



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato 2

*LA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE*

RELATORE

Prof. Attilio Zimatore

CANDIDATA

Claudia Vallescura

Matr. 131223

CORRELATORE

Prof. Silvio Martuccelli

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Indice	2
Introduzione	5
CAPITOLO I.....	7
<i>La responsabilità precontrattuale: cenni storici e analisi normativa</i>	7
1 Cenni storici.....	7
2 La soluzione del legislatore del 1942 e la nozione di trattativa	12
3 L'art. 1337 c.c. e la sua <i>ratio</i>	16
4 La clausola di buona fede.....	18
5 Il recesso ingiustificato dalle trattative	20
6 L'evoluzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 1337 c.c.....	24
6.1 Obblighi di informazione.....	25
6.2 Obblighi di segretezza e obblighi di chiarezza	28
6.3 Doveri di salvaguardia e collaborazione.....	29
6.4 Il dolo incidente e la teoria dei vizi incompleti	30
7 L'art. 1338 c.c.....	32
7.1 L'art. 1338 c.c. e il principio " <i>ignorantia legis non excusat</i> "	34
8 Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale	36
CAPITOLO II	38
<i>La natura giuridica della responsabilità precontrattuale</i>	38
1 La tesi della natura extracontrattuale	41
2 La tesi della natura contrattuale.....	44
2.1 Responsabilità da «contatto sociale qualificato»	48
3 La responsabilità precontrattuale come <i>tertium genus</i> e le posizioni eclettiche	52
4 Conseguenze pratiche	53
4.1 Il termine di prescrizione	54
4.2 L'onere probatorio.....	54

4.3	Imputabilità della responsabilità	57
4.4	Determinazione del danno e prevedibilità.....	57
CAPITOLO III.....		56
<i>La reponsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica</i>		56
1	Rapporto tra diritto privato e diritto pubblico. Cenni.....	56
2	La responsabilità precontrattuale pura e spuria.....	64
3	La tesi tradizionale e l'impossibilità di ravvisare la responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione	68
4	Il superamento della tesi tradizionale e l'evoluzione dell'ambito di applicabilità della responsabilità precontrattuale nei confronti della pubblica amministrazione	70
5	La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione prima della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5: l'ipotesi di mancata approvazione del contratto.....	75
5.1	Il rinvio degli adempimenti	78
5.2	La mancata verifica circa la realizzazione dell'opera	79
5.3	La redazione del bando di gara e la sua violazione	80
5.4	La mancata stipulazione del contratto con il vincitore della gara .	81
6	La responsabilità precontrattuale della p.a. a seguito della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5.....	82
6.1	Il fatto	83
6.2	Ordinanza del Consiglio di Stato del 24 novembre 2017 n. 515...	85
6.3	La sentenza dell'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018 n. 5.....	89
6.3.1	Presupposti	94
7	L'affidamento nel diritto amministrativo: aspetti controversi	96
7.1	Gli elementi costitutivi del legittimo affidamento	100
7.2	Affidamento e potere di autotutela.....	102
7.3	L'annullamento d'ufficio e la revoca dell'atto amministrativo...	106
8	Responsabilità da comportamento scorretto e responsabilità da provvedimento illegittimo	108

8.1 Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi: le principali differenze rispetto al risarcimento del danno <i>ex art. 1337</i> c.c.....	112
8.1.1 Giurisdizione nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a.....	118
8.1.2. Giurisdizione nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento favorevole illegittimo.....	113
 Bibliografia	 129

Introduzione

Il presente elaborato affronta il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione con il precipuo obiettivo di ricostruirne la disciplina e analizzare l'evoluzione giurisprudenziale che l'ha interessata. Prendendo le mosse dagli articoli 1337 e 1338 c.c., vengono evidenziati gli aspetti più controversi della materia – tra cui la natura giuridica di tale responsabilità – e le soluzioni avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, per garantire una maggiore aderenza del tessuto codicistico del '42 all'assetto socio-economico ormai mutato, ne hanno modificato l'effettiva portata e ambito di operatività, fino ad estendere la relativa applicabilità anche alle ipotesi in cui il ruolo di danneggiante fosse stato rivestito da una pubblica amministrazione. Invero, abbandonata l'impostazione tradizionale secondo cui il potere pubblico non avrebbe potuto rispondere del danno eventualmente causato in quanto preordinato, *ex lege*, al perseguimento e alla realizzazione dell'interesse pubblico, vengono analizzate le varie fasi che, gradualmente, hanno determinato il superamento del dogma dell'immunità della pubblica amministrazione in punto di responsabilità precontrattuale. Solo negli anni '60, la Corte di Cassazione¹, nonostante dimostri piena consapevolezza della particolare posizione di supremazia rivestita dalla pubblica amministrazione, dell'interesse pubblico perseguito e del potere discrezionale riconosciute dalla legge, asserisce l'applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale nei confronti della pubblica amministrazione tutte le volte in cui questa fosse «scesa sul terreno della contrattazione *iure privatorum*»². Tale ricostruzione, pur rappresentando un segno di apertura, per la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, continuava a negare la responsabilità dell'amministrazione nelle ipotesi in cui la scelta del contraente fosse avvenuta tramite una

¹ Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, p. 1165 ss.

² In tal senso Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, cit., p. 1167.

procedura ad evidenza pubblica, data l'evidente difficoltà, tra le tante, di ricondurre il concetto di «parti» di una trattativa *ex art. 1337 c.c.* ai tanti operatori economici partecipanti ad una gara pubblica, vista la mancata instaurazione di un «rapporto personalizzato» con la pubblica amministrazione, se non dopo l'individuazione del futuro contraente attraverso l'atto di aggiudicazione definitiva. Quest'ultima ricostruzione è stata definitivamente abbandonata con la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del 2018³ che, aderendo all'orientamento che ricostruisce l'obbligo di buona fede *ex art. 1337 c.c.* come una manifestazione del più generale principio di solidarietà previsto dall'art. 2 della Costituzione, sgancia l'operatività della disciplina citata dalla sussistenza di una formale trattativa. Ciò che rileva, invero, è che tra le parti venga a crearsi una «situazione relazionale qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative»

4

A fare da sfondo al tema centrale della responsabilità precontrattuale è, quindi, il rapporto che intercorre tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica che, seppure distinte, sono soggette a reciproca compenetrazione ed integrazione, soprattutto quando privato e pubblica amministrazione entrano in contatto attraverso una procedura ad evidenza pubblica in cui «regole pubblicistiche e regole privatistiche (...) operano in maniera contemporanea e sinergica»⁵. Da qui, la necessaria trattazione delle differenze tra responsabilità da provvedimento illegittimo e responsabilità da comportamento scorretto e, quindi, delle diverse posizioni soggettive prospettabili in capo al privato in termini di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo, fino a sfiorare il riparto giurisdizionale tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Questioni controverse rimangono quelle relative ai confini entro cui è possibile

³ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., in *Giust. Amm.*, 2019, p. 1 ss.

⁴ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 27.

⁵ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 35.

ammettere la trasposizione di strumenti propri del diritto privato nell'ambito del diritto amministrativo e, specialmente, quella relativa al «livello di necessario adattamento (o di snaturamento) delle tecniche privatistiche allorché le stesse siano messe al servizio dei pubblici poteri»⁶. In tale ambito, si inserisce il riferimento alla teoria del legittimo affidamento, presupposto imprescindibile ai fini dell'applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* ma, allo stesso tempo, fonte di dubbi in ordine alla sua effettiva operatività nei confronti della pubblica amministrazione.

⁶ C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2018, p. 301.

CAPITOLO I

La responsabilità precontrattuale: cenni storici e analisi normativa

Sommario: 1. Cenni storici – 2. La soluzione del legislatore del 1942 e la nozione di trattativa – 3. L'art. 1337 c.c. e la sua ratio – 4. La clausola di buona fede – 5. Il recesso ingiustificato dalle trattative – 6. L'evoluzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 1337 c.c. – 6.1. Obblighi di informazione – 6.2. Obblighi di segretezza e obblighi di chiarezza 6.3. Dovere di salvaguardia e collaborazione – 6.4. Dolo incidente e la teoria dei vizi incompleti – 7. L'art. 1338 c.c. – 7.1. L'art. 1338 c.c. e il principio ignorantia legis non excusat – 8. Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale

1 Cenni storici

Le origini dell'istituto della responsabilità precontrattuale sono fatte risalire a Rudolf von Jhering, che ne formulò una teoria racchiusa nel proprio saggio *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*⁷ del 1861. Il diritto romano classico, infatti, non conosceva tale forma di responsabilità posto che le uniche due azioni volte ad ottenere il risarcimento del danno potevano essere ricondotte all'*actio doli*, diretta a sanzionare esclusivamente il comportamento doloso del contraente e all'*actio legis acquiliae*, richiedente un danno consistente in una lesione alla persona o alla cosa nella loro materialità, vale a dire un danno cagionato *corpore ed arrecato corpori*⁸. L'Autore, facendo riferimento ad alcune parti del Digesto relative ad atti di disposizione aventi ad oggetto *res extra commercium*, distinse nettamente la nozione di nullità del contratto da quella di inefficacia.

⁷F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra e S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p. 43.

⁸F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea* cit., p. 44.

La conclusione di un contratto nullo, se da una parte non avrebbe permesso l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti, dall'altra parte avrebbe fatto sorgere, quantomeno, il diritto al risarcimento del danno in capo alla parte che, senza sua colpa, avesse confidato nella validità del medesimo. Tale tesi, temporalmente, va collocata in una fase appena precedente l'entrata in vigore del codice civile del 1865 che, seppur non contenesse una disciplina unitaria *della culpa in contrahendo*, non ha impedito l'espansione della teoria Jheringhiana.

Primo seguace di tale orientamento fu Gian Pietro Chironi. Quest'ultimo, sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 1124 c.c. abrogato⁹, affermò che anche durante la formazione del contratto le parti dovevano conformarsi ai doveri di lealtà e correttezza richiesti dal legislatore¹⁰. Più nello specifico, l'Autore delineava le fattispecie in cui poteva configurarsi una responsabilità precontrattuale e, oltre all'ipotesi classica della conclusione di un contratto affetto da vizi conosciuti o conoscibili da uno dei contraenti, indicava quella in cui una parte avesse dato esecuzione al contratto prima ancora che lo stesso fosse stato effettivamente concluso e l'altra, nel mentre, avesse revocato la propria proposta. Nonostante tali aperture, sia la giurisprudenza¹¹ che la dottrina dell'epoca escludevano tale forma di responsabilità. Il principio dell'autonomia contrattuale e il dogma della volontà, propri della concezione ottocentesca, creavano, infatti, basi solide circa l'inammissibilità di una responsabilità precontrattuale lasciando prive di tutela tutte quelle ipotesi in cui, per esempio, una delle parti fosse receduta dalle trattative determinando una rottura ingiustificata delle stesse ovvero avesse stipulato

⁹Disposizione che atteneva alla fase dell'esecuzione del contratto e che così recitava: «I contratti debbono essere eseguiti in buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche in tutte le conseguenze che secondo equità, l'uso o la legge ne derivano».

¹⁰G. BUFFONE, E. BIEZUS, *La responsabilità precontrattuale*, in L. Viola, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Avellino, 2007, p.66.

¹¹Cass. Roma, 31 agosto 1913, in *Rep. Foro it.*, 1913, secondo cui: «Le trattative precontrattuali non generano alcun vincolo che possa dar luogo a risarcimento di danni, e quindi non è da parlare di azione giudiziaria per colpa contrattuale quando la convenzione non venga conclusa».

un contratto affetto da vizi.

Il riferimento normativo indicato dai sostenitori di tale forma di responsabilità era rappresentato dall'art. 36 del codice del commercio abrogato¹² a cui, però, era stato attribuito carattere eccezionale in quanto introduceva una al generale principio della libertà contrattuale, escludendone, di conseguenza, un'applicazione estensiva o analogica. Per il resto, l'orientamento prevalente, riconduceva le ipotesi di recesso dalle trattative senza giusta causa e quelle di conclusione di un contratto invalido nel novero dell'art. 1151¹³ del codice civile abrogato, riconoscendogli natura di responsabilità extracontrattuale.

