni ancora dibattute in ordine alla responsabilità precontrattuale (presupposti ed elementi costitutivi, ambito di applicazione, natura, danno risarcibile, profili di giurisdizione). La buona fede e l'affidamento ne costituiscono il fondamento, dando luogo a obblighi di protezione reciproci all'interno di un rapporto qualificato che si dipana nel procedimento amministrativo.

ABSTRACT: *The paper examines, in light of the most recent civil and administrative case law, main issues still debated regarding pre-contractual liability (prerequisites, costitutive elements, nature, compensable damage, jurisdiction profiles). Good faith and expectation are its basis, giving rise to reciprocal protection obligations within a qualified relationship that unfolds in the administrative procedure.*

1. La buona fede e l'affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione

In generale, la responsabilità precontrattuale presuppone l'instaurazione di un rapporto o di un contatto qualificato tra due o più soggetti, volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela e caratterizzato dalla reciproca aspettativa di osservanza dei doveri di buona fede e correttezza, non tanto al fine di conseguire il bene della vita, quanto di non vedersi coinvolti in trattative inutili.

Sussiste un legame cronologico e eziologico tra buona fede, affidamento, responsabilità precontrattuale e danno, nel senso che affinché si configuri la responsabilità sono necessari: a) la cogenza di obblighi di buona fede e correttezza; b) un affidamento legittimo e non colpevole circa il rispetto di tali obblighi di protezione; c) la loro violazione oggettiva; d) una conseguente lesione dell'affidamento della parte non inadempiente rispetto agli obblighi appena citati; e) la produzione di un danno alla libertà di autodeterminazione negoziale (*infra*, par. 4).

Si analizzano di seguito le due premesse necessarie di questa forma di responsabilità: la buona fede e l'affidamento.

Nell'ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, la responsabilità precontrattuale si è affermata in giurisprudenza a partire dagli anni Sessanta[1], insieme

1 Cass., Sez. Un., 12 luglio 1961, n. 1675. La Cassazione ha riconosciuto la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione nelle ipotesi di recesso ingiustificato da una trattativa privata e di violazione del dovere di correttezza e buona fede successivamente all'aggiudicazione. Prima di tale pronuncia la presunzione di legittimità degli atti amministrativi e l'esigenza di evitare il sindacato del giudice ordinario sull'esercizio del pubblico potere ostavano all'ammissibilità della responsabilità precontrattuale.

con la necessità di rispettare la buona fede quale clausola generale ricavabile dai principi di solidarietà (art. 2 Cost.), uguaglianza (art. 3 Cost.), imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)[2] e, secondo una tesi, anche dall'art. 28 Cost.[3]. La dottrina italiana e, ancor prima, quella tedesca avevano già prefigurato questa forma di responsabilità, almeno nei suoi caratteri essenziali, agli inizi del Novecento[4].

A livello di legge ordinaria, la responsabilità precontrattuale è espressamente menzionata nella rubrica dell'art. 1337 c.c. ("Trattative e responsabilità precontrattuale"), tramite il quale la buona fede dà fondamento «*alla stessa possibilità di identificare un affidamento legittimo, suscettibile di rinvenire una tutela* […] *quale situazione giuridica soggettiva potenzialmente meritevole di protezione risarcitoria, proprio attraverso la disciplina dell'illecito precontrattuale*»[5].

L'art. 1338 costituisce un'ulteriore norma di riferimento per l'interprete, prevedendo obblighi di informazione in capo alle parti sulle cause di invalidità del contratto conosciute o conoscibili, a pena di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento e della libertà di autodeterminazione negoziale nei confronti della parte che ha confidato senza sua colpa sul rispetto delle regole di correttezza e/o sulla validità del contratto.

La qualifica pubblicistica di uno dei soggetti del rapporto, l'esistenza di principi generali di rilievo costituzionale e di regole procedimentali da seguire pongono le basi per la formazione di una aspettativa legittima «*di coerenza e di non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede*»[6].

Di recente, la buona fede relativa ai rapporti tra il soggetto pubblico e quello privato ha trovato esplicita collocazione nell'art. 1, comma 2-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241[7], secondo cui i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e buona fede. Inoltre, con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, l'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) stabilisce che gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.

La codificazione dei principi di buona fede, collaborazione e di tutela dell'affidamento nella legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti pubblici consente ormai di ritenere che si tratti di regole comuni al diritto privato e pubblico[8].

La buona fede costituisce insieme clausola generale e regola di condotta nell'ambito non solo dei rapporti privatistici, ma anche pubblicistici, essendo stata superata la sua asserita incompatibilità con il perseguimento dell'interesse pubblico da parte della pubblica amministrazione mediante l'attività autoritativa[9].

---

2 F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 113 ss. F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 22. Sull'insufficienza di tali principi ai fini della valutazione della correttezza dell'azione amministrativa cfr. F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni,* cit., 169.

3 G.M. Racca, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1533 ss.

4 G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, III, Napoli, 1906, 273 ss. R.v. Jhering, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione italiana di F. Procchi, Napoli, 2005, 88-89.

5 Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8.

6 Cass., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236.

7 Il comma 2-bis dell'articolo 1, legge 241/1990, è stato aggiunto dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

8 F. Sciarretta, *La dimensione relazionale della responsabilità per violazione delle regole di comportamento dell'Amministrazione che contratta*, in *federalismi.it*, 2020, 10, 423. F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in L. Garofalo (*a cura di*), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea.* Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, Padova, 2003, III, 471 ss. Nello stesso senso, Cons. St., Ad. plen. 29 novembre 2021, n. 20.

9 F. Manganaro, *op. cit*, 39 ss. M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 ss.

Essa legittima la formazione nella sfera giuridica del privato di una ragionevole aspettativa circa il comportamento corretto del soggetto pubblico, aspettativa che, se delusa o tradita - a prescindere dall'emanazione o meno di un provvedimento favorevole (se del caso annullato legittimamente) - dà luogo a responsabilità precontrattuale.

In particolare, la buona fede attiene al *quomodo* dell'agire amministrativo: «*quale regola di comportamento, non riguarda la decisione, il contenuto del provvedimento, bensì il modo della sua formazione, della sua comunicazione, nonché della interpretazione e della esecuzione*»[10].

Nel procedimento amministrativo la buona fede si traduce sia nell'obbligo di agire correttamente, sia nel divieto di venire *contra factum proprium*[11], offrendo tutela soprattutto nei casi 'scoperti' dalle regole procedimentali: si pensi ai contatti e alle comunicazioni informali, in cui è alto il rischio che l'amministrazione sia ondivaga e si comporti in modo contraddittorio, ingenerando nel privato la convinzione legittima che provvederà in senso a lui favorevole, senza però tradurre in atti quanto paventato in via orale o comportamentale.

Le regole di comportamento, in cui – come si è appena detto – rientra la buona fede, possono risultare violate anche se quelle di validità siano state rispettate, con conseguente legittimità e al contempo illiceità dell'attività amministrativa, fonte di responsabilità precontrattuale[12].

La distinzione tra le regole di validità e quelle di comportamento riflette la duplice natura dell'azione amministrativa, che da un lato è funzione, cioè luogo di formazione della decisione, dall'altro è comportamento[13].

L'autonomia e la non pregiudizialità di tali regole spiega perché non rileva la legittimità o l'illegittimità del provvedimento ai fini della sussistenza della responsabilità precontrattuale, che riguarda il diverso piano della correttezza comportamentale.

La responsabilità precontrattuale (o da comportamento scorretto) si distingue infatti da quella provvedimentale (da attività amministrativa illegittima), poiché ha ad oggetto la violazione di regole di comportamento e non di validità, prescinde dall'adozione di un provvedimento favorevole e può configurarsi anche quando lo stesso non

10 F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione*, cit., 479.

11 Intesa come lesione dell'aspettativa altrui ingenerata con un proprio comportamento. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – Dagli anni 'Trenta' all'alternanza'*, Milano, 2001, 126. M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Persona e Amministrazione*, 81.

12 Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21; *Id*., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5. La responsabilità da comportamento può sussistere nonostante la legittimità del provvedimento che conclude il procedimento, anzi «*spesso non si traduce in provvedimenti illegittimi, ma per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale*».

13 M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità,* cit.*,* 74 e 75. L'A. distingue tra regole sulla produzione (corrispondenti alle regole di condotte sopra citate) e regole di comportamento. Poiché esistono norme di comportamento che sono anche sulla produzione, vanno ulteriormente distinte le regole di mero comportamento, in cui rientra la buona fede e che possono generare solo illiceità e quindi responsabilità precontrattuale. Le norme sulla produzione riguardano la formazione della decisione sul piano contenutistico e formale e incidono sulla validità, a differenza delle norme di comportamento. Sulla bipartizione tra regole di condotta (anche dette norme sulla produzione) e regole di comportamento, cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez., IV, 19 giugno 2023, n. 5989. La sentenza distingue altresì i presupposti e le conseguenze della responsabilità da comportamento e di quella da provvedimento.

spetti affatto o sia addirittura illegittimo[14]. Ne consegue che in giudizio non occorre provare la spettanza del bene della vita ai fini del risarcimento del danno (*infra*, par. 4). L'ordinamento tutela, infatti, non solo l'interesse al conseguimento o alla conservazione del bene della vita (interesse legittimo pretensivo o oppositivo), ma anche quello a non essere coinvolti in trattative inutili (interesse negativo), che comportano un dispendio di tempo e di risorse, che avrebbero potuto essere impiegati diversamente.

Dunque, può accadere che, nonostante il rispetto delle regole di comportamento, il bene della vita non si consegua e, viceversa, che tali regole non siano rispettate, ma il provvedimento favorevole venga adottato dalla pubblica amministrazione[15]. In quest'ultimo caso, è possibile che il provvedimento venga poi annullato o revocato legittimamente, con eventuale configurazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (non essendovi alcun automatismo). Pure in tal caso il privato, che ha conseguito, ma poi perso il bene della vita, vede leso il suo affidamento ragionevole nella correttezza dell'azione amministrativa e nella stabilità e legittimità del provvedimento favorevole eventualmente rilasciato.

Si analizza ora l'altro elemento essenziale della responsabilità precontrattuale, l'affidamento, un principio generale dell'ordinamento, nazionale ed eurounitario, correlato ai principi di buona fede e di certezza del diritto.

La sua tutela costituisce un termine di confronto rispetto a ogni espressione di poteri giuridici[16] nell'ottica di un rapporto amministrativo paritario[17] .

Secondo la giurisprudenza civile esso costituisce «*una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico*»[18]. Di recente, le Sezioni Unite hanno confermato l'orientamento più risalente secondo cui si configura un diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale e non un interesse legittimo a fronte della lesione dell'affidamento incolpevole sulla legittimità di un provvedimento ampliativo

---

14 Alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado hanno operato un'ulteriore distinzione tra responsabilità precontrattuale pura e spuria: la prima è la responsabilità precontrattuale vera e propria, derivante dalla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza con conseguente risarcibilità dell'interesse negativo; la seconda, invece, ha natura di responsabilità da provvedimento illegittimo da cattivo esercizio del potere con conseguente risarcibilità dell'interesse positivo. Quest'ultima viene anche definita responsabilità precontrattuale "spuria" o "in senso cronologico" poiché l'attività amministrativa viziata si colloca in fase pre-negoziale. La tesi, tuttavia, non ha avuto particolare seguito né in dottrina né in giurisprudenza, non essendo in effetti necessario suddividere la responsabilità precontrattuale al fine di definire un'altra tipologia di responsabilità, già dotata di un'identità, una natura e un *nomen* propri. Nel senso del distinguo tra responsabilità precontrattuale pura e spuria, cfr. T.A.R. Calabria. Catanzaro, sez. I, 21 febbraio 2022, n. 282; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 30 maggio 2025, n. 631; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 3 settembre 2021, n. 157; T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 aprile 2021, n. 373; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 19 febbraio 2020, n. 790.

15 G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 292 ss. Il rispetto della buona fede costituisce solo uno dei presupposti per il conseguimento del bene della vita.

16 A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2, 12 e 13.

17 Cass., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236; Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 615. Secondo tale pronuncia, il comportamento dell'amministrazione violativo della buona fede e della correttezza e lesivo dell'affidamento del privato non è collegato neanche mediatamente all'esercizio del potere, trattandosi della violazione di regole di diritto privato. *Contra* G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione tra ideologia e dogmatica*, in *Giustamm*, 9 maggio 2022. Secondo l'A., il concetto di diritto amministrativo paritario può essere accolto se intenso nel senso che anche l'amministrazione è tenuta a comportarsi secondo buona fede, al pari del privato, mentre non può essere inteso nel senso di negare l'esistenza del potere. A parere di chi scrive, non può essere neanche condivisa l'affermazione sopra esposta secondo cui si tratterebbe della violazione di regole di diritto privato, dal momento che i canoni di correttezza e buona fede costituiscono principi generali che trovano la propria fonte nella Costituzione (artt. 2 Cost.) e sono stati espressamente codificati anche nelle regole di diritto amministrativo (art. 5 d.lgs. 36/2023; art. 1, comma 2-bis, l. 241/1990).

18 Cass., Sez. Un., n. 8236, 2020. In questo senso anche Cass., Sez. Un., ord.19 gennaio 2023, n. 1567; *Id.*, 8 marzo 2019, n. 6885.

annullato o sulla correttezza del comportamento dell'amministrazione[19].

Invece, ad opinione delle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 20 e 21 del 2021, l'affidamento non è una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta e può alternativamente riferirsi all'interesse legittimo o al diritto soggettivo, trattandosi di un principio regolatore di ogni rapporto giuridico[20]. Le due definizioni rilevano ai fini del riparto di giurisdizione: se si aderisce alla tesi della giurisprudenza civile secondo cui l'affidamento costituisce un diritto soggettivo, essa spetterebbe al giudice ordinario, salvo i casi di giurisdizione amministrativa esclusiva; se, invece, si ritiene che esso sia riconducibile anche all'interesse legittimo, va verificato caso per caso il *petitum* sostanziale, potendo radicarsi la giurisdizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario.

Un'altra tesi ha sostenuto che l'affidamento esprime piuttosto un principio generale, non riconducibile a una situazione giuridica soggettiva, tutelato sia nel diritto pubblico sia in quello privato[21].

Affinché si possa configurare la responsabilità precontrattuale la giurisprudenza ha stabilito che l'affidamento debba essere legittimo e non colposo (*infra*, par. 4).

Esso ha ad oggetto l'esercizio corretto del potere, alla luce dei principi di correttezza e buona fede e delle altre regole che governano l'*agere* pubblico.

Con riferimento al procedimento di gara, l'art. 5, comma 2, del d.lgs. 36/2023 ha previsto espressamente che, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità comportamento amministrativo al principiò di buona fede.

Mentre, come si è appena detto, la giurisprudenza considera l'affidamento legittimo quando lo stesso non è colpevole, una tesi distingue tra l'affidamento legittimo, che riguarderebbe l'interesse oppositivo alla conservazione del bene della vita nei procedimenti di secondo grado ed è violato in caso di mancata o inadeguata ponderazione di tale interesse, e l'affidamento incolpevole, che ha ad oggetto l'osservanza della buona fede e assume rilievo giuridico solo quando viene leso, dando luogo a responsabilità precontrattuale[22].