Tralasciando momentaneamente la questione relativa alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale, appare importante mettere in luce come la sussunzione di tale fattispecie nel novero dell'illecito aquiliano e, quindi, la negazione di una sua rilevanza giuridica quale categoria autonoma di responsabilità, non ebbe riscontro pratico positivo data l'impossibilità, nella maggior parte dei casi, di risalire ad una violazione di diritti assoluti, il che avrebbe comportato una grave lacuna nel sistema normativo italiano. In tale contesto, decisivo risulta l'apporto del Faggella¹⁴. Quest'ultimo, conosciuto per aver sviluppato la «teoria dei periodi precontrattuali», suddivise la formazione del contratto in tre fasi principali (offerta, perfezionamento ed operativo)¹⁵ che, progressivamente avrebbero portato alla sua conclusione. La prima fase era volta alla formazione di una volontà provvisoria, non decisiva, tanto da non permettere il consolidamento di un programma

¹²«Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e l'accettazione sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia, se essa giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni».

¹³«Qualunque fatto dell'uomo che arreca danni ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

¹⁴ In tal senso I. MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, diretto da P. Stanzione, Trento, 2012, p.496 che rimanda a G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918, p. 36.

¹⁵ I. MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p.496.

contrattuale ben definito; la seconda era limitata al perfezionamento dei termini progettuali ed infine la terza – la più rilevante secondo Fagella – volta alla formalizzazione ed elaborazione del progetto contrattuale ¹⁶ . Ciò che accomuna tutte e tre le fasi sarebbe il principio dell'autonomia della volontà¹⁷ in forza del quale entrambe le parti avrebbero avuto la facoltà di esercitare il diritto di recesso nella fase delle trattative fino a che il contratto non possa dirsi concluso. L'ambito di operatività di tale principio si riduceva solo ove vi fosse stata «un'autorizzazione, anche tacita, a contrarre»¹⁸ . In altri termini, solo quando le parti avessero manifestato tale volontà, anche tacitamente, un recesso senza giusta causa nella fase prodromica alla conclusione del contratto avrebbe determinato un'ipotesi di *culpa in contrahendo*, derivante dalla violazione dell'autorizzazione stessa. Al di là della difficoltà pratica di poter risalire ad un'autorizzazione tacita delle parti contraenti, la critica maggiormente sollevata a tale teoria fu proprio quella mossa dal Carrara il quale affermò con decisione che «nelle trattative le parti non vogliono il contratto, ma vogliono solo preparare il contratto, mentre nella proposta esiste l'elemento volitivo diretto alla formazione del contratto, nelle trattative la volontà delle parti ha questo contenuto: esse vogliono semplicemente trattare, ma non vogliono, il che richiederebbe ulteriori determinazioni di volontà, l'oggetto delle loro trattative»¹⁹ .

Ulteriore critica sollevata fu la difficoltà, per la parte richiedente il risarcimento del danno, di dimostrare il nesso eziologico intercorrente tra l'esercizio del recesso nella fase delle trattative e la non conclusione del contratto, data l'alea che connota tale fase.

¹⁶ I. MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p.497.

¹⁷ G. BUFFONE, E. BIEZUS, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 69.

¹⁸ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p.69.

¹⁹ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 6 ss.

2 *La soluzione del legislatore del 1942 e la nozione di trattativa*

Il legislatore del 1942 ha colmato la lacuna normativa inserendo nel codice civile due disposizioni di fondamentale importanza, quali: l'art. 1337 c.c. e l'art. 1338 c.c., il cui rapporto, secondo una ricostruzione²⁰, è di «*genus ad speciem*».

Si tratta di regole comportamentali atte «a tutelare l'affidamento sorto in ciascuna parte a seguito e per effetto dell'instaurarsi delle trattative, comportando una vera e propria moralizzazione della contrattazione»²¹. Stando alla lettera del dettato normativo, però, il legislatore omette di definire cosa si debba intendere per responsabilità precontrattuale, rifacendosi ad una generalissima clausola di buona fede, il cui contenuto è stato, con il tempo, arricchito da dottrina e giurisprudenza. Molteplici, infatti, sono gli interrogativi lasciati alla risoluzione dell'interprete, tra cui: quali possano essere i destinatari della disposizione, quando sorgano i doveri di lealtà e correttezza e, quindi, quando si possa parlare di «trattative» e quando si passi alla fase conclusiva della contrattazione, quale sia la sua natura giuridica e quali siano le conseguenze che possano derivare dalla riconduzione della stessa nell'ambito della responsabilità contrattuale o extracontrattuale e, soprattutto, cosa si debba intendere per «buona fede» anche alla luce della contaminazione consumeristica e europeistica che si è preoccupata di arricchirne il significato.

Nell'art. 1337 c.c., rubricato «Trattative e responsabilità precontrattuale», si legge che «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

²⁰ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 90.

²¹ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 92.

La prima questione da risolvere per comprendere l'ambito di applicabilità della disposizione è cosa si debba intendere per «trattative» e cosa per «formazione del contratto». La disposizione in esame non riporta un'endiadi. Quanto al concetto di «trattative» sono da intendersi come quella fase in cui le parti²² non sono direttamente volte alla conclusione del contratto ma si limitano alla verifica circa l'idoneità o meno del regolamento contrattuale ai fini del soddisfacimento delle rispettive aspettative ed esigenze. Negli anni '90, Carrara qualificava le trattative come quella fase, antecedente la conclusione del contratto, contraddistinta da «discussioni, scambi di idee, fra le parti, da formulazioni di singole clausole e singole condizioni, da accordi parziali, da impegni preliminari»²³. Le trattative, quindi, sono funzionali alla determinazione del contenuto dell'accordo e, quindi, al perseguimento degli effetti sperati e voluti dalle parti.

Più nello specifico, sono «volte essenzialmente a sondare i punti di divergenza, a ricercare soluzioni atte a contemperare le contrapposte pretese, a risolvere il conflitto degli opposti interessi»²⁴. Nella pratica, infatti, risulta arduo che il perfezionamento del contratto si riduca ad una proposta seguita da un'accettazione senza una precedente negoziazione tra le parti volte ad avvicinare il più possibile i vari e differenti

²² Come si legge in nota in A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, in P. G. Monateri, E. del Prato, M. R. Marella, A. Somma, C. Costantini, *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, p. 55, la Corte di cassazione con sentenza del 28 ottobre 1983, n.6386 precisa cosa si intende per «parte» relativamente alla fase delle trattative: «la responsabilità a norma degli articoli 1337 e 1338 c.c. prescinde dalla titolarità o contitolarità del rapporto sostanziale che si vuole contrattualmente modificare e sorge solo ove un soggetto assuma, nelle trattative, la qualità di parte, e cioè di persona nei cui confronti il contratto da concludere deve produrre effetto, mentre è irrilevante che lo stesso sia titolare della situazione sostanziale sottostante ove non si presenti alle trattative in detta qualità. (...) qualora le trattative volte alla stipulazione di un contratto cui avrebbero dovuto partecipare, per una parte, più soggetti, siano state concretamente condotte da uno solo di questi, la responsabilità derivante da dette trattative fa carico solo ad esso».

²³ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 1 ss., secondo il quale «nelle trattative, le parti non vogliono il contratto, ma vogliono solo preparare il contratto, mentre nella proposta esiste l'elemento volitivo diretto alla formazione del contratto»; conseguentemente, «le parti che trattano, finché trattano, non hanno alcuna intenzione d'impegnarsi o di vincolare la loro volontà per l'avvenire»; ciò che differenzerebbe trattative e formazione del contratto, quindi, sarebbe il «diverso contenuto della volontà delle parti nell'una e nelle altre».

²⁴ L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1987, p. 58.

interessi in gioco.

Del resto, le parti non sono obbligate alla conclusione del contratto fino a quando le stesse non siano pervenute ad un accordo su tutti i punti del regolamento contrattuale, non essendo sufficiente un accordo che si rifletta solo su taluni aspetti tralasciandone altri. In altri termini, la trattativa è quella fase antecedente e prodromica alla conclusione del contratto in cui le parti non manifestano, di già, la volontà di concluderlo ma solo una «tendenza verso la stipulazione del medesimo senza compiere atti di proposta e accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo»²⁵.

Fase da tenere necessariamente distinta da quella della formazione del contratto. Quest'ultima, infatti, è finalizzata al perfezionamento dell'accordo e, diversamente dalla fase appena delineata, è qualificata dal compimento di atti giuridici, siano essi atti prenegoziali²⁶ (proposta ed accettazione), siano

²⁵ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2017, p. 200.

²⁶ Come si legge in C. M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 221 ss. e in F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, 2016, p. 848, la natura giuridica della proposta e dell'accettazione è stata oggetto di controversia in dottrina. Secondo un orientamento – che può dirsi maggioritario – proposta ed accettazione sarebbero atti giuridici in senso stretto. Secondo tale ricostruzione, essi non producono effetti giuridici del negozio ma, tutt'al più, sono esplicativi degli effetti che la legge gli riconosce una volta che siano stati posti in essere (c.d. effetti legali). Più esattamente, si parla di «atti prenegoziali» per mettere in evidenza che essi non sono negozi giuridici ma atti che anticipano il negozio e lo predispongono e, quindi, sono compiuti in funzione del perfezionamento del regolamento contrattuale. Tale tesi, esclude, altresì, il loro carattere vincolante: sarebbero dichiarazioni di volontà costitutive del contratto ma che, prese singolarmente, non sarebbero idonee a ad impegnare le parti – essendo suscettibili di revoca alla luce dell'art. 1328 c.c. – fino a che il contratto non sia concluso. Altro orientamento – che può dirsi minoritario – riconosce alla proposta e all'accettazione natura di negozi giuridici unilaterali, vista la loro capacità di produrre effetti giuridici propri. In particolare, la proposta attribuirebbe all'oblato un potere di accettazione, il cui esercizio – ove sia conforme ai tempi, al luogo e alla forma richiesta dal proponente – determina la conclusione del contratto.

essi negozi giuridici ²⁷ (contratto preliminare e patto di prelazione) ²⁸ . Di qui, la differenza sostanziale tra trattative e fase formativa: nella prima, le parti non sono obbligate alla conclusione del contratto²⁹, quanto, piuttosto, a tenere un comportamento conforme a principi quali: correttezza, lealtà, trasparenza ed onestà. Il confine che segna tali fasi, entrambe antecedenti alla effettiva conclusione del contratto, è, quindi, fondamentale perché sottolinea che dal momento in cui le parti entrano in contatto – quindi, dal primo momento meramente esplorativo in cui esse omettono di compiere atti a rilevanza esterna – devono tenere una condotta conforme al precetto normativo *ex* 1337 c.c. ³⁰ .

Emblematico è l'art. 2.1.15 dei principi *Unidroit*, nel quale si legge che «ciascuna parte è libera di condurre trattative e non è responsabile per il mancato raggiungimento di un accordo. Tuttavia, la parte che ha condotto o interrotto le trattative in mala fede è responsabile per le perdite cagionate all'altra parte. In particolare, si considera mala fede iniziare o continuare trattative malgrado l'intenzione di non raggiungere un accordo con l'altra parte».

Il carattere speciale della normativa appena richiamata, rispetto al dettato del

²⁷ La tesi maggioritaria, – che riconduce proposta ed accettazione nell'ambito degli atti giuridici in senso stretto – ove condivisa, implica un'ulteriore distinzione, sul piano sistematico, tra gli atti formativi del contratto e i negozi preparatori (contratto preliminare e patto di prelazione). Come si legge C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 224., proposta ed accettazione sono manifestazioni di volontà che, integrandosi tra di loro, danno vita al contratto. Una volta concluso, le determinazioni delle proposte e controproposte entrano a far parte del regolamento contrattuale. Diverso è il discorso per i negozi preparatori che rimangono sempre e comunque distinti rispetto al contratto: essi sono funzionali al perfezionamento del regolamento contrattuale ma non sono da considerare elementi costitutivi della sua fattispecie.

²⁸ G. S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, in P. Cendon, *La responsabilità civile*, II, Torino, 1998, p. 262.

²⁹ Netta è, infatti, la differenza con l'ipotesi in cui le parti abbiano concluso un contratto preliminare, rientrando nella categoria dei negozi c.d. preparatori. Nel caso delle trattative, le stesse si obbligano ad assumere un comportamento conforme agli obblighi di correttezza e buona fede, la cui violazione determina il risarcimento del danno a favore della parte lesa; nel caso del contratto preliminare, le parti si obbligano a concludere, successivamente, il contratto definitivo, con la conseguenza che, ove una delle due risulti inadempiente, sarà possibile ricorrere al rimedio previsto dal legislatore di cui all'art. 2932 c.c.

³⁰ Fanno riferimento al concetto di «solidarietà contrattuale» G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, in L. Viola, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Avellino, 2007, p. 92.

codice civile, si desume dai criteri soggettivi in forza dei quali si determina la responsabilità precontrattuale a carico di una delle due parti contraenti: diversamente dall'ordinamento giuridico italiano, i principi *Unidroit* richiedono un comportamento doloso, non essendo sufficiente la colpa. Secondo una ricostruzione, anche l'art. 1338 c.c.³¹ è considerato disposizione speciale rispetto al generico obbligo di buona fede. In tal caso, però, non per il criterio di imputazione soggettivo richiesto – posto che anche la disposizione citata ritiene sufficiente, come l'art. 1337 c.c., la colpa del soggetto agente – ma per i presupposti oggettivi che costituiscono la fattispecie astratta. Come sostiene Benatti, infatti, «l'art. 1337 c.c. è una disposizione di base (...) mentre l'art. 1338 c.c. non è che un'applicazione specifica del principio sancito nella norma precedente»³².

3 *L'art. 1337 c.c. e la sua ratio*

Come ogni altra clausola generale, anche quella posta all'art. 1337 c.c. non si esime da alcune valutazioni. Il riferimento alla buona fede lascia ampio spazio all'attività dell'interprete, il quale ha il difficile compito di dover determinare il contenuto di una norma in bianco, il che potrebbe minare il principio della certezza e di calcolabilità del diritto. D'altro canto, però, l'utilizzo di una clausola generale consente di adattare la disposizione ai mutamenti socio-economici. La stessa *ratio* sottesa all'art. 1337 è mutata. L'intenzione del legislatore storico e la concezione della causa del contratto

³¹ «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

³² A. DE MAURO, *Responsabilità precontrattuale in caso di conclusione del contratto*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra e S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p.191.

quale funzione socio-economica³³ hanno fatto sì che «i valori della dignità umana e della libertà, sia pur presenti, restavano, di fatto, assorbiti dal *prius* dell'interesse economico nazionale e dell'utilità sociale»³⁴. Premesso che «l'ordine giuridico non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale»³⁵, la finalità perseguita dall'art. 1337 c.c. era proprio quella di evitare che, a causa di una condotta scorretta della parte tenuta durante le trattative, non si sarebbe pervenuti a quei valori giuridicamente rilevanti e, quindi, destinatari di una tutela da parte dell'ordinamento, che lo stesso contratto avrebbe determinato ove fosse stato validamente concluso. E' palese, in tale impostazione, «l'afflato economicistico e produttivistico: si apprestano strumenti risarcitori di fronte all'inutilizzazione (mancata conclusione del contratto) od allo sperpero (contratto invalido) di valori patrimoniali»³⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, la prospettiva muta radicalmente e la persona acquista una nuova centralità nel sistema del diritto civile. La buona fede e i doveri di correttezza e lealtà *ex art.* 1337 c.c., quindi, iniziano ad essere considerati proiezione del più generale principio di solidarietà economica, politica e sociale tutelato dall'art. 2 della Costituzione, abbandonando definitivamente i valori della c.d. solidarietà corporativa.

Conseguentemente, l'art. 1337 c.c. sembra diretto a proteggere la «libertà di autodeterminazione negoziale, cioè di quel diritto di autodeterminarsi

³³ Così si legge nella Relazione al codice: «la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto, ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica l'autonomia privata». Continuava, poi, così: «deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica».

³⁴ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giustizia amministrativa*, 2019, p. 22 ss.

³⁵ Cons. St., ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n.5, cit.

³⁶ Cons. St., ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n.5, cit.

liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza»³⁷.

4 La clausola di buona fede

Prima ancora di analizzare l'evoluzione e gli elementi costitutivi della fattispecie, occorre soffermarsi sul concetto di «buona fede». Nell'impianto codicistico varie disposizioni richiamano la buona fede. Essa è presa in considerazione dal legislatore secondo due accezioni: si distingue tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo. Gli artt. 1147, 1152 ss. (disciplina sul possesso), l'art. 1445 (in tema di annullamento del contratto), gli artt. 1415 e 1416 (simulazione) c.c. fanno tutti perno su una nozione di buona fede in senso soggettivo. In tutti questi casi, infatti, per buona fede si intende lo *status* soggettivo di colui che ignora di ledere con il proprio comportamento l'altrui diritto.³⁸ Prendendo in considerazione altre disposizioni, invece, la buona fede è intesa come regola di comportamento. Fra queste ricordiamo: l'art. 1366 (interpretazione di buona fede), l'art. 1375 (esecuzione di buona fede), l'art. 1358 (comportamento delle parti nello stato di pendenza). Le disposizioni da ultimo menzionate sono espressione del più generale obbligo di lealtà espresso dall'art. 1175 c.c., rubricato «Comportamento secondo correttezza», in cui si legge che «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza». E' dato acquisito, sia in dottrina che in giurisprudenza, che la buona fede ex art.1337 c.c. è da intendere in senso oggettivo ed obiettivo quale regola comportamentale: le

³⁷ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

³⁸ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, 2016, Barletta, p. 827.

parti sono tenute, reciprocamente, al rispetto dei doveri di correttezza e lealtà

39

Come anticipato, la buona fede, essendo una clausola generale, presenta un'elasticità tale che le permette di aderire e conformarsi ai vari mutamenti storici, culturali ed economici. Infatti, se le prime applicazioni potevano dirsi standardizzate⁴⁰, con il tempo si sono ampliate le ipotesi di responsabilità precontrattuale fino a ricomprendervi quelle situazioni in cui un contratto fosse stato validamente concluso ma che, tuttavia, risultasse pregiudizievole per uno dei soggetti contraenti.

Temporalmente, è possibile suddividere in tre fasi l'evoluzione dell'ambito di applicabilità della normativa in esame. Nella prima veniva adottata un'interpretazione restrittiva volta a limitarne l'applicazione alle sole ipotesi di conclusione di un contratto la cui invalidità fosse stata determinata dal comportamento scorretto e sleale di una delle parti contraenti nella fase delle trattative. Conseguentemente, l'art. 1338 c.c. se da un lato era espressione di un'ipotesi specifica di responsabilità precontrattuale, dall'altro ne esauriva totalmente la portata

41

Nella seconda fase il contenuto dell'obbligo di buona fede venne arricchito da un'interpretazione estensiva fattane dalla giurisprudenza che proiettò l'ambito di applicabilità anche alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative.

Più precisamente, veniva ad essere considerata fonte di responsabilità precontrattuale il recesso dalle trattative senza giusta causa a discapito del legittimo affidamento sorto in capo alla controparte circa l'effettiva

³⁹ A. DE MAURO, *La violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p.97.

⁴⁰ Il riferimento va fatto alle ipotesi di recesso abusivo dalla trattativa.

⁴¹ F. CARINGELLA E L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Barletta, 2016, p.829.

conclusione del contratto.
Infine, nella terza fase la violazione della clausola di buona fede assunse rilievo anche qualora le parti contraenti fossero pervenute alla conclusione del contratto ma, a causa del comportamento scorretto tenuto da una delle stesse nella fase antecedente, il regolamento contrattuale risultava svantaggioso per una delle due.

5 *Il recesso ingiustificato dalle trattative*

Considerato come «paradigma della responsabilità precontrattuale»⁴², il recesso ingiustificato dalle trattative è una fattispecie giurisprudenzialmente tipizzata.

E' altresì espressione del fondamentale principio secondo cui *nemo potest contra factum proprium venire*: il diritto al risarcimento del danno, infatti, sorge a causa di un comportamento incoerente, contraddittorio della parte che, esercitando senza giusta causa il recesso dalla fase delle trattative, causa un danno alla controparte che, incolpevole, abbia fatto affidamento sulla conclusione del contratto.

L'inclusione del recesso ingiustificato dalle trattative tra le ipotesi di *culpa in contrahendo* è stata oggetto di alterne ricostruzioni. Sinteticamente, tale difficoltà si spiega, *in primis*, per la concezione propria del XIX secolo secondo la quale il recesso era un diritto che spettava, incondizionatamente, ad ogni soggetto: *qui iure suo utitur neminem laedit*. Nessuno, quindi, poteva dirsi responsabile per i danni causati ad altri soggetti nell'esercizio di un suo diritto. *In secundis*, i principi propri del codice napoleonico quali l'esaltazione del

⁴² G. S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 274.

dogma della proprietà, del dogma del volere e, quindi, della libertà contrattuale rendevano assai difficoltoso l'introduzione di una responsabilità per danni cagionati dall'interruzione arbitraria delle trattative, di cui si metteva in risalto il carattere meramente preparatorio e non vincolante⁴³. La centralità rivestita da tali principi, a cui si aggiunge, inevitabilmente, la concezione liberista dell'epoca che connotava l'assetto economico e gli scambi commerciali, escludeva *tout cour*; quale fonte di responsabilità, il recesso di una delle parti contraenti da una fase che, per definizione, non vincola i soggetti partecipanti ma assume carattere meramente preparatorio. Nell'assetto così prospettato, rilevante è stata l'attività compiuta dalla dottrina⁴⁴ e dalla giurisprudenza prima della codificazione del 1942 che ha posto le basi circa il riconoscimento di tale forma di responsabilità precontrattuale.

Intervenuta la codificazione, l'interesse della giurisprudenza è traslato sulla risoluzione dei dubbi interpretativi che la disposizione *ex art. 1337 c.c.* – a cui ricondurre l'ingiustificato recesso dalle trattative - lasciava aperti, data la mancanza di ogni riferimento normativo circa gli elementi costitutivi della fattispecie volti a far intendere quando la stessa può dirsi integrata. Il legislatore del '42 non ha dato rilievo giuridico all'interesse della parte che si sia impegnata in una trattativa a vedere, inevitabilmente, il contratto concludersi. Come si legge, infatti, nell'art. 1328, comma 1, c.c.: «la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso». Da ciò discende che nella fase antecedente e prodromica alla conclusione del contratto le parti sono libere di recedere senza limiti temporali e senza dover dare spiegazione circa i motivi che hanno portato le stesse ad abbandonare l'affare.

⁴³G. S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 274.

⁴⁴Come si legge in G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 69, il riferimento va necessariamente fatto a Faggella che, nella sua opera «I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale» parlò di un accordo tacito precontrattuale intercorrente tra le parti contraenti, la cui violazione avrebbe fatto sorgere una responsabilità di tipo precontrattuale in capo al soggetto che avesse esercitato, arbitrariamente, il recesso dalla fase delle trattative.

Tale facoltà di recesso, però, non è assoluta e deve fare i conti con l'eventuale affidamento che la controparte possa aver ragionevolmente maturato circa la conclusione del contratto.

In altri termini, qualora le trattative abbiano raggiunto uno stato avanzato e qualora la condotta della controparte sia stata di una serietà tale da far credere all'altra di pervenire alla conclusione del contratto, l'eventuale recesso deve essere sorretto da una giusta causa. In caso contrario, la condotta del soggetto causa un danno risarcibile nei limiti dell'interesse negativo ex art. 1337 c.c. I fatti costituenti la fattispecie, quindi, sono riducibili a tre: l'affidamento di una delle parti circa il buon esito delle trattative, il recesso senza giusta causa dell'altra ed il danno.

L'affidamento legittimo, una volta sorto, come già anticipato, argina la possibilità per i soggetti di recedere liberamente senza tenere in debita considerazione il *quomodo* in cui tale diritto deve essere esercitato. Invero, il riferimento alla clausola di buona fede e la moralizzazione delle trattative cui la stessa persegue, tende a contemperare l'autonomia delle parti con la necessità che le stesse adottino un comportamento volto al rispetto degli interessi e delle aspettative vantate dalla controparte ⁴⁵.

Ma quando sorge un ragionevole affidamento? Premesso che l'affidamento deve essere valutato sulla base di elementi obiettivi e inequivocabili, stando alla lettera del codice, l'arco temporale di riferimento va dall'inizio delle trattative alla fase appena precedente la conclusione del contratto. La giurisprudenza, però, evidenzia che è difficile limitare in modo preciso il momento in cui può dirsi sorto tale affidamento, posto che la ricerca è da fare caso per caso in relazione alla natura e all'oggetto dell'accordo, alle qualità dei soggetti e alle circostanze del caso concreto ⁴⁶. La giurisprudenza⁴⁷, verifica, in particolare, se le trattative siano o meno

⁴⁵ G. S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 277.