Delineati i caratteri della buona fede e dell'affidamento, va osservato che, sebbene i doveri sopra esposti abbiano carattere reciproco, accade nella maggior parte dei casi che è il soggetto pubblico che lede della fiducia riposta dal privato nell'osservanza non solo delle regole procedimentali, ma anche dei canoni di correttezza e buona fede, quali

---

19 Cass., Sez. Un, 25 settembre 2025, n. 25080. L'assunto circa la sussistenza di un diritto soggettivo è preliminare all'affermazione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nelle sole materie affidate alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c.p.a. Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596.

Sulla configurazione di un diritto soggettivo nella sola ipotesi in cui l'amministrazione opta per la trattativa privata piuttosto che per l'evidenza pubblica cfr. Cass., sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 29188.

20 In questo senso, Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2023, n. 10880. *Contra* rispetto alla qualificazione dell'affidamento come diritto soggettivo, V. Neri, *La tutela dell'affidamento*, in *Urb. e appalti*, 2024, 4, 473 ss.

21 C.M. Bianca, *Diritto civile, Il Contratto*, III, Milano, 2019, 18. Cons. St., sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5011. A. di Majo, *La responsabiliità pre-contrattuale della Pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 4, 300 ss. e su *www.giustizia-amministrativa.it*

22 F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 823. A. Travi, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione,* in *Dir. pubbl.*, 2018, 135. Secondo l'A ridurre l'affidamento ad un bilanciamento di interessi (secondo l'accezione dell'affidamento legittimo) significherebbe rinunciare a una garanzia effettiva e avrebbe l'effetto di esporre il cittadino al rischio di qualsiasi mutamento da parte dei pubblici poteri, anche nei casi di impegni formalmente dichiarati dall'amministrazione, sulla cui base egli abbia assunto impegni consistenti. In una pronuncia recente (Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2025, n. 4302), il Consiglio di Stato ha distinto tra affidamento provvedimentale, procedimentale e precontrattuale: il primo sarebbe quello riposto sulla stabilità del provvedimento favorevole ottenuto ed è equiparabile all'affidamento legittimo sopra definito; il secondo ha ad oggetto il rispetto delle norme che regolano il rapporto obbligatorio instauratosi tra il privato e la pubblica amministrazione; il terzo riguarda invece direttamente l'osservanza della buona fede e della correttezza.

regole di comportamento e principi generali dell'ordinamento nazionale e eurounitario.

Né è possibile per l'amministrazione predisporre *ex ante* clausole di esclusione della responsabilità, in quanto buona fede e affidamento, per la loro natura e portata generalissima, sono inderogabili.

Eventuali clausole del provvedimento o del bando di gara con cui l'amministrazione esclude espressamente la sua responsabilità precontrattuale o si riserva di non portare a termine il procedimento non solo non valgono a tenerla indenne dall'obbligo di risarcimento del danno, ma sono nulle ex art. 1355 c.c., quindi *tamquam non essent*, poiché meramente potestative e contrarie all'art. 1229 c.c.[23].

In concreto la responsabilità precontrattuale può configurarsi nei casi di recesso ingiustificato dalle trattative (art. 1337 c.c.), violazione degli obblighi informativi circa l'esistenza di cause di invalidità conosciute o conoscibili che impediscono la conclusione positiva del procedimento o del contratto (art. 1338 c.c.), nonché in caso di stipula di un contratto valido ma svantaggioso (art. 1440 c.c.)[24], di ritiro legittimo o di annullamento su ricorso del terzo del provvedimento emanato o, in sua mancanza, di comportamento ondivago e contraddittorio della pubblica amministrazione.

2. I fatti generatori della responsabilità precontrattuale.

Come anticipato, quella precontrattuale si configura come una responsabilità da comportamento perché deriva dalla violazione delle regole di comportamento, che si distinguono da quelle di validità. Nell'ambito dei rapporti tra pubblica amministrazione e privato non è indifferente stabilire se si tratti di un mero comportamento o se questo si ricolleghi, anche mediatamente, all'esercizio di un potere, in quanto ciò rileva ai fini del riparto di giurisdizione, venendo in rilievo nel primo caso quella del giudice ordinario, nel secondo quella del giudice amministrativo (*infra*, par. 5).

Pur essendo una responsabilità da comportamento, non è detto che un provvedimento manchi del tutto, in quanto può accadere che esso venga impugnato dal terzo o legittimamente revocato in autotutela dalla pubblica amministrazione, che, tuttavia, avrebbe potuto o dovuto accorgersi con la dovuta diligenza dell'insussistenza dei presupposti per emanarlo. Quando il comportamento scorretto pubblicistico sfocia in un provvedimento, tendenzialmente non si può ritenere che si tratti di un comportamento mero, essendo il provvedimento espressione dell'esercizio di un potere quale risultato di un procedimento amministrativo. Ciò tanto più è vero se si considera che, quando un provvedimento viene emanato, la responsabilità precontrattuale scatta solo nel momento in cui lo stesso viene meno, perché annullato (legittimamente) a seguito di impugnazione vittoriosa del terzo o dell'avvio di un procedimento di secondo grado e, quindi, a seguito di un secondo esercizio del potere. La legittimità del ritiro in autotute-

23 Cons. St., sez. II, 31 ottobre 2024, n. 978, § 18; Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334, § 4.7.1; *Id*., sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Cass., Sez. Un., 16 ottobre 2007, n. 8951. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 18 maggio 2023, n. 8451; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 17 novembre 2022, n. 774; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 maggio 2011, n. 2433. *Contra*, Cons. St., sez. V, 16 ottobre 2017, n. 4787, § 5. Secondo tale pronuncia, la clausola con cui la pubblica amministrazione si riserva di interrompere o annullare la procedura è espressione del potere discrezionale pubblico e non consente di maturare alcuna aspettativa al contratto. Pertanto, non è nulla, anzi conforme all'allora vigente art. 81, comma 3, d.lgs. 163/2006.

24 Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2017, n. 26725. Nelle ipotesi in cui il contratto è concluso, ma risulta svantaggioso a causa della reticenza informativa antidoverosa del soggetto pubblico, il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale deve essere commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente conseguenziale e diretto. La sentenza in esame è richiamata anche da Cons. St., Ad. plen., n. 5, 2018.

la non esonera la pubblica amministrazione da responsabilità[25]. Può residuare, infatti, quella precontrattuale, qualora essa col suo comportamento abbia leso la fiducia risposta dal privato sulla legittimità dell'*agere* pubblicistico e sul mantenimento degli effetti favorevoli del provvedimento, con conseguente danno da lesione dell'affidamento.

Sul piano della giurisdizione, il Consiglio di Stato (Ad. plen. n. 21/2021) ha ritenuto che essa spetti al giudice amministrativo, nei casi in cui «*l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo costituito sula base di un atto di esercizio di un potere pubblico*».

Di diverso avviso la Cassazione, secondo cui quando il privato non si lamenta dei danni derivanti in via diretta e immediata dalla illegittimità del provvedimento non viene in considerazione l'esercizio di un pubblico potere, dal momento che l'azione risarcitoria non presuppone la lesione di un interesse legittimo, bensì di un diritto soggettivo, e trova fondamento nella scorrettezza comportamentale della pubblica amministrazione[26].

Quanto ai rapporti tra responsabilità da comportamento e quella da provvedimento, tendenzialmente non convivono, dal momento che quando la prima viene riscontrata il provvedimento o non c'è mai stato - perché si è verificato solo un comportamento violativo delle regole del gioco, che non è sfociato in un provvedimento - o è venuto meno *ex post* - perché è stato legittimamente revocato dalla pubblica amministrazione, che non ha agito correttamente prima di emanarlo.

Difatti, la responsabilità precontrattuale inizialmente era stata riconosciuta solo nelle procedure di scelta del contraente, assimilate alle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 c.c. (Cons. St., Ad. plen. 6/2005); in un secondo momento è stata estesa agli altri procedimenti, anche in assenza di un provvedimento espresso emanato dalla pubblica amministrazione (Cass., Sez. Un., n. 8236/2020).

Si può quindi considerare la responsabilità precontrattuale quale istituto di carattere generale. Si illustrano di seguito alcune ipotesi più ricorrenti, sia nell'ambito delle procedure di gara, sia negli altri procedimenti.

Nella casistica giurisprudenziale si rinvengono tra i più frequenti fatti generatori della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica in mancanza della copertura finanziaria necessaria originaria o sopravvenuta; l'erronea o contraddittoria formulazione delle regole del bando; l'erronea determinazione del prezzo a base d'asta.

In particolare, quanto alla prima ipotesi, mentre l'insussistenza *ab origine* delle risorse economiche necessarie per la procedura di gara è *ex se* fonte di responsabilità precontrattuale (ma l'opinione non è unanime), poiché grava sull'amministrazione l'obbligo di preventiva verifica circa la copertura finanziaria, la sopravvenuta carenza delle risorse integra una condotta contraria ai canoni di buona fede e correttezza solo se accompagnata dal ritardo e dalla negligenza della pubblica amministrazione, che non ha ritirato tempestivamente i propri provvedimenti, «*prolungando inutilmente lo svolgimento della gara, così inducendo le imprese con-*

25 Cons. St., sez. V, n. 5011, 2025; *Id.*, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831. «*La revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche ove ritenuta legittima, lascia intatto il fatto incancellabile degli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica poi rimossi", onde i relativi comportamenti dell'amministrazione, allorché risultano contrastanti con le regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., si pongono quali fatti generatori della responsabilità precontrattuale*». L'assunto oggi è scontato, ma agli esordi dell'affermazione della responsabilità precontrattuale la legittimità del provvedimento in autotutela veniva invocata dall'amministrazione quale causa di esonero dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del privato. Cfr. Cons. St., sez. VI, 27 settembre 2008, n. 83; C.G.A.R.S. 4 novembre 2008, n. 914.

26 Cass., Sez. Un., n. 25080, 2025; *Id.*, Sez. Un., n. 8236, 2020; *Id.*, Sez. Un., ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596, 2011.

correnti a confidare nelle chances di conseguire l'appalto»[27].

Con riferimento alla predisposizione delle regole del bando, l'amministrazione deve rispettare l'obbligo di chiarezza. Ne discende che le conseguenze di clausole contraddittorie non possono ricadere sul concorrente che ha fatto affidamento su di esse[28]. Allo stesso modo, più di recente l'adunanza plenaria ha confermato che l'erronea formulazione delle regole del bando integri una violazione del dovere di correttezza e buona fede, fonte dell'«*ingiusto sacrificio dell'affidamento ingenerato nella ricorrente quale aggiudicataria della gara annullata in via giurisdizionale*»[29].

Tuttavia, è stato altresì osservato che «*non ogni illegittimità della normativa di gara è sufficiente per fondare un addebito di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'amministrazione, dal momento che la partecipazione ad una procedura di gara non fonda perciò sola una legittima aspettativa di aggiudicazione e di stipula del contratto, per cui va escluso al riguardo ogni automatismo*»[30].

Parimenti, non occorre necessariamente una illegittimità della normativa di gara o della procedura perché sussista la responsabilità precontrattuale, che «*è stata riconosciuta nel caso in cui una p.a., prima pronunci la dichiarazione di pubblico interesse – approvando il progetto proveniente dal promotore – e successivamente annulli d'ufficio la stessa per una diversa valutazione del ricorso allo strumento della finanza di progetto e, tanto anche in presenza della legittimità del provvedimento di autotutela*»[31].

Al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica, possono costituire fonte di responsabilità precontrattuale per la pubblica amministrazione l'avvio di un procedimento per la concessione di un permesso a costruire, di sovvenzioni, finanziamenti o altri contributi, e, più in generale, di provvedimenti favorevoli al privato, che o vengono concessi in assenza dei presupposti di legge (e sono poi rimossi in via di autotutela o a seguito di impugnazione) ovvero non vengono concessi, ma lo stadio delle trattative arriva a un punto tale da ingenerare nel privato la ragionevole convinzione dell'esito positivo del procedimento.

Come già detto, non vi sono automatismi e la responsabilità amministrativa non sussiste in ogni caso di ritiro legittimo del provvedimento, poiché la tutela della buona fede e correttezza comportamentali va coniugata con la discrezionalità amministrativa e con il principio di autoresponsabilità (che affianca all'obbligo di essere informato l'onere di informarsi).

Ad esempio, in un procedimento volto ad approvare una variante urbanistica conclusosi negativamente, il C.G.A.R.S. ha ritenuto che le plurime sedute della conferenza di servizi e le richieste di integrazione documentale e di modifica del progetto originario non costituiscono comportamenti scorretti, ma «*una legittima valutazione discrezionale dell'Organo consiliare, che ha giudicato la proposta variante incompatibile con la tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia dell'area*»[32].

Infine, come anticipato (par. 1), in ogni procedimento grava sia sul soggetto pubblico sia sul privato l'obbligo di informare tempestivamente l'altra parte circa l'esistenza di cause di invalidità o ostative alla conclusione positiva delle trattative (art. 1338 c.c.)[33], onde evitare che le stesse arrivino a uno stadio tale da ritenere ormai formato e legittimo l'affidamento del privato. Ciò può portare alla stipula di un contratto valido ma

27 Cons. St., sez. V, n. 5011, 2025; *Id*., sez. II, 5 agosto 2024, n. 6991; *Id*., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116; *Id*., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; *Id*., sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633.

28 Cons. St., Ad. plen., n. 5, 2018.

29 Cons. St., Ad. plen., n. 21, 2021.

30 *Ibidem*.

31 Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111.

32 C.G.A.R.S., sez. I, 13 gennaio 2025, n. 19.

33 Cons. St., Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

svantaggioso (art. 1440 c.c.) o alla conclusione del procedimento senza l'adozione del provvedimento finale favorevole.

In concreto, sono idonei a provare lo stato avanzato delle trattative gli incontri, i contatti informali, lo scambio di corrispondenza, le richieste di integrazioni documentali o di chiarimenti, il coinvolgimento di altre pubbliche amministrazioni, l'adozione di atti prodromici e intermedi, che preludono l'emanazione del provvedimento finale favorevole.

Invece, non costituisce fatto generatore della responsabilità precontrattuale l'esercizio del potere di repressione degli abusi edilizi a distanza di un lasso temporale particolarmente lungo, idoneo a ingenerare nel privato un affidamento che, tuttavia, non può definirsi legittimo e, pertanto, non dà diritto ad alcun risarcimento[34].

Infine, una pronuncia recente del Consiglio di Stato, ha escluso la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per comportamenti omissivi in assenza di un obbligo giuridico di attivarsi, non potendosi prospettare alcun affidamento tutelato. In particolare, la pronuncia distingue tra affidamento provvedimentale, procedimentale e precontrattuale: il primo sarebbe quello riposto sulla stabilità del provvedimento favorevole ottenuto ed è equiparabile all'affidamento legittimo sopra definito; il secondo ha ad oggetto il rispetto delle norme che regolano il rapporto obbligatorio instauratosi tra il privato e la pubblica amministrazione; il terzo riguarda invece direttamente l'osservanza della buona fede e della correttezza[35].

3. La natura della responsabilità precontrattuale.

Dibattuta è la natura della responsabilità precontrattuale, non a caso definita ai confini tra contratto e torto[36]. Il tema è ritornato all'attenzione degli interpreti a seguito di un recente cambio di rotta di una parte della Corte di Cassazione[37].