⁴⁶ G.S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 279.

⁴⁷ In G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie, e casistica*, Milano, 2010, p. 34, è riportato un passo della sentenza della Corte di Cassazione del 29 marzo 2007 n. 7768 in cui

idonee a creare affidamento in capo alla controparte⁴⁸: l'affidamento sarà giuridicamente rilevante, e quindi tutelabile, solo ove le trattative abbiano raggiunto uno stadio avanzato⁴⁹.

Quanto all'elemento soggettivo, da un lato, sorge responsabilità precontrattuale quando l'affidamento è incolpevole, ovvero la parte abbia adottato un comportamento diligente ma, nonostante ciò, le circostanze del caso l'hanno indotta a deporre erronee aspettative circa la conclusione del contratto.

Dall'altro lato, l'affidamento, a sua volta, deve esser stata diretta conseguenza di un comportamento colpevole della contro parte, rilevando sia il dolo che la colpa.

Quanto alla sussistenza o meno di una giusta causa, sono da prendere in considerazione elementi esterni alla sfera personale della parte che esercita il recesso: deve trattarsi di circostanze sorte improvvisamente durante le trattative ovvero già esistenti ma sconosciute alla parte⁵⁰.

In verità, come accade per la definizione di legittimo affidamento, anche la verifica in ordine alla sussistenza o meno di una giusta causa risulta di difficile valutazione. Seppur l'indagine debba essere condotta, anche in questo caso, alla stregua di elementi obiettivi, la stessa giurisprudenza riconosce come l'effettiva portata di tali elementi – affidamento legittimo,

si precisa che affinché «possa dirsi integrata la responsabilità precontrattuale è necessario che tra le parti siano in corso trattative» e che le stesse «siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto».

⁴⁸ Tra i vari casi giurisprudenziali che ritengono fondato l'affidamento della parte è da ricordare quello in cui una parte esercita il recesso dopo il raggiungimento di un accordo verbale ma prima della sottoscrizione del medesimo, qualora la legge richieda la forma scritta *ad substantiam*. Contrariamente, non assume rilievo ai fini della responsabilità precontrattuale la frequenza o la durata degli incontri svoltisi tra i soggetti partecipanti alle trattative.

⁴⁹ G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie, e casistica*, cit., p. 34, fa riferimento al concetto di «trattative affidanti».

⁵⁰ Si nega la sussistenza di una giusta causa tutte quelle volte in cui l'abbandono delle trattative è diretta conseguenza di una mera rivalutazione dell'accordo in termini economici.

giusta causa, stato avanzato delle trattative –sia rimessa alla valutazione del giudice che dovrà tenere in debita considerazione il caso concreto⁵¹.

6 L'evoluzione dell'ambito di applicabilità dell'art. 1337 c.c.

Dagli anni '70, è stato superato l'orientamento secondo cui l'unica ipotesi di responsabilità contrattuale si concretizzava nel recesso abusivo dalle trattative. Dottrina, prima, e giurisprudenza, a seguire, hanno, infatti, esteso l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c. riconoscendo nuovi casi in cui poteva dirsi violato l'obbligo di buona fede. Ad oggi, infatti, l'operatività dell'istituto non è limitata alla sola circostanza in cui l'accordo non è concluso perché una parte abbia, ingiustificatamente o con mala fede, abbandonato le trattative. Al contrario, la portata della normativa viene estesa anche a quelle ipotesi in cui un contratto venga effettivamente concluso ma a condizioni diverse rispetto a quelle volute, sempre se ciò è diretta conseguenza di un comportamento contrario a buona fede⁵². Schematicamente, infatti, è possibile ricondurre la responsabilità precontrattuale a tre modelli principali: il primo, attiene a tutte quelle ipotesi in cui, a causa di un recesso ingiustificato, la parte abbia abbandonato la fase

⁵¹ In questo senso A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, in P. G. Monateri, E. del Prato, M. R. Marella, A. Somma, C. Costantini, *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, p. 184.

⁵² Non è da condividere, infatti, l'orientamento che escludeva la risarcibilità del danno *ex art. 1337 c.c.* qualora si fosse, comunque, pervenuti alla conclusione del contratto. Secondo tale impostazione, una volta stipulato il contratto, il risarcimento del danno avrebbe dovuto essere imputato a titolo di responsabilità contrattuale. Deve, tuttavia, rilevarsi che la responsabilità contrattuale richiede, tra i suoi elementi costitutivi, l'inadempimento delle obbligazioni del contratto. La responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, al di là della conclusione o meno del contratto, sanziona la violazione dell'obbligo di buona fede. Si tratterebbe, quindi, di due norme che hanno un ambito applicativo, sia per finalità che presupposti, nettamente diverso e nulla esclude che possano concorrere tra di loro. Inoltre, tale teoria sembra pervenire a una conclusione contraria al dettato normativo, dato che la responsabilità precontrattuale non esclude, né implicitamente né esplicitamente, le ipotesi in cui un contratto sia effettivamente concluso.

delle trattative, indi per cui il contratto non viene ad esistenza; il secondo, che descrive tutte quelle ipotesi in cui un contratto viene validamente concluso, ma è sconveniente per una delle parti contraenti; ed infine, il terzo, che attiene alle ipotesi di stipulazione inutile, *ex art. 1338 c.c.*, perché un contratto viene effettivamente concluso ma risulta invalido o inefficace.

6.1 Obblighi di informazione

Mettendo momentaneamente da parte l'analisi dell'art. 1338 c.c. in cui l'obbligo di informazione è qualificato dalle cause di invalidità o inefficacia del contratto, il rispetto dell'obbligo di buona fede implica che le parti comunichino, vicendevolmente, tutti i dati che appaiano rilevanti e funzionali alla conclusione dell'accordo. Invero, la parte che non condivida informazioni dovute o comunichi informazioni non veritiere risponde a titolo di risarcimento *ex art. 1337 c.c.* per i danni eventualmente causati, seppur il contratto concluso sia intaccabile⁵³. Particolare è il meccanismo in forza del quale tali obblighi informativi hanno trovato un loro ruolo nell'ambito di applicazione della normativa. Infatti, se solitamente si assiste ad un processo di integrazione che vede l'estensione della normativa generale nell'ambito di quella particolare, soprattutto con la finalità di colmare le lacune di quest'ultima, nel caso di specie, invece, si assiste ad un processo inverso: il maggior rilievo riconosciuto agli obblighi di informazione – attraverso la clausola di buona fede – è frutto della «contaminazione» tra disciplina generale e diritto speciale (di provenienza europea)⁵⁴. Non a caso, il fine primo perseguito da

⁵³ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 834.

⁵⁴ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p.209.

tali obblighi informativi è quello di permettere alle parti di raffigurarsi i tratti essenziali dell'affare che hanno intenzione di portare a buon fine. A sua volta, la consapevole e cosciente conclusione dell'affare dipende necessariamente dalla conoscenza e/o conoscibilità di talune informazioni che, relazionate allo specifico tipo contrattuale, assumono rilevanza vitale. In altri termini, tali obblighi realizzerebbero un'attività rappresentativa del contratto⁵⁵ e permetterebbero, soprattutto nei rapporti caratterizzati da un'asimmetria informativa – esemplificativa è la disciplina racchiusa nel Codice del consumo⁵⁶ – di evitare che una parte profitti della situazione di debolezza contrattuale in cui si trovi l'altra. Anche la Corte di Cassazione ha, infatti, ritenuto che «l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. (...) il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, al fine della stipulazione del contratto»⁵⁷.

Ma quali dati formano oggetto dell'obbligo informativo? Si esclude che possa formare oggetto di obblighi informativi le ragioni personali che spingono ciascuna parte a partecipare alla fase delle trattative in vista della stipulazione del contratto. Si ammette, invece, che una parte debba comunicare all'altra, tutte quelle informazioni che possano incidere, oggettivamente, sulla conclusione dell'accordo e, quindi, sulla volontà della parte di contrarre. L'oggetto dell'obbligo informativo, quindi, si riflette sull'oggetto del

⁵⁵ I. MUSIO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, diretto da Pasquale Stanzone, Trento, 2012, p.534.

⁵⁶ Nel caso di specie, gli obblighi informativi sono qualificati dal legislatore in quanto volti a eliminare o, quanto meno ridurre, l'asimmetria informativa che, per definizione, caratterizza il rapporto tra consumatore (contraente debole) e professionista (contraente forte).

⁵⁷ In tal senso Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n.24795 in R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 204.

contratto, o meglio, sulla sua prestazione. Appare quindi difficile – per non dire pleonastico – determinare *a priori* il contenuto dell’obbligo informativo prescindendo dall’analisi del caso concreto. Tali obblighi, infatti, potranno essere definiti non appena le parti decidano quale tipologia di accordo intendono concludere.

L’obbligo di comunicazione, però, non è assoluto. Come scrive Guerinoni, appunto, «il fatto che la buona fede imponga alle parti un obbligo prenegoziale di informazione sui fatti che rivestono essenziale importanza non può certo servire da alibi per giustificare il comportamento di chi si astenga dal compiere atti diretti alla ricerca delle notizie utili allo scopo di esattamente prefigurare i termini dell’affare da porre in essere».⁵⁸

Indi per cui, se è vero che sussiste un dovere di informazione reciproca tra le parti, è anche vero che il diritto a ricevere informazioni non può scusare l’inattività – e, quindi, la negligenza – della parte circa il reperimento delle notizie utili ai fini della conclusione del contratto. L’impegno di comportarsi secondo diligenza equivale, invero, a limite del dovere di informare.

Appare chiaro, quindi, il superamento del principio di auto responsabilità cui vedeva le parti in netta contrapposizione tra loro e ciascuna legittimata ad avvantaggiarsi di qualsiasi errore o mancata conoscenza della controparte su questioni attinenti la conclusione del contratto e, al contempo, il favore ai principi di collaborazione e correttezza reciproca. Meno chiaro è il contenuto dell’obbligo informativo tutte le volte in cui la fattispecie non rientra nelle specifiche ipotesi previste dal legislatore nel del codice civile⁵⁹ nonché nella legislazione speciale, connotata, quest’ultima, da

⁵⁸ E. GUERINONI, *Buona fede contrattuale e obblighi di informazione*, 2007, Università di Milano, p.19.

⁵⁹ Solo per esemplificarne alcuni: gli artt. 1892 e 1893 c.c. in materia di contratto di assicurazione; l’art. 1338 c.c. in materia di responsabilità precontrattuale; l’art. 798 c.c. in materia di donazione; l’art. 1759 c.c. in materia di mediazione; l’art. 1812 c.c. in materia di comodato; l’art. 1821 c.c. in materia di mutuo.

forti asimmetrie informative tra i contraenti. Conseguentemente, salvo le ipotesi cui lo stesso legislatore è a farvi riferimento, l'individuazione delle informazioni oggetto dell'obbligo di comunicazione richiede una valutazione del caso concreto, e quindi delle circostanze in cui viene ad esistenza il contratto, della qualità dei soggetti contraenti e della natura del contratto.

6.2 *Obblighi di segretezza e obblighi di chiarezza*

La clausola generale di buona fede implica, necessariamente, che le parti non propaghino quanto abbiano acquisito partecipando alle trattative, a prescindere da una previsione normativa che disponga in tal senso. In altri termini, si tutelano gli interessi di ciascuna parte a non vedersi divulgate notizie o informazioni che potrebbero arrecargli nocumento. I principi *Unidroit* prevedono *expressis verbis* l'obbligo di segreto alla stregua dell'art. 2.1.16, secondo cui: «se, nel corso delle trattative, una parte rivela un'informazione in via riservata, l'altra parte ha il dovere di non divulgare tale informazione o di non usarla scorrettamente a proprio vantaggio, indipendentemente dalla successiva conclusione del contratto. Ove il caso lo richieda, il rimedio per l'inosservanza di questo dovere può includere un risarcimento commisurato al vantaggio ottenuto dalla controparte».

Un ulteriore obbligo che trova ingresso nella clausola di buona fede è quello di chiarezza: la parte deve astenersi circa l'utilizzo di forme verbali e lessicali non comprensibili dall'altra parte contraente, approfittandosi del suo stato di ignoranza⁶⁰.

⁶⁰ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 166.