Secondo la tesi fino ad ora prevalente, si tratta di una responsabilità di natura contrattuale[38] per la preesistenza di una relazione tra il privato e il soggetto pubblico rispetto al sorgere del danno e della responsabilità. L'orientamento giurisprudenziale a favore della contrattualità ha origini nella sentenza della Cassazione, sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, e si è definitivamente affermato col *revirement* della Cassazione, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

---

34 Valorizzando la necessità di tutela dell'affidamento in capo al privato, una parte della giurisprudenza in passato ha sostenuto che la motivazione da parte del Comune del provvedimento di demolizione dovesse essere congrua, indicando il pubblico interesse, diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato (Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4577; *Id.*, sez. I, 14 gennaio 2015, n. 45, in *Foro amm.*, 2015, 124 ss.; Cons. St., sez. IV, 2014, n. 1016; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 15 giugno 2011 , n. 3142; sez. IV, 9 aprile 2010 , n. 1890; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 6 giugno 2011, n. 578). L'Adunanza plenaria del 17 ottobre 2017, n. 9, ha definitivamente superato tale orientamento, non ritenendo necessaria una congrua motivazione neanche nel caso in cui il proprietario del bene sia persona diversa da quella che ha commesso l'abuso e nel trasferimento del bene non si riscontri alcuna finalità elusiva, non potendosi ritenere sussistente un'aspettativa giuridicamente qualificata.

35 Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2025, n. 4302. La sentenza ha escluso la responsabilità dell'amministrazione per comportamenti omissivi non connessi alla violazione di obblighi normativi specifici che le impongano di attivarsi o degli obblighi di buona fede e correttezza, che potrebbero invece riscontrarsi in presenza di un comportamento ondivago del soggetto pubblico, cfr. sul punto Cass., Sez. Un., n. 8236, 2020.

36 C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Studi in onore di L. Mengoni*, Giuffré, Milano, 1995, 191 ss., ora in *Resp. civ.*, 2018, 519. M. Feola, *Il rapporto obbligatorio al confine tra contratto e torto*, in *Annali della Facoltà giuridica*, 2023, 12. S. Mazzamuto, *Il danno non patrimoniale contrattuale,* in *Eur. dir. priv.*, 2012, 437 ss.

37 Cass., sez. II, ord. del 13 maggio 2025, n. 12679; Cass., sez. III, ord. 20 gennaio 2025, n. 1397; *Id.*, sez. III, ord. 18 ottobre 2024, n. 27102; *Id.*, sez. III, ord. del 25 settembre 2023, n. 2762; *Id.*, sez. lav., 20 agosto 2019, n. 21528.

38 C. Scognamiglio, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: contrasto latente o contrasto apparente?*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2024, 744 ss. C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. e prev.*, 2012, 1227 ss. F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)*, ne *I contratti*, 2017, 47. L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956, 362; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Scialoja – Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1970, 215. C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale,* cit., 1227 ss.

In particolare, pare difficile configurare in capo alla pubblica amministrazione la figura del 'passante' propria dell'illecito extracontrattuale, specie se alla base del danno precontrattuale vi sia l'adozione di un provvedimento poi legittimamente revocato, in cui il doppio esercizio del potere può far ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo (*supra*, par. 2).

Le competenze e i poteri del soggetto pubblico, la regolamentazione del rapporto mediante previsioni legali, favoriscono, da un lato, lo sviluppo di un affidamento legittimo in capo al privato, dall'altro l'instaurazione di una relazione o quantomeno di un contatto sociale qualificato, che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti riconducono nell'ambito della contrattualità[39]. A questo proposito, le sezioni unite hanno definito «*la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione come responsabilità da contatto sociale qualificato dallo status della pubblica amministrazione quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti*», da cui il cittadino si aspetta uno sforzo di correttezza maggiore rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*[40].

Tale rapporto o contatto costituisce un «*fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile*»[41].

Dalla preesistenza di un rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione rispetto alla verificazione del danno da lesione dell'affidamento consegue che non è possibile parificare la pubblica amministrazione al 'passante'; sulla stessa gravano infatti *ex lege* obblighi di protezione che vanno ben oltre il semplice *neminem laedere* e che possono eventualmente sfociare in obblighi di prestazione. Pertanto, la natura della responsabilità da lesione dell'affidamento sarebbe contrattuale.

Altra tesi fino a ora minoritaria (dopo il *revirement* della Cassazione del 2016), ma

---

39 C. Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione della buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev*., 2012, 1956 ss. Secondo l'A., il legislatore con la regola di buona fede ha inteso differenziare la «*posizione di quanti siano entrati in una fase di trattativa funzionale alla conclusione del contratto rispetto alla generalità indistinta di coloro le cui sfere giuridiche possono occasionalmente interferire nella dinamica del traffico, che la scelta normativa appare assai più coerente rispetto alla ricostruzione nei termini di un rapporto particolare che non all'ascrizione della stessa all'area dell'illecito civile*». C. Scognamiglio, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 745 ss.

Cass., Sez. Un., ord. 19 gennaio 2023, n. 1567; *Id*., Sez. Un., n. 8236, 2020; *Id*., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188; *Id*., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596. M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 181 ss. Secondo l'A. Poiché ogni danno presuppone una qualche forma di contatto precedente, se, perciò solo, lo si riconducesse alla responsabilità contrattuale, verrebbe di fatto annullata la responsabilità extracontrattuale. In questo senso anche A. Zaccaria, *La natura della responsabilità in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 2, 334-358. *Contra*, A. Albanese, *Responsabilità precontrattuale*, *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, 2018, 1706.

40 Cass., Sez. Un., n. 8236, 2020. Nel senso della responsabilità precontrattuale quale responsabilità da contatto sociale qualificato, cfr. Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, con nota di C. Scognamiglio, *Verso il definitivo accreditamento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 1515 ss.; in *Giur. it*., 2016, 2565 ss., con nota di A. Di Majo, *La culpa in contrahendo tra contratto e torto*; in *Corriere giur*., 2016, 1504 ss., con nota di C. Cicero, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*. Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6596.

41 Cass., Sez. Un., ord. 28 aprile 2020, n. 8236. G. Bevivino, *Avanzamenti e indietreggiamenti delle "Corti di Cassazione" nella definizione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Accademia dei Civilisti*, 2024, 330. L'A. propende a favore della qualificazione come responsabilità da inadempimento, non da contratto sociale qualificato.

di recente ripresa da una sezione della Corte di Cassazione[42] e del Consiglio di Stato[43], condivide la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità, equiparando la pubblica amministrazione al passante e riconducendo gli obblighi di buona fede, protezione e informazione al generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. L'atipicità dell'illecito aquiliano lo rende un rimedio di carattere generale per la protezione di interessi diversi da quelli dedotti in obbligazione[44].

Le conseguenze dell'inquadramento nella responsabilità contrattuale o extracontrattuale non sono di poco conto, in quanto incidono sulla prescrizione - decennale nel primo caso, quinquennale nel secondo - sul riparto dell'onere della prova (a carico del danneggiante nella extracontrattualità), sull'accertamento della colpa o del dolo, sulla messa in mora, sulla risarcibilità dei danni prevedibili *ex* art. 1225 c.c. nel solo caso della responsabilità contrattuale (ma l'opinione non è unanime).

Ai fini dell'inquadramento della responsabilità precontrattuale, è stato proposto di attribuire rilievo al contenuto dei doveri che di volta in volta vengono in rilievo: solo se questi sono sufficientemente predeterminati, la loro violazione darà luogo a una responsabilità precontrattuale di natura contrattuale, *rectius* da inadempimento[45]. Altra tesi ha distinto a seconda della consistenza dell'affidamento[46].

Ad opinione di chi si scrive, il dubbio circa la natura non contrattuale della responsabilità si potrebbe al più prospettare nelle ipotesi in cui le trattative non siano state avviate o siano ad uno stadio primordiale e non può dirsi instaurata tra le parti una relazione qualificata, ad esempio perché l'amministrazione ancora non ha indetto ufficialmente la procedura. In questi casi, tuttavia, va innanzitutto verificato se sia possibile intercettare un affidamento legittimo da tutelare.