6.3 *Dovere di salvaguardia e collaborazione*

Un ulteriore ambito di applicabilità della responsabilità precontrattuale si delinea allorquando la parte ometta di porre in essere quegli atti indispensabili per garantire efficacia e validità al contratto.⁶¹ Basti pensare all'inerzia, sia essa accompagnata dall'elemento soggettivo della colpa o del dolo, del soggetto il quale fa spirare il termine utile ai fini dell'ottenimento di un provvedimento della Pubblica Amministrazione da cui dipende l'idoneità del contratto all'esplicazione degli effetti giuridici. La Corte di Cassazione⁶² mette in luce tale aspetto precisando che: «la buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, è uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà che integrano, appunto, il contenuto della buona fede». Dunque, anche l'attività della parte diretta all'ottenimento dei relativi provvedimenti e autorizzazioni per assicurare efficacia al contratto da stipulare rientra in quell'ottica di collaborazione e solidarietà che a pieno connota il fondamento dell'obbligo di buona fede. Ciò che viene richiesto alle parti non è l'adozione di un comportamento egoistico volto al soddisfacimento dei propri interessi, quanto, piuttosto, aderire ad una visione d'insieme che tenga in considerazione anche la posizione giuridica e le aspettative della controparte, nei limiti, chiaramente, di un apprezzabile sacrificio della parte stessa⁶³.

⁶¹ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 166.

⁶² In tal senso Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n.3775, in *Buona fede come integrazione dello statuto negoziale: Il ruolo del giudice nel governo del contratto*, Relazione n. 116, Roma, 10 settembre 2010.

⁶³ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 167.

6.4 *Il dolo incidente e la teoria dei vizi incompleti*

Qualora venga violato l'obbligo di buona fede *ex art. 1337 c.c.*, l'ordinamento giuridico appresta una tutela di carattere risarcitorio. Occorre tuttavia domandarsi se tale rimedio sia l'unico esperibile o se, in caso di stipulazione del contratto, le parti possano esperire anche altri rimedi. Possono indicarsi due orientamenti che si sono contrapposti, per molto tempo.

Una tesi restrittiva – tradizionale – ⁶⁴, secondo la quale la responsabilità precontrattuale sussiste solo in caso di mancata conclusione di un contratto valido. Al contrario, qualora fosse stipulato un contratto valido, la fattispecie sarebbe rientrata nell'orbita dei rimedi propri della fase contrattuale, quindi l'attenzione si sarebbe spostata sulla corretta e valida formazione del consenso, non intaccata da vizi quali il dolo, l'errore e la violenza. «La conclusione del contratto, quindi, avrebbe assorbito la responsabilità precontrattuale» ⁶⁵.

Secondo la tesi estensiva, la stipulazione di un contratto valido avrebbe potuto far sorgere un diritto al risarcimento del danno a causa della violazione del generale principio *neminem laedere* nella fase delle trattative. Fondamento normativo di tale ultima tesi è l'art. 1440 c.c., rubricato «Dolo incidente» ⁶⁶.

I raggiri di cui all'art. 1440 c.c., a differenza di quanto previsto dall'art. 1439 c.c., non sono determinanti per il consenso. Conseguentemente, la parte

⁶⁴ Questa trovava fondamento sia nel pensiero di Jhering sia nella lettera della Relazione al codice in quanto in entrambe il riferimento era fatto a ipotesi in cui il contratto fosse invalido o non fosse stato concluso causa recesso ingiustificato dalle trattative.

⁶⁵ M. FRATINI, *Manuale di civile*, cit., p. 436.

⁶⁶ «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse, ma il contraente in mala fede risponde dei danni».

vittima avrebbe comunque concluso il contratto, ma, in assenza di questi, lo avrebbe sicuramente concluso a condizioni diverse e più vantaggiose rispetto a quelle cui, concretamente, è sottostato. Quanto ai rimedi, è necessario tenere in considerazione la distinzione tra le regole di validità e le regole di correttezza, che qualora violate, rispettivamente, determinano l'invalidità del contratto e il risarcimento del danno.

Nel caso da ultimo esaminato è da escludere senza alcun dubbio l'invalidità – più precisamente, annullabilità – propria dei vizi del consenso (dolo, errore e violenza). Tali cause, infatti, sono tipizzate dal legislatore. Questo implica che l'annullabilità del contratto può concretizzarsi solo ove il caso di specie sia integralmente sussumibile nella fattispecie astratta prevista dal legislatore.

In caso contrario, il contratto non è annullabile ⁶⁷. Verrebbe in rilievo, invece, il risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* che consentirebbe alla parte contraente lesionata di ottenere un riequilibrio economico dell'affare.⁶⁸

In altri termini, la parte che con raggiri o inganni fa cadere in errore la controparte a tal punto da farle concludere un contratto per lei svantaggioso, viola il precetto della buona fede ed è tenuto al risarcimento del danno. L'art. 1440 c.c. può essere considerato il riferimento normativo dal quale muove la c.d. teoria dei vizi incompleti, in cui ricadono tutte quelle ipotesi in cui il contratto sia affetto da «quasi vizi o vizi non invalidanti» ⁶⁹. Per vizi incompleti debbono intendersi «quelle situazioni nelle quali non si rinvencono i tratti della fattispecie astratta di vizio, così come prefigurata dal

⁶⁷ P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 2, 10239, p. 6.

⁶⁸ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 832.

⁶⁹ M. FRATINI e F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, in *De Iustitia*, 2017, p.6.

legislatore⁷⁰, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici alterati, e così via»⁷¹. Più semplicemente, quando il contratto è affetto da anomalie che viziano la formazione del consenso senza, però, esser riconducibili alle cause di invalidità previste dal legislatore.⁷² In tutte queste ipotesi, infatti, il rimedio esperibile sarà il risarcimento del danno *ex art.1337 c.c.* e non l'annullabilità del contratto.

7 *L'art. 1338 c.c.*

«La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto». Si tratta di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale tipica, che si pone, secondo una ricostruzione, in rapporto di *genus a speciem* con il generale obbligo di buona fede sancito nell'art. 1337 c.c. Infatti, la giurisprudenza, ha ricondotto in quest'ultima disposizione il principio cardine della *culpa in contrahendo* mentre nell'art. 1338 c.c. una sua specificazione⁷³. Diversamente dal recesso ingiustificato dalle trattative *ex art. 1337 c.c.* in cui si parla di trattativa inutile, nel caso di specie si parla di stipula inutile⁷⁴.

⁷⁰ Il riferimento va fatto a tutte quelle fattispecie in cui sono presenti solo alcuni degli elementi costitutivi della previsione normativa. Emblematicamente, si parla di vizio incompleto quando l'errore non è essenziale o non riconoscibile, o ancora, quando la violenza non presenta tutti i caratteri di cui all'art. 1434 ss. c.c.

⁷¹ P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 2, 10239, p. 10.

⁷² F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 833.

⁷³ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 156.

⁷⁴ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 105.

Analogamente, invece, la finalità che si propone di perseguire l'art. 1338 c.c. è quella sottesa alla clausola generale di buona fede: proteggere la libertà negoziale dei contraenti nella fase che precede la stipulazione del contratto, ma, evitando, nel caso di specie, che gli stessi portino avanti una negoziazione che li conduca al perfezionamento di regolamento contrattuale invalido.

Se l'art. 1337 c.c. tutela l'aspettativa alla conclusione dell'accordo, l'art. 1338 c.c. protegge l'affidamento del soggetto parte delle trattative sulla validità dello stesso.

Per quanto concerne l'ambito di applicabilità oggettivo, presupposto richiesto dalla disposizione è «l'invalidità del contratto». Tale riferimento, *prima facie*, sembrerebbe limitare l'applicabilità dell'istituto alle sole ipotesi di contratto nullo o annullabile. In realtà, appare preferibile aderire ad una interpretazione estensiva del disposto codicistico anche in una prospettiva di espansione della clausola di buona fede⁷⁵, così da far trovare ingresso anche alla figura del contratto inesistente e a quella del contratto inefficace.⁷⁶

Infatti, come si legge in una sentenza della Corte di Cassazione: «la norma dell'art. 1338 c.c. (...) è applicabile a tutte le ipotesi di invalidità del contratto e, pertanto non solo a quelle di nullità, ma anche a quelle di nullità parziale e di annullabilità, nonché nelle ipotesi di inefficacia del contratto, dovendosi ritenere che anche in tal caso si riscontra la medesima esigenza di tutela delle aspettative delle parti al perseguimento di quelle utilità cui esse mirano mediante la stipulazione del contratto medesimo»⁷⁷. Quanto all'ambito soggettivo di applicabilità, la fattispecie può essere

⁷⁵ P. GALLO, *Trattato del contratto, Tomo I, La formazione*, Torino, 2010, p. 263.

⁷⁶ Tuttavia, anche qualora si aderisse alla tesi restrittiva che limita l'applicazione dell'obbligo di informazione alle sole ipotesi di invalidità del contratto strettamente considerate, tutte le altre ipotesi di inefficacia o inesistenza rientrerebbero, ove ne integrassero gli estremi, nel disposto di cui all'art. 1337 c.c.

⁷⁷ In tal senso Cass., civ., sez. III, 8 luglio 2010, n.16149 in R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2017, p. 205.

integrata sia da un comportamento doloso che colposo. Nel primo caso, la parte contraente ha piena consapevolezza della causa di invalidità ma, nonostante ciò, continua la negoziazione omettendo di darne comunicazione all'altra parte.

Nel secondo caso, si imputa alla parte tenuta ad effettuare il controllo - secondo l'ordinamento giuridico - un comportamento negligente in quanto, ove avesse utilizzato l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto conoscere l'invalidità dell'accordo. ⁷⁸

La richiesta di risarcimento del danno, però, qualora fosse violato il precetto oggetto di esame, non è assoluta ma incontra un limite ben preciso: l'ordinaria diligenza della controparte. Come si desume dalla lettera del codice, infatti, la parte vittima deve aver confidato nella validità del contratto «senza sua colpa». Conseguentemente, non è imputabile l'omessa comunicazione di una causa di invalidità ad una delle parti, qualora l'altra, avrebbe dovuto averne conoscenza se non fosse stata negligente in tal senso. In altri termini, il concorso colposo della parte contraente che ha subito un danno comporta l'esclusione della responsabilità del danneggiante.⁷⁹

7.1 L'art. 1338 c.c. e il principio “*ignorantia legis non excusat*”

Nel caso in cui sia violata una norma imperativa la giurisprudenza e la dottrina sono orientate in senso nettamente opposto. Come già anticipato, affinché sorga responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. è necessario che la parte lesa abbia confidato «senza sua colpa» nella validità del contratto. La giurisprudenza, però, esclude l'obbligo di comunicazione delle cause di invalidità del contratto in tutte quelle ipotesi in

⁷⁸ M. FRATINI, *Manuale di civile*, cit., p. 433.

⁷⁹ M. FRATINI, *Manuale di civile*, cit., p. 433.

cui essa è conseguenza della violazione di una norma cogente ovvero di norme a carattere obiettivo – cioè quelle norme che, per presunzione assoluta, devono essere conosciute dalla generalità dei consociati ⁸⁰ . La maggior parte della dottrina, invece, si distacca dall'interpretazione da ultimo esposta. La critica così si delinea: l'orientamento dei giudici di ultima istanza parrebbe «costruito» in quanto basato su una generalizzazione di una tale entità da far perdere di vista, *tout cour*, la valutazione del caso concreto. Escludere *a priori* l'operatività della disposizione ogni qual volta l'invalidità del contratto è causa della violazione di una norma di legge, non terrebbe in considerazione tutte quelle ipotesi in cui, per esempio, la conoscibilità della norma sia subordinata ad una specifica competenza tecnica, propria di una sola delle due parti, o quelle ipotesi in cui rileva il diritto straniero ⁸¹ . D'altro canto, escludere senza riserve l'applicazione della norma in tali ipotesi equivarrebbe mettere in dubbio la ragion d'essere della disposizione, posto che nella maggior parte dei casi l'invalidità del contratto è connessa alla violazione di norme di legge. Tale critica, però, pare non condivisibile alla luce del riferimento testuale della disposizione e della sua *ratio*. L'articolo in questione, infatti, nonostante ponga un dovere, reciproco, di comunicazione delle cause di invalidità del contratto, limita il risarcimento del danno ad un presupposto di non poca importanza: non deve sussistere l'elemento soggettivo della colpa in capo alla parte danneggiata. Non a caso, la Corte di Cassazione ha ritenuto che: «se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e – comunque – tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa

⁸⁰ G. S. RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 313.

⁸¹ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 173.

contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omissis di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse»⁸². Quindi, se la causa di invalidità è cristallizzata nel tessuto codicistico, sarebbe irragionevole rimettere ad una delle parti il dovere di comunicare quanto la legge esplica chiaramente. In caso contrario, la parte dovrebbe accollarsi un onere di cui non ha competenza. «Ritenere che l'ignoranza della legge possa talvolta essere scusabile quindi esonerare il trasgressore dalle conseguenze della violazione commessa, oltre ad urtare contro il principio costituzionale di eguaglianza, potrebbe infatti inevitabilmente a questa conseguenza: che il giudice dovrebbe caso per caso e secondo criteri che non potrebbero che essere i più soggettivi valutare se la norma appartiene alla categoria di quelle che possono e quindi debbono essere conosciute anche dal più sprovveduto dei cittadini o invece alla categoria delle norme la cui conoscenza è solo alla portata dei culti»⁸³.

8 *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale*

Portata a termine l'analisi delle disposizioni che racchiudono la disciplina della responsabilità precontrattuale, seppur nei limiti che interessano in vista dello sviluppo dell'elaborato, coerenza e completezza vogliono che l'ultimo dei paragrafi sia dedicato al rimedio previsto dal legislatore nelle ipotesi in cui può dirsi violato il precetto di buona fede ex art. 1337 c.c. – tenendo conto di tutte le sue esplicazioni – e l'obbligo di informazione delle cause di invalidità del contratto ex 1338 c.c. L'art. 1338 c.c. fa chiaro riferimento alla tutela apprestata dall'ordinamento

⁸² In questo senso Cass., civ., sez. III, 26 giugno 1998, n.6337 in A. DE MAURO, *La violazione del dovere precontrattuale di buona fede nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Avellino, 2007, p.97.

⁸³ F. CARRESI, *Il contratto*, 1987, Milano, p. 717.

giuridico disponendo che la parte lesa dal comportamento scorretto della controparte nella fase delle trattative ha diritto al risarcimento del danno. Risarcimento del danno che, diversamente da ciò che accade in materia di responsabilità contrattuale – in cui si parla di interesse positivo⁸⁴ – è da quantificare nei limiti del c.d. “interesse negativo”. Negli anni '60, la giurisprudenza rileva la coincidenza tra interesse negativo e *id quod contractum initum non fuisse*. L'interesse negativo viene definito, infatti, quale «interesse di ciascun soggetto a non essere lesa nell'esercizio della sua libertà negoziale»⁸⁵. Questo viene in rilievo tutte le volte in cui un soggetto prende parte a trattative poi rivelatesi inutili ovvero quando le stesse portino alla stipulazione di un contratto inutile, data la sua invalidità. In altri termini, il risarcimento del danno apprestato nei limiti dell'interesse negativo è volto a ripristinare lo status quo ante patrimoniale della parte vittima dell'illecito esistente prima dell'inizio delle trattative. Coerentemente, il danno emergente e il lucro cessante corrispondono, rispettivamente, alle spese⁸⁶ inutilmente erogate e alla perdita di favorevoli occasioni contrattuali⁸⁷.⁸⁸ Quanto al lucro cessante⁸⁹, la Corte di Cassazione ha precisato che «la

⁸⁴ L'interesse positivo si identifica con l'interesse all'esecuzione del regolamento contrattuale. Il danno, nel caso di specie, è costituito dalla perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante), purché sussista un nesso eziologico tra inadempimento e danno.

⁸⁵ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 175.

⁸⁶ Spese ricomprendenti sia il sacrificio economico sopportato per la continuazione delle trattative (es. spostamenti da un luogo ad un altro) che per la redazione del contratto (es. scrittura privata ecc.) e i costi sopportati in vista dell'esecuzione del contratto. Ad esempio, la stipulazione di un contratto di locazione avente ad oggetto un locale o di compravendita di strumenti, corredo ecc.

⁸⁷ Per perdita di occasioni contrattuali si intende la mancata attenzione rivolta ad ulteriori offerte contrattuali vantaggiose per la parte contraente in quanto sprecata per trattative poi rivelatesi inconcludenti o per contratti inutili, in quanto invalidi.

⁸⁸ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 175.

⁸⁹ B. SCUMACE, *Lucro cessante e interesse negativo*, in *Itinerari della giurisprudenza*, n.4, 2018, p. 467, mette in luce l'orientamento tradizionale e restrittivo della precedente giurisprudenza relativamente alla risarcibilità del lucro cessante. A tale fine, secondo tale impostazione, il danneggiato avrebbe dovuto dimostrare, da un lato, di «aver perduto l'occasione reale di concludere con altri lo stesso contratto andato a monte» e dall'altro, che «il contratto alternativo fosse stato altrettanto o più vantaggioso del contratto non concluso a causa del fallimento della trattativa». Punto di svolta è rappresentato da un caso noto come «Motonave Giuliana». Una società di noleggi aveva avanzato richiesta di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale a causa del comportamento scorretto e contrario a buona fede tenuto da altra società durante la fase delle

responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c. si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalle rinunce a stipulare un contratto, ancorché avente contenuto diverso, rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative, se la sua mancata conclusione si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte»⁹⁰.

Focalizzando l'attenzione sulla voce da ultimo analizzata, è da segnalare un dibattito attinente alla possibilità che il *quantum* dell'interesse negativo possa equivalere o essere maggiore di quello dell'interesse positivo, cioè del vantaggio patrimoniale che la parte avrebbe ottenuto ove il contratto fosse stato effettivamente perfezionato⁹¹.

Parte della dottrina esclude che si possa porre una restrizione del tutto arbitraria al risarcimento dell'interesse negativo data l'assenza di limiti di tale portata nel tessuto codicistico e dato l'errore in cui si cadrebbe ove si tendesse a generalizzare senza effettuare un'indagine caso per caso. Non è corretto, infatti, escludere a priori l'eventualità in cui le spese sopportate dal contraente in vista della conclusione del contratto superino i vantaggi che la parte medesima avrebbe ottenuto dall'adempimento del regolamento contrattuale. Ulteriore aspetto volto a sostenere tale posizione è il criterio – qualitativo e non quantitativo – in forza del quale si delinea la differenza tra le due categorie di danno appena descritti. Qualora, infatti, venga violata l'autonomia negoziale di una parte durante la fase delle trattative, il danno risarcibile deve essere determinato alla stregua degli articoli 1223 ss. c.c., indi per cui, il soggetto lesionato dalla altrui condotta scorretta ha diritto ad

trattative, lamentando, più nello specifico, la mancata conclusione di un contratto di vendita avente ad oggetto la motonave Giuliana. Svoltosi in tre gradi di giudizio, la Cassazione supera l'orientamento passato affermando che «non vi è ragione per escludere dal risarcimento dovuto ex art. 1337 c.c. il pregiudizio economico derivante dalla rinuncia a stipulare un contratto avente contenuto diverso, rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative poi non andate a buon fine, se la mancata conclusione del primo contratto si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte, che ha lasciato cadere le dette trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse».

⁹⁰ F. FORTINGUERRA, *Le conseguenze della violazione del dovere precontrattuale di buona fede*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p. 364.

⁹¹ A. FINESSI, *Offerta e accettazione*, cit., p. 196.

un integrale soddisfacimento, che non può essere limitato o ridotto arbitrariamente dato il silenzio del legislatore in tal senso. Profilo altrettanto delicato è quello della prova del lucro cessante che, senz'altro, spetta al soggetto danneggiato dalla condotta scorretta tenuta dalla controparte durante la fase delle trattative e quella di formazione del contratto. Difatti, l'onere della prova relativa alle spese sostenute (danno emergente) pare non presentare difficoltà: basterà esibire in giudizio la relativa documentazione. Di contro, dimostrare la perdita di occasioni alternative per avere confidato sul buon esito delle trattative risulta, nella pratica, alquanto complicato. Invero, «il lucro cessante è una posta rimasta puramente ipotetica»: né il contenuto né tantomeno il prezzo del può dirsi ancora definito⁹². In altri termini, la difficoltà per la parte danneggiata sta nel dimostrare con certezza – o con buona probabilità – che, ove non avesse riposto le sue attenzioni in una trattativa infruttuosa, avrebbe concluso un altro contratto con oggetto identico o meno a quello mancato. Secondo una ricostruzione giurisprudenziale, l'onere probatorio in questione può dirsi assolto in tutti i casi in cui la vittima abbia dato «prova certa della perdita di mancati guadagni alternativi»⁹³. Il discorso fino ad adesso tenuto è stato circoscritto alle ipotesi in cui la responsabilità precontrattuale sorge per effetto di una trattativa inutile ovvero di un contratto inutile, ma anche nelle ipotesi in cui il contratto venga

⁹² In tal senso B. SCUMACE, *Lucro cessante e interesse negativo*, cit., p. 469.

⁹³ In tal senso B. SCUMACE, *Lucro cessante e interesse negativo*, cit., p. 469. L'Autore fa riferimento al «criterio della certezza ragionevole». Secondo tale ricostruzione, due sarebbero i quesiti da risolvere: da un lato, quale sia la percentuale di probabilità in forza della quale sia possibile o meno accogliere una domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale e, dall'altro lato, se, superata una data percentuale di probabilità, sia risarcibile il danno *in toto* ovvero sia più opportuno temperare il *quantum* risarcibile in base alle probabilità di concludere il contratto alternativo. Analizzando preliminarmente il primo problema, rilevano due impostazioni: la prima, fa riferimento ad una percentuale di probabilità superiore al cinquanta; la seconda, ritiene sia «sufficiente un grado di probabilità preponderante», ovvero «una superiorità al 50% ma che non si impone con “nettezza, si tratta del modello “il più probabile che non”». Quanto al secondo problema prospettato, invece, l'Autore aderirebbe al modello del «tutto o niente». In tal senso, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 90, «soddisfatto il requisito del grado di probabilità, la parte otterrebbe il risarcimento dell'intero profitto mancato».

effettivamente a concludersi e, soprattutto, quando il contratto può dirsi valido ed efficace, una delle parti contraenti può comunque dirsi responsabile se abbia adottato un comportamento contrario ai precetti della buona fede e correttezza. Nel caso di specie, però, seppur il riferimento resti ancorato all'interesse negativo, è bene precisare che diverso è il criterio di determinazione del *quantum*.

Infatti, sebbene il contratto sia stato validamente stipulato, la parte contraente subisce un pregiudizio in quanto la stipulazione del medesimo è avvenuta a condizioni diverse rispetto a quelle per cui avrebbe rilasciato il proprio consenso a contrarre a causa della condotta tenuta dalla controparte nella fase delle trattative.

Il risarcimento del danno, nel caso da ultimo descritto, è commisurato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico come conseguenza della condotta scorretta tenuta da una delle parti. Si parla, a tal proposito, di «interesse positivo differenziale». Più precisamente, l'interprete deve quantificare il danno alla stregua di un processo prognostico volto a ricostruire virtualmente il regolamento contrattuale che le parti avrebbero concluso in assenza del comportamento scorretto adottato durante le trattative.⁹⁴

⁹⁴ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 841.

CAPITOLO II:

LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE

Sommario: 1. La tesi della natura extracontrattuale – 2. La tesi della natura contrattuale – 2.1. Responsabilità da «contatto sociale qualificato» – 3. La responsabilità precontrattuale come *tertium genus* e le posizioni eclettiche – 4. Conseguenze pratiche – 4.1. Prescrizione – 4.2. Onere probatorio – 4.3. Imputabilità della responsabilità – 4.4. Determinazione del danno e prevedibilità

1 La tesi della natura extracontrattuale

Uno dei profili problematici dell'istituto è rappresentato dalla questione teorica, ma con rilevanti risvolti pratici⁹⁵, della sua natura giuridica. Questione nei confronti della quale sia dottrina che giurisprudenza hanno, ancora oggi, un atteggiamento ondivago. E' un tema che, infatti, ha costituito terreno fertile di discussioni all'interno della dottrina circa la riconduzione della responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale ovvero in quella di tipo contrattuale.