Qualora, invece, il bando sia stato emanato e le relative regole siano state fissate, il privato assume due punti di riferimento, uno soggettivo, l'amministrazione che ha indetto la procedura, l'altro oggettivo, le regole da questa stabilite in base al quadro legislativo vigente, ferma restando l'applicabilità delle norme procedimentali e dei principi generali, quali la buona fede e la correttezza.

A sua volta, il privato cristallizza con la presentazione della domanda o dell'istanza

---

42 Cass., sez. II, ord. del 13 maggio 2025, n. 12679; *Id.*, sez. III, ord. 20 gennaio 2025, n. 1397; *Id.*, sez. III, ord. 18 ottobre 2024, n. 27102; *Id.*, sez. III, ord. del 25 settembre 2023, n. 2762, con nota di G. Bevivino, *Avanzamenti e indietreggiamenti,* cit., 319 ss. Secondo l'A., la pronuncia della Cassazione del 2023 segna un arretramento del dibattito relativo alla natura della responsabilità precontrattuale, in quanto non fa alcun cenno all'orientamento ormai consolidato delle Sezioni Unite sulla natura contrattuale di tale responsabilità.

Cfr. Cass., sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3579; *Id.*, sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477; *Id.*, sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382. C.M. Bianca, *Diritto civile*, *Il contratto*, III ed., Milano, Giuffré, 2019, 140-141. M. Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., 181 ss. Secondo l'A. Poiché ogni danno presuppone una qualche forma di contatto precedente, se, perciò solo, lo si riconducesse alla responsabilità contrattuale, verrebbe di fatto annullata la responsabilità extracontrattuale.

43 Cons. St., sez. IV, 8 gennaio 2025, n. 120. La sentenza cita a sostegno di tale tesi alcune pronunce, che, in realtà, non si esprimono sulla natura della responsabilità, bensì solo sulla necessità dell'imputazione colposa in capo alla pubblica amministrazione della violazione delle regole di buona fede e correttezza, secondo i criteri generali della responsabilità extracontrattuale (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2024, n. 7717; *Id.*, 28 novembre 2023, n. 10221; *Id.,* 27 ottobre 2023, n. 9298; *Id.,* 12 settembre 2023, n. 8294; *Id.,* 6 marzo 2023, n. 2300). Tuttavia, va osservato che non basta il mero richiamo ad alcuni degli elementi costituitivi del fatto illecito ex art. 2043 c.c. per sostenere la natura extracontrattuale della responsabilità da affidamento, anzi, il fatto che anche l'Ad. plen. n. 5/2018, nel dettare tali elementi, non fa rinvio in toto all'art. 2043 c.c. costituirebbe un ulteriore indice a sostegno della tesi per cui la natura della responsabilità precontrattuale certamente non è extracontrattuale.

44 F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542 ss. M. Trimarchi, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 91.

45 G. Bevivino, *Avanzamenti e indietreggiamenti,* cit., 328 e 331. Secondo l'A. la predeterminazione e specificazione degli obblighi riconducibili alle clausole generali, dalla cui violazione discenderebbe una responsabilità da inadempimento (impropriamente detta contrattuale), può avvenire anche ad opera della giurisprudenza. In mancanza di tale predeterminazione, l'illiceità di eventuali contegni nella fase delle trattative dovrà essere ricondotta all'art. 2043 c.c.

46 C. Scognamiglio, *La giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 745 ss.

la sua posizione qualificata. Perciò in questi casi non è possibile qualificare nessuno dei due soggetti quale mero 'passante', né ritenere che non preesistano obblighi diversi dal *neminem laedere*, che grava sul *quisque de populo*. Solo se il comportamento dell'amministrazione fuoriesce *in toto* dai binari del procedimento, in quanto assume profili di illiceità particolarmente gravi, anche extracivili, allora si potrebbe ritenere la responsabilità da lesione dell'affidamento e della libertà negoziale di tipo extracontrattuale, essendosi la p.a. non solo discostata dai canoni di correttezza e buona fede, ma avendo violato altre regole pubblicistiche di carattere penale o extrapenale (si pensi alla commissione di un illecito da parte di un funzionario pubblico coinvolto nel procedimento in cui si verifica, tra le altre cose, la lesione dell'affidamento del privato).

Inoltre, nell'ipotesi in cui un provvedimento manchi del tutto, è più difficile stabilire se sia o meno intercorso tra il privato e la pubblica amministrazione un precedente rapporto o contatto qualificato e, quindi, se la responsabilità possa rientrare in quella contrattuale. In tal caso, peraltro, l'eventuale danno al privato deriva o da un comportamento mero o da un comportamento espressivo dell'esercizio di un potere, con diverse conseguenze ai fini del riparto della giurisdizione (*infra*, par. 5).

Un'altra tesi, ormai tendenzialmente superata, ha sostenuto che la responsabilità precontrattuale costituisce un *tertium genus*[47], non assimilabile né al regime della contrattualità, né a quello dell'extracontrattualità.

4. Le conseguenze della violazione della buona fede e dell'affidamento legittimo: la prova e il danno risarcibile.

La lesione dell'affidamento legittimo del privato conseguente alla violazione della buona fede e correttezza imputabile a colpa dell'amministrazione, ove si traduca in un danno, dà diritto al risarcimento, limitatamente all'interesse negativo.

A tal fine, come chiarito dall'Adunanza Plenaria n. 5/2018, l'affidamento del privato deve essere legittimo, cioè dotato dei caratteri della ragionevolezza e della non colposità; la violazione dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede deve essere oggettiva e soggettivamente riferibile alla pubblica amministrazione sul piano della colpa o del dolo (su questo punto, lo spunto è offerto dall'art. 2-bis della legge 241/1990, che tipizza un caso di scorrettezza procedimentale, il ritardo); il danno derivante da tale condotta secondo la regola della causalità civilistica del 'più probabile che non' va provato sia in termini di lesione della libertà di autodeterminazione negoziale (danno-evento), sia di perdite economiche (danno-conseguenza).

Sul piano soggettivo, l'affidamento non può essere considerato legittimo se:

a) i vizi della procedura sono comuni a entrambe le parti[48], conoscibili[49] o talmente evidenti che l'operatore economico qualificato avrebbe potuto avvedersene utilizzando la diligenza ordinaria o professionale, come nel caso in cui le clausole del ban-

47 P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 142 ss.; M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Giuffrè, Milano, 1963, 269 ss.

48 Cons. St., sez. III, 9 aprile 2025, n. 3029; C.G.A.R.S., 25 maggio 2023, n. 361; Cass., sez. III, 18 maggio 2016, n. 10156.

49 Cons. St., sez. V, 23 agosto 2016, n. 3674. La sentenza sostiene la necessità di una verifica in concreto circa la conoscenza o conoscibilità del principio di diritto violato da parte di un qualunque cittadino mediamente avveduto, tenendo conto dell'univocità dell'interpretazione della norma di azione e della conoscenza e conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità. È stato altresì osservato che non è sufficiente che la causa ostativa alla positiva conclusione del contratto o del procedimento sia genericamente conoscibile, in quanto occorre una specifica conoscenza o conoscibilità in relazione all'effettiva applicazione al caso di specie. A questo proposito, Cons. St., 26 luglio 2024, n. 6726, ha ritenuto che il patto di stabilità, pur essendo una disposizione normativa, non esclude la responsabilità del Comune ex art. 1338 c.c., perché ha un contenuto tecnico oggetto di conoscenza e valutazione effettive solo per gli uffici tecnici del Comune. Quest'ultimo, pur conoscendo le difficoltà legate al patto di stabilità le ha rese note all'altra parte a ben quattro anni di distanza in occasione della revoca, ledendo così l'affidamento legittimo del privato.