La giurisprudenza, prima dell'emanazione della sentenza n. 14188 del 2016 della Corte di Cassazione⁹⁶, ha sempre mostrato coerenza collocando la responsabilità in questione sotto l'egida dell'art. 2043 c.c. La tradizionale contrapposizione appare fedele alla suddivisione operata dall'art. 1173 del codice civile che, rubricato «Fonti delle obbligazioni»,

⁹⁵ Ricondurre la responsabilità precontrattuale nel novero della responsabilità extracontrattuale o contrattuale comporta delle conseguenze pratiche di assoluta importanza. Principalmente, incide sulla prescrizione, sull'onere probatorio, sulla prevedibilità del danno e, infine, sulla capacità richiesta ai fini della domanda risarcitoria. Sul punto si veda, *amplius*, *infra*.

⁹⁶ Cass., civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 in www.altalex.com.

distingue le obbligazioni sorte da atto lecito – contratto – e le obbligazioni da atto illecito – delitto – a cui si aggiungono quelle scaturenti da «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico». Categoria, quest'ultima, che solo recentemente è stata presa in considerazione dalla giurisprudenza e che ha fatto sorgere l'interrogativo circa la possibilità di ricondurre la responsabilità precontrattuale in un *tertium genus* di responsabilità. Storicamente parlando, il silenzio del codice civile del 1865⁹⁷ aveva fatto nascere l'esigenza di colmare tale lacuna attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1151 del vecchio codice in materia di illecito aquiliano: qualora vi fosse stato un comportamento scorretto e sleale durante la fase delle trattative, non potendosi già parlare di contratto ma, tutt'al più, di trattativa inutile o contratto inutile, non restava che tutelare la parte danneggiata alla stregua di tale articolo⁹⁸. In altri termini, la violazione dell'obbligo di buona fede, temporalmente circoscritto alla fase che precedete la conclusione del contratto, concretizzava la violazione del generale principio del *neminem laedere*⁹⁹. L'entrata in vigore del codice del 1942 e l'inserimento nel nostro ordinamento giuridico di due disposizioni *ad hoc*¹⁰⁰ in materia di *culpa in contrahendo* non ha stravolto tale orientamento che, anzi, ha trovato la sua ancora normativa nell'art. 2043 c.c. in tema di illecito aquiliano, di contenuto equivalente all'art. 1151 del codice civile abrogato. Le critiche mosse alla tesi della responsabilità contrattuale sono molteplici. Da un punto di vista logico, sarebbe impossibile parlare di responsabilità da

⁹⁷ L'assetto normativo del codice civile abrogato non prevedeva alcuna disposizione relativa alla responsabilità precontrattuale.

⁹⁸ «Qualunque fatto dell'uomo che arreca danni ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno».

⁹⁹ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 79.

¹⁰⁰ Rispettivamente: «le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» (art. 1337 c.c.); «la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto» (art. 1338 c.c.).

inadempimento quando non può dirsi concluso il contratto. Più precisamente, veniva sottolineato come la responsabilità precontrattuale, avendo un ambito di applicabilità che prescinde dalla conclusione di un contratto¹⁰¹, non poteva essere riportata all'archetipo della responsabilità contrattuale, basata sul binomio contratto-responsabilità¹⁰². Il *discrimen*, cioè, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe delineato dalla «perfezione verificatasi o meno di un contratto»¹⁰³. Secondo tale ricostruzione, a dir il vero, anche qualora fosse stato concluso un contratto, seppur invalido, alla luce dell'art. 1338 c.c. – e, quindi, a seguito di una condotta reticente, sia essa colposa o dolosa, della parte che, nonostante sia tenuta ad adempiere un obbligo di comunicazione, ometta di informare la controparte delle circostanze attinenti la validità del contratto – sarebbe, in ogni caso, un caso da far cadere nell'ambito dell' illecito extracontrattuale in quanto, nel caso di specie, il contratto invalidamente concluso non rappresenterebbe altro che «un arma qualsiasi con la quale si è recato danni ad altri come si sarebbe potuto recarglielo per mille altre vie»¹⁰⁴. Da qui, la diretta conseguenza secondo cui gli articoli 1337 e 1338 c.c. sarebbero *species* del *genus* illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*, per cui la violazione dell'obbligo di buona fede si tradurrebbe e nella violazione del principio del *neminem laedere*. Infatti, l'art. 2043 c.c. funge da norma generale di chiusura¹⁰⁵ ricomprendendo tutti quei casi in cui il danno è causato prima ancora dell'inizio delle trattative o successivamente alla conclusione delle stesse o anche durante le medesime ma attraverso azioni od omissioni che, nel concreto, non siano sussumibili sotto la fattispecie di cui all'art. 1337.

¹⁰¹ Il riferimento va fatto a quelle ipotesi in cui non si perviene alla conclusione del contratto a causa del recesso ingiustificato di una delle parti durante le trattative. L'istituto della responsabilità precontrattuale, infatti, trova comunque applicazione nonostante non può possa dirsi concluso l'accordo.

¹⁰² G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, p. 78, cit.

¹⁰³ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁰⁴ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁰⁵ P. GALLO, *Trattato del contratto, I, La formazione*, Torino, 2010, p. 261.

Seguendo tale impostazione, il dovere di comportarsi secondo buona fede, lealtà, probità durante la fase diretta alla predisposizione del regolamento contrattuale – inteso come contenuto – e funzionale al perfezionamento dell'accordo, rappresenterebbe una regola al cui rispetto è tenuta la generalità dei consociati e non parti di un rapporto contrattuale *in itinere*. Un'altra critica nei confronti della tesi che privilegia la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale prende le mosse dall'interesse che, rispettivamente, l'adempimento di un'obbligazione contrattuale e il rispetto di un generico obbligo – quale quello di comportarsi secondo buona fede – tendono a preservare. Mentre il primo è diretta all'assolvimento del singolare e specifico interesse del creditore *ex art.* 1174 c.c.¹⁰⁶, il secondo è volto al soddisfacimento di interessi della vita di relazione suscettibili di essere lesi nei contatti sociali¹⁰⁷, che, nel caso di specie, coincide con l'autonomia negoziale.

2 La tesi della natura contrattuale

La tesi della natura contrattuale è fatta risalire a Rudolf von Jhering, considerato padre della responsabilità precontrattuale. Costui, infatti, riconoscendo l'esistenza di tale istituto ha, fin da subito, dato rilievo preminente all'obbligo per le parti di conformare il proprio comportamento ai precetti della buona fede e correttezza durante le trattative affinché si potesse pervenire alla conclusione di un valido regolamento contrattuale. La condotta negligente di una delle due parti contraenti avrebbe

¹⁰⁶ «La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

¹⁰⁷ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 158.

concretizzato, secondo l'Autore, un inadempimento contrattuale ¹⁰⁸ . A sua volta, altra impostazione non troppo difforme da quella appena descritta affermava la natura contrattuale della responsabilità ex art. 1337 c.c.: il risarcimento del danno dovuto alla parte vittima della condotta scorretta altrui sarebbe sorto a causa della violazione di un'«implicita obbligazione di garanzia»¹⁰⁹, la quale farebbe capo ad entrambi i soggetti partecipanti alla fase prodromica alla stipulazione del contratto e avrebbe ad oggetto l'impegno e la serietà, a tal fine necessaria, richiesta alle future ed eventuali parti contraenti. Con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, se da un lato la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza hanno continuato ad aderire alla tesi della natura extracontrattuale, dall'altro lato, un orientamento minoritario ha fatto perno sul dato testuale dell'art. 1337 c.c. per promuovere la tesi opposta che riconosceva natura contrattuale alla *culpa in contrahendo*. Secondo quest'ultima tesi¹¹⁰, l'obbligo di buona fede ex art. 1337 c.c. avrebbe «natura immediatamente precettiva»¹¹¹: «i c.d. obblighi di correttezza che presiedono la fase preliminare ed esecutiva del rapporto obbligatorio sono dei veri e propri doveri *ex lege* che partecipano dei caratteri dell'obbligazione in senso tecnico (...) in quanto sono posti a carico dei soggetti determinati ed hanno un contenuto patrimoniale» ¹¹² . Si tratterebbe, quindi, di un obbligo giuridico – quello di comportarsi secondo buona fede – al cui rispetto sono tenuti i singoli contraenti partecipanti alla

¹⁰⁸ In tal senso M. SAVOJA, *La responsabilità precontrattuale ed il risarcimento del danno*, in P. Cendon, *Impresa, Mercato, Società*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, diretto da P. Cendon, Trento, 2014, parla di «obbligazione di *diligentia in contrahendo*».

¹⁰⁹ In tal senso G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 73.

¹¹⁰ Tra i sostenitori della tesi minoritaria A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013, p. 502, che riconduce la responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità contrattuale e, quindi, sarebbe sussumibile sotto la fattispecie di cui agli articoli 1218 ss. c.c.

Secondo tale ricostruzione, gli artt. 1337 e 1338 c.c. darebbero vita ad un obbligo giuridico – quello di tenere un comportamento conforme a buona fede - incombente su ciascun soggetto partecipante alle trattative – che, ove violato, darebbe luogo ad una responsabilità per inadempimento.

¹¹¹ In questo senso G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 74.

¹¹² G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, p. 100.

fase delle trattative e non, come avviene nel caso della responsabilità extracontrattuale¹¹³, la generalità dei consociati. Del resto, gli articoli 1337 e 1338 c.c. fanno specifico riferimento al concetto di “parti”, il che porta a ritenere che tra le parti in questione preesista un vincolo giuridico seppur non inquadrabile nello schema contrattuale. Tra le principali argomentazioni fatte valere da tale orientamento, assume rilievo quella relativa al criterio di imputazione soggettiva della responsabilità, ovvero la colpa. Il comportamento colpevole del debitore è valutato, infatti, in relazione ad una specifica obbligazione – preesistente tra le parti – che non sia stata adempiuta o sia stata adempiuta in ritardo. La colpa extracontrattuale, invece, risulta integrata qualora la condotta del soggetto sia in contrasto con il generico principio del *neminem laedere*, e, quindi, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto giuridico tra i soggetti. In altri termini, la differenza tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale si basa sulla preesistenza o meno di un vincolo giuridico tra le parti: nella prima, infatti, l’inadempimento si riferisce ad una obbligazione specifica nata prima dell’inosservanza¹¹⁴.

Seguendo tale impostazione, rileva un’ulteriore distinzione che attiene al differente contenuto del danno suscettibile di risarcimento. La riparazione del danno causato a seguito della violazione dell’art. 1218 è obbligazione sostitutiva di quella inadempita; quella dovuta a causa della violazione dell’art. 2043 c.c. rappresenta il contenuto primario dell’obbligazione, che incombe sul responsabile del fatto illecito a favore della vittima una volta che si sia concretizzato il danno ingiusto¹¹⁵.

Un’altra argomentazione volta a ricondurre la responsabilità precontrattuale

¹¹³ La responsabilità extracontrattuale prescinde dalla sussistenza di un rapporto obbligatorio tra le parti. Principio cardine dell’art. 2043 c.c., infatti, è quello del *neminem laedere*, in forza del quale ciascun cittadino deve astenersi dal ledere la sfera giuridica altrui. Diversa è l’ipotesi di responsabilità disciplinata dall’art. 1218 c.c. rubricato «Responsabilità del debitore»: nel caso di specie, la responsabilità sorge qualora una delle parti del rapporto obbligatorio risulti inadempiente o in ritardo con l’esecuzione della prestazione.

¹¹⁴ A. DE MAURO, *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, cit., p.245.

¹¹⁵ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 75.

nell'ambito della responsabilità contrattuale poggia sul tradizionale – seppur superato¹¹⁶ – concetto di danno ingiusto: la tutela apprestata dall'art. 2043 c.c. sarebbe limitata alle ipotesi in cui vi fosse stata una lesione di diritti soggettivi assoluti, che, in quanto tali, erano tutelabili verso la generalità dei consociati¹¹⁷. Seguendo tale ricostruzione, i diritti soggettivi relativi, – tra cui i diritti di credito – acquistando vita nel rapporto giuridico eventualmente instauratosi tra le parti, troverebbero esclusiva protezione nell'ambito della responsabilità contrattuale e, più precisamente, nell'art. 1218 c.c. La giurisprudenza di legittimità, però, non ha mai dato rilievo alla tesi della natura contrattuale, affermando, costantemente, la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale. Il dovere di buona fede, quindi, non sarebbe imposto ad un soggetto determinato ai fine di soddisfare l'aspettativa di un altro – finalità propria della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. – ma è posto a tutela del generale principio di autonomia contrattuale e, per tale ragione, deve essere osservato dalla generalità dei consociati¹¹⁸.