do siano addirittura contrarie alla legge[50]; il parametro di riferimento della diligenza ordinaria o professionale muta a seconda del tipo di interlocutore e va valutata ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c. se lo stesso è particolarmente qualificato, come di solito accade nelle procedure ad evidenza pubblica[51]. In questo senso, l'art. 5, comma 3, d.lgs. 36/2023 esclude la non colposità dell'affidamento se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti;

b) il provvedimento favorevole conseguito è stato annullato a seguito di impugnativa giurisdizionale, poiché di tale impugnazione il privato è messo a conoscenza (tuttavia, l'affidamento maturato prima della notifica del ricorso sarebbe suscettibile di tutela precontrattuale, ove ricorrano tutti gli altri presupposti sopra menzionati)[52];

c) il provvedimento favorevole è affetto da una illegittimità così manifesta da essere riconoscibile per il destinatario e da escludere la colpa dell'amministrazione[53]. A questo proposito, l'Adunanza Plenaria n. 20/2021 ha affermato che quando l'illegittimità del provvedimento favorevole è manifesta, la colpa dell'amministrazione si esclude o si attenua. Tuttavia, solo nel caso in cui la colpa è esclusa viene meno uno dei presupposti della tutela precontrattuale. Non vengono invece approfondite le conseguenze che derivano dalla mera attenuazione della colpa, che, per quanto più lieve, comunque sussiste in capo al soggetto pubblico. Dovrebbe in tal caso potersi configurare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, riflettendosi l'attenuazione della colpa non sulla legittimità dell'affidamento, bensì sulla quantificazione del danno. Si potrebbe affermare che la manifesta illegittimità del provvedimento favorevole che non esclude, ma attenua la colpa, può tradursi in un concorso colposo del danneggiato, con conseguente dimidiazione del danno risarcibile.

Sul piano oggettivo, come si vede, tra i presupposti necessari per la risarcibilità del danno non rientra la legittimità o illegittimità del provvedimento eventualmente adottato né il giudizio sulla spettanza o meno del bene della vita (*supra*, par. 1), in quanto la tutela risarcitoria non interviene a compensare il bene della vita non conseguito o perso a causa dell'annullamento o della revoca legittima del provvedimento favorevole, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Di riflesso, il danno risarcibile comprende il solo interesse negativo, con esclusione di quanto il privato avrebbe conseguito mediante l'attribuzione o la conservazione del bene della vita, perché rispetto alla configurazione della responsabilità

---

50 Cons. St., sez. II, 27 giugno 2025, n. 560. Non sussiste la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. allorché l'invalidità dipenda da una disposizione normativa che entrambe le parti erano tenute a conoscere e che non avevano pertanto l'obbligo di comunicarsi tra loro.

51 Cons. St., sez. III, 9 aprile 2025, n. 3029. La sentenza, equiparando la piena conoscenza dei vizi alla conoscibilità e affermando l'applicabilità del canone della diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c. all'operatore economico di settore qualificato, imputa alla sua negligenza, imprudenza o imperizia ovvero a una precisa scelta imprenditoriale l'accettazione del rischio dell'annullamento della procedura. Si passa così dalla tutela dell'affidamento all'accettazione del rischio dell'esercizio dei poteri di autotutela, ove concorrano un elemento soggettivo (la qualifica dell'operatore economico di settore) e uno oggettivo (la presenza di vizi particolarmente evidenti). Similmente, Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 780. La sentenza, richiamando un risalente orientamento della Cassazione (Sez. Un., 11 febbraio 1982, n. 835; Sez. Un., 14 marzo 1985, n. 1987; sez. I, 29 luglio 1987, n. 6545) ha escluso l'affidamento legittimo se la conclusione del contratto tra il privato e la pubblica amministrazione comporta la violazione di norme imperative e se la qualità dei professionisti coinvolti (nel caso di specie, avvocati) avrebbe consentito loro di constatare la manifesta illegittimità della iniziale determinazione dell'amministrazione. Ne consegue che il recesso dalle trattative non è ingiustificato. In questo senso, cfr. Cons. St., 22 gennaio 2021, n. 687. Tuttavia, va osservato che in diverse pronunce la violazione delle regole di condotta della buona fede e correttezza viene considerata essa stessa violazione di norme imperative (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2015, n. 2270; *Id.*, sez. IV, sentenza n. 4674 del 15.9.2014; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 28 febbraio 2020, n. 939). Se così è, anche qualora il contratto non sia concluso perché l'amministrazione si avvede della potenziale violazione delle norme imperative in caso di stipula, non può ritenersi esclusa di per sé la responsabilità precontrattuale, data la violazione a monte di regole di condotta. Ciò è in linea con la separazione tra le regole di validità e quelle di comportamento, tra l'illegittimità e l'illiceità.

52 Cons. St., Ad. plen., n. 20, 2021, § 22.

53 *Ibidem*.

precontrattuale si rivela ultronea ogni valutazione circa la spettanza dello stesso. Tale aspetto, tuttavia, può incidere sulla quantificazione del lucro cessante (vedi *infra*). Viceversa, i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati all'interesse positivo e corrispondono all'utile netto prospetticamente derivante dal contratto, con esclusione di regola del danno emergente (a meno che non si configuri una responsabilità precontrattuale)[54].

Nel dettaglio, l'interesse negativo risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, vale a dire l'interesse a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale, è circoscritto alle spese inutilmente sopportate per partecipare alle trattative (danno emergente) e alla perdita di occasioni per la stipulazione di ulteriori contratti (lucro cessante). Quest'ultima voce del danno è calcolabile anche sulla base del criterio equitativo, ancorato a criteri logici e non arbitrari[55], con esclusione del mancato guadagno che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto non concluso[56].

Con specifico riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, rientrano nel danno emergente risarcibile le spese effettuate (e allegate) per partecipare alla gara: a titolo esemplificativo e non esaustivo, le spese di progettazione[57]; il pagamento del premio assicurativo per la cauzione fideiussoria prestata; le attività di asseverazione dell'offerta; la consulenza legale in relazione alle varie fasi della procedura, ivi compresa la verifica della congruità dell'offerta; il pagamento del contributo di cui all'art. 1, commi 65 e 67, legge 23 dicembre 2005, n. 266; l'eventuale locazione degli impianti e delle attrezzature necessarie richieste dal bando per partecipare alla gara[58].

In casi particolari, il danno è commisurato all'interesse positivo virtuale, consistente nella differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso contratto più vantaggioso che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza[59]. Occorre però fornire la prova che tale conclusione sarebbe avvenuta se la controparte pubblica non avesse violato il principio di buona fede.

A questo proposito, in un giudizio in cui è stato accertato che la mancata aggiudicazione fosse dovuta ad una informazione errata fornita dall'amministrazione, senza la quale la società avrebbe conseguito l'aggiudicazione, è stato ritenuto risarcibile il lucro cessante, commisurato all'utile che la ricorrente avrebbe ottenuto eseguendo il contratto, parametrato al novanta per cento dell'utile totale, trattandosi di una perdita di *chance*, ma con elevata probabilità di aggiudicazione[60].

Quando l'aggiudicazione non spetta, l'art. 5, comma 4, d.lgs. 36/2023 stabilisce che il danno da lesione è commisurato ai pregiudizi economici subiti e provati derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte dell'operatore economico. Inoltre, la stessa norma prevede espressamente l'azione di rivalsa dell'ente concedente (condannato al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso) nei confronti dell'aggiudicatario che ha conseguito l'aggiudicazione con un comportamento illecito.

---

54 Cons. St., Ad. plen. 2017, n. 2; Cons. St., sez. VII, 3 marzo 2025, n. 1769; *Id.*, sez. V, 3 gennaio 2025, n. 15; *Id.*, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 26; *Id.*, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785; 27 settembre 2022, n. 8327; *Id.*, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; *Id.*, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283; *Id.*, sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; *Id.*, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444.

55 Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24625.

56 Cons. St., Ad. plen., n. 6, 2005.

57 Ai fini della prova della loro sussistenza secondo una tesi non occorre la produzione delle fatture, risultando dal bilancio. Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, richiamata da Cons. St., sez. V, 10 giugno 2025, n. 5011 e da Cons. St., sez. V, 12 luglio 2021, n. 5274. *Contra*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 marzo 2015, n. 4715.

58 Cons. St., sez. V, n. 5011, 2025. C.G.A.R.S., 28 agosto 2023, n. 542. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 17 settembre 2024, n. 575; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, 20 luglio 2022, n. 564.

59 Cons. St, Ad. plen., n. 5, 2018, § 27. C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffré, Milano, 1990, 573.

60 Cons. St., sez. V, 26 agosto 2025, n. 7105.

5. Cenni sulla giurisdizione.

Accanto alle questioni relative all'esatta individuazione dei presupposti della responsabilità precontrattuale, al suo ambito applicativo e alla sua natura, si pone anche quella della giurisdizione, che è tra le più dibattute e si interseca con le precedenti.

Sino ad ora il progressivo ampliamento dell'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale (ormai esteso a tutti i procedimenti e anche ai casi di assenza di un provvedimento) ha in parte contribuito alle incertezze relative all'individuazione del giudice munito di giurisdizione.

La soluzione incide sul termine (di prescrizione dinanzi al giudice ordinario o di decadenza dinanzi al giudice amministrativo) a disposizione del soggetto leso per far valere il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'affidamento, che normalmente viene fatto valere all'interno dell'azione volta all'accertamento di tutti i presupposti sopra richiamati della responsabilità precontrattuale.

Poiché la responsabilità precontrattuale deriva dalla lesione dell'aspettativa circa il corretto *agere* dell'amministrazione, la natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo dell'affidamento (ammesso che sia possibile un simile inquadramento) incide sulla giurisdizione, come si è già detto (*supra*, par. 1).

Da un lato, la Cassazione lo definisce un diritto soggettivo, ritenendo che la giurisdizione appartenga al giudice ordinario. La Suprema Corte evidenzia che il privato non lamenta l'illegittimità del provvedimento amministrativo o la sua mancanza, ma la lesione della sua legittima aspettativa. Fonte del danno, consistente nelle spese inutilmente affrontate per l'avvio e la prosecuzione delle trattative, non è il provvedimento illegittimo, ma la scorrettezza comportamentale del soggetto pubblico.

Da ultimo, le Sezioni Unite, 25 settembre 2025, n. 25080, hanno affermato che «*il provvedimento illegittimo viene in rilievo esclusivamente quale uno dei fatti costitutivi del diritto al risarcimento e come fattore eziologico del danno, così da degradare a mero comportamento non espressione di potere amministrativo*».

Ne consegue che la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, a meno che la controversia non rientri in una delle materie di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 c.p.a.

In alcune pronunce, superando *tout court* la questione preliminare relativa alla natura giuridica del diritto leso, si è sostenuto che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 133 c.p.a., la giurisdizione appartiene al giudice ordinario a prescindere dalla natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione giuridica soggettiva[61], che la Cassazione dapprima individuava nel diritto all'integrità del patrimonio[62] e ora nell'affidamento (Sez. Un., n. 8236/2020).

Con tale pronuncia, le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo anche nelle ipotesi in cui manchi del tutto un provvedimento e l'affidamento del privato sia stato leso dal comportamento ondivago della pubblica amministrazione, non trattandosi di un comportamento espressivo dell'esercizio del potere, ma di un comportamento mero.

Ad opinione di chi scrive, occorre in ogni caso una verifica in concreto che tenga conto di tutti gli elementi della fattispecie complessa che conduce sino alla responsabilità precontrattuale. A tal fine, la presenza o meno di un provvedimento a monte rispetto alla configurazione della responsabilità può essere un indice utile per l'interprete.

In particolare, nelle ipotesi in cui il provvedimento favorevole non viene emanato, senz'altro occorre valutare un comportamento, ma è arduo stabilire se si tratta di un comporta-

61 Cass., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656. La sentenza richiama Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500; *Id.*, 19 novembre 2002, n. 16319; *Id.*, 16 luglio 2001, n. 9645.

62 Cass., Sez. Un., ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596, 2011.

mento mero o di un comportamento espressivo dell'esercizio del potere pubblico.

Se è provata l'instaurazione di una relazione qualificata tra il privato e la pubblica amministrazione a seguito dell'avvio di un procedimento, specie se questo viene preceduto o seguito da contatti informali, è difficile (seppur non escluso di per sé) che si tratti di un comportamento mero, non ricollegato, neanche mediatamente all'esercizio di un potere, in quanto i due soggetti agiscono in un contesto protetto governato da regole di validità e di comportamento, che pongono le basi per il corretto esercizio del potere. Ciò a prescindere dall'esito positivo o meno del procedimento e dal se la pubblica amministrazione decida di ricorrere a strumenti autoritativi pubblicistici o privatistici per il perseguimento del pubblico interesse.

Se risulta che il comportamento è espressione di poteri conferiti per il perseguimento di finalità pubbliche, è riferibile comunque all'amministrazione in veste di autorità.

Viceversa, si potrebbe rinvenire una responsabilità della pubblica amministrazione da comportamento mero – con conseguente giurisdizione del giudice ordinario - nel caso in cui, ad esempio, le parti sono venute in contatto solo informalmente e ancora non sia stato neanche presentata un'istanza o emanato il bando di gara (è ormai pacifico che rilevano ai fini della configurazione della responsabilità precontrattuale non solo i comportamenti antecedenti all'aggiudicazione, pure se questa non interviene, ma anche quelli antecedenti al bando di gara[63]).

Invece, quando la responsabilità deriva dal ritiro legittimo di un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione, vuoi a seguito di autotutela, vuoi a seguito dell'esecuzione di un giudicato di annullamento, come anticipato (par. 2), sarebbe una *contradictio in terminis* ritenere che manchi qualunque esercizio del potere pubblico, visto che l'emanazione di un provvedimento favorevole successivamente ritirato implica un doppio procedimento e, quindi, un doppio esercizio del potere, con due provvedimenti distinti e antitetici negli effetti per il privato.

A questo proposito, nell'ipotesi di revoca legittima della procedura di gara per carenza delle risorse finanziarie, le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, radicandosi la *causa petendi* nelle modalità di esercizio del potere amministrativo e dovendosi escludere che la condotta colpevole della pubblica amministrazione sia riconducibile a una attività meramente materiale o che sia solo occasionata da un procedimento amministrativo di affidamento dell'opera[64].

Nella stessa direzione, l'Adunanza plenaria n. 20/2021 ha affermato che la giurisdizione amministrativa sussiste quando «*l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo costituito sula base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca a una materia di giurisdizione esclusiva*».

Ciò in quanto la fiducia riposta nella relazione giuridica tra l'amministrazione e il privato si riferisce non a un comportamento privato o materiale (un mero comportamento), ma al potere pubblico.

In ogni caso, l'indagine va condotta in concreto e caso per caso, valutando se il comportamento dell'amministrazione innanzitutto rilevi ai fini della formazione di un legittimo affidamento e, in secondo luogo, se sia riconducibile o meno, anche solo mediatamente, all'esercizio di un potere autoritativo funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

La questione della giurisdizione si intreccia con le altre analizzate nei paragrafi che precedono, in quanto gli elementi da considerare ai fini della sua risoluzione sono la natura del diritto leso, la preesistenza di obblighi di protezione, l'inserimento in un procedimento amministrativo in cui viene esercitato un pubblico potere, la fonte della lesione e la causalità del danno.

---

63 Cons. St., Ad. plen., n. 5, 2018; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831; *Id*., sez. VI, 7 novembre 2012, n. 5638; *Id*., sez. VI, 25 luglio 2012, n. 4236. Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260.

64 Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2022, n. 30712; *Id*., 29 maggio 2017, n. 13454.