¹¹⁶ Il concetto di danno ingiusto ha subito, nel tempo, un'evoluzione. In un primo tempo, il danno era considerato ingiusto qualora fosse stato *contra ius*, cioè, avesse determinato una lesione a diritti soggettivi assoluti, quali, ad esempio, il diritto di proprietà. I diritti soggettivi relativi, quindi, essendo esclusi dalla tutela apprestata dall'art. 2043 c.c., trovavano protezione sotto l'egida dell'art. 1218 c.c. in tema di responsabilità contrattuale. Da ciò discendeva che, qualora fosse stato concluso un contratto tra due soggetti, l'eventuale condotta di un terzo che avesse comportato la lesione del diritto di credito sorto dal rapporto giuridico intercorrente tra le parti contraenti, non sarebbe stata punibile, in quanto ipotesi non sussumibile sotto la fattispecie astratta dell'illecito aquiliano. Impostazione, quest'ultima, non più condivisibile. E' pacifico, ormai, che il concetto di danno ingiusto assume valenza di clausola generale riferibile – oltre che ai diritti soggettivi assoluti – anche ad altre posizioni giuridiche soggettive, quali i diritti relativi e, più in generale, a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti secondo l'ordinamento.

¹¹⁷ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 23.

¹¹⁸ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 837.

2.1 Responsabilità da «contatto sociale qualificato»

La questione relativa alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale ha interessato sia la dottrina – suddivisa tra i sostenitori della tesi contrattuale e quelli della tesi extracontrattuale – che la giurisprudenza, la quale, come già evidenziato, si è mostrata costante nel ricondurre la responsabilità precontrattuale nell'alveo dell'illecito aquiliano. L'impostazione della giurisprudenza appare ancorata alla fondamentale bipartizione delle fonti delle obbligazioni in atto lecito (contratto) e atto illecito (delitto) ¹¹⁹ ¹²⁰ .

Con la pronuncia della Corte di Cassazione n. 14188 del 2016¹²¹, però, la

¹¹⁹ In tal senso Cass., civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 in *Giur. Pubblica amministrazione*, 2016, p. 1053.

¹²⁰ Storicamente, il diritto romano riconosceva quali fonti delle obbligazioni il contratto ed il delitto, posto che per contratto si intendeva un negozio giuridico bilaterale per cui una parte era tenuta all'adempimento di un'obbligazione a favore dell'altra. L'impossibilità pratica di ricondurre talune fattispecie nell'una o nell'altra categoria, fece sorgere la necessità di ampliare il novero delle fonti delle obbligazioni. Nelle Istituzioni di Gaio venne fatto riferimento ad una terza categoria: le *obligationes ex variis causarum figuris*. In tale figura venne fatto rientrare il pagamento d'indebito, istituto che tutelava tutte quelle ipotesi in cui un soggetto avesse adempiuto erroneamente una obbligazione perché difettava della qualifica di debitore o perché il soggetto destinatario della prestazione non risultava come effettivo creditore. L'obbligo di restituzione di quanto indebitamente prestato, infatti, non sorgeva da un contratto ma dal fatto stesso che vi fosse stata una prestazione erroneamente eseguita.

Nelle Istituzioni di Giustiniano, invece, le fonti delle obbligazioni si distinguevano in contratto e quasi contratto e in delitti e quasi delitti. La figura del quasi contratto ricomprendeva quelle ipotesi in cui le parti erano tenute al rispetto di un obbligo giuridico che non scaturiva da un contratto ma da un fatto o da un atto che, di per sé, era idoneo a far scaturire un'obbligazione equiparabile a quella di fonte contrattuale.

¹²¹ Tale sentenza fa riferimento alla responsabilità precontrattuale della P.A. Più precisamente, la questione verteva sulla stipulazione di un contratto di appalto tra P.A. e privato. Come previsto dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, il contratto concluso con una Pubblica Amministrazione per dispiegare i suoi effetti deve essere previamente approvato dal Ministro competente, non essendo sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata a favore di un soggetto determinato. Nel caso di specie, l'approvazione ministeriale viene a mancare e ciò comporta l'inefficacia del contratto. La società stipulante – la Italia Service s.r.l. – decide, quindi, di agire in giudizio, nel dicembre 2000, dinanzi al Tribunale di Roma, contro il Ministero della Difesa, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri e la Scuola Allievi Carabinieri di Roma per ottenere il risarcimento dei danni vista l'inefficacia del contratto. Il Tribunale di primo grado – aderendo alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale – rigetta la domanda risarcitoria alla luce dell'art. 2947 c.c. che prevede un termine di prescrizione pari a 5 anni decorrente dal giorno in cui si è verificato il fatto illecito. La ricorrente, quindi, decide di impugnare la decisione di prime cure portando la questione dinanzi alla Corte di Appello di Roma che, a sua volta, conferma quanto disposto in primo grado. Conseguentemente, la questione viene portata dinanzi alla Corte di Cassazione che, diversamente da quanto disposto dai giudici di merito, colloca la responsabilità

giurisprudenza di legittimità aderisce all'orientamento minoritario circa la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale e abbandona la tesi della natura extracontrattuale.

Punto di partenza della recente elaborazione giurisprudenziale è, innanzitutto, l'art. 1173 c.c. rubricato «Fonti delle obbligazioni» con precipuo riferimento alle obbligazioni discendenti dalla legge, maggiormente trascurate dalle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali passate. In tale categoria, infatti, vi rientrerebbe il disposto di cui all'art. 1337 c.c. che prevede obblighi di buona fede e correttezza che le parti devono rispettare durante la fase delle trattative. Un ulteriore riferimento normativo va, poi, fatto all'art. 1218 c.c. rubricato «Responsabilità del debitore» precisando come tale previsione faccia perno sulla responsabilità del soggetto che non adempia o ritardi nell'adempimento di una obbligazione, senza che rilevi quale sia la fonte dell'obbligazione stessa.

Dunque, l'ambito di operatività della responsabilità contrattuale non si esaurisce alle ipotesi di mancata esecuzione della prestazione contrattuale ma ricomprende anche l'inadempimento di quelle obbligazioni che trovino la loro fonte non già in un regolamento contrattuale ma in altro «atto o fatto» che, secondo l'ordinamento giuridico, è in grado di produrle. In altri termini, una volta aperta la fase delle trattative e, quindi, prima che si pervenga alla conclusione di un contratto, tra le parti si realizzerebbe un «contatto sociale qualificato», cioè una relazione di vita produttiva di obblighi, la cui inosservanza è equiparabile a quella degli obblighi contrattuali

122

La Corte di Cassazione ha, infatti, precisato come l'elemento qualificante la responsabilità precontrattuale sarebbe «la violazione della buona fede che,

precontrattuale nell'ambito della responsabilità contrattuale applicando la relativa disciplina in tema di onere probatorio, prescrizione e danno.

¹²² R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 211.

sulla base dell'affidamento¹²³, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti.

Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del *neminem laedere*, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale»

124

Essenziale appare, quindi, il concetto di «contatto sociale qualificato» da intendere come relazione qualificata dal fatto che «una persona – al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) – affida i propri beni della vita alla correttezza (...) di un'altra persona»¹²⁵ e da tenere separato dal contatto sociale che si determina a seguito di un illecito compiuto da un soggetto a danno di un altro. In quest'ultimo caso, le parti sono estranee fino al momento in cui viene causato il danno: prima di questo momento non sono legate da alcun rapporto giuridico.

«Il “non rapporto” caratterizza, pertanto, la responsabilità civile aquiliana,

¹²³ Rilevante appare il riferimento alla posizione del Mengoni in A. DE MAURO, *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 247, il quale, sostenitore della tesi contrattuale, si interrogò sull'individuazione dello specifico fatto – inteso quale fonte delle obbligazioni secondo l'art. 1173 c.c. – da cui sarebbero scaturiti i doveri di correttezza, informazione e comunicazione previsti dall'art. 1337 c.c.

Secondo Mengoni, infatti, non era da condividere la ricostruzione secondo la quale il fatto costitutivo dell'obbligazione in questione fosse il momento in cui fossero state iniziate le trattative. Più nello specifico, l'Autore riteneva che “la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte”.

In conclusione, il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. spettava alla parte lesa tutte le volte. Quindi, secondo tale impostazione, il fatto costitutivo l'obbligo di buona fede (intesa quale obbligazione *ex lege*) è da valutare alla stregua dell'affidamento creato nella controparte durante la fase delle trattative.

¹²⁴ In tal senso Cass., civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 in *Giur. Pubblica amministrazione* cit. p. 1056.

¹²⁵ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 213.

nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l'obbligo del risarcimento, laddove nella relazione da "contatto sociale qualificato" sussiste un rapporto connotato da obblighi già a monte della lesione, ancorché non si tratti di obblighi di prestazione, bensì di obblighi di protezione correlati all'obbligo di buona fede»¹²⁶.

Prima ancora che la giurisprudenza di legittimità si pronunciasse in tal senso, si erano già avanzate delle perplessità¹²⁷ circa la figura della c.d. obbligazione senza prestazione. Dubbia era, infatti, l'assimilazione – in forza dell'art. 1173, n. 3, c.c., – dei doveri scaturenti dalla clausola di buona fede ex art. 1337 c.c. a seguito del contatto sociale tra le parti alle obbligazioni, intese in senso tecnico. Si evidenziava come, infatti, gli stessi sostenitori della tesi volta a ricondurre la responsabilità precontrattuale nel novero della responsabilità da contatto sociale qualificato, parlassero, inspiegabilmente, di applicazione analogica dell'art. 1218 c.c. quando è la stessa norma che omette di fare distinzioni in ordine alla fonte da cui sorge l'obbligazione disciplinando, invece, in modo generico, le ipotesi di inadempimento delle obbligazioni. Secondo taluni autori¹²⁸, infatti, non sarebbe ragionevole sostenere l'assimilazione cui si è fatto riferimento in precedenza per due motivi che trovano giustificazione nel dato normativo: l'art. 1174 c.c.¹²⁹ che fa precipuo riferimento all'oggetto dell'obbligazione e l'art. 1218 c.c.¹³⁰. Entrambe le disposizioni da ultimo richiamate, infatti, fanno riferimento al concetto di prestazione che, nella prima, identifica l'oggetto

¹²⁶ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit.

¹²⁷ Come si legge in F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 839.

¹²⁸ In questo senso F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 839, afferma che le «obbligazioni senza prestazioni» sarebbero tutto fuorché obbligazioni.

¹²⁹ «La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore».

¹³⁰ «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

dell'obbligazione e, nella seconda, indica l'obbligo a cui è tenuto il debitore nei confronti del creditore.

3 *La responsabilità precontrattuale come tertium genus e le posizioni eclettiche*

In dottrina si è andato formando un ulteriore orientamento volto a ricostruire l'istituto della responsabilità precontrattuale come *tertium genus* di responsabilità, autonomo e distinto rispetto a quello contrattuale ed extracontrattuale.

In altri termini, tale tesi, supererebbe la tipica dicotomia della responsabilità civile e qualificherebbe la responsabilità *ex art. 1337 c.c.* come «speciale» in quanto posizionata tra quella contrattuale e quella extracontrattuale, ma più vicina alla prima ¹³¹.

La ragione che porta ad una tale affermazione è la specificità del contenuto dell'art. 1337 c.c. che, imponendo precisi obblighi comportamentali valutabili *ex se* e quindi a prescindere dalla conclusione o meno del regolamento contrattuale, non potrebbe rientrare né nella fattispecie di cui all'art. 1218 – posto che l'inosservanza di obblighi di condotta non può essere assimilata alla mancata esecuzione di una «prestazione» – né nella fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. che, rinviando al generico principio del *neminem laedere*, non terrebbe conto della relazione prenegoziale instauratasi tra i due soggetti ¹³².

La tesi del *tertium genus* non ha trovato grande riscontro nell'ordinamento giuridico. Nonostante i fautori di tale orientamento rimettano la predisposizione della disciplina nelle mani della giurisprudenza, la critica

¹³¹ F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 838.

¹³² A. DE MAURO, *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, p. 257.

maggiormente sollevata rimane proprio la mancanza di una previsione codicistica eventualmente applicabile posto che, ad oggi, l'istituto della responsabilità civile è ancorato alla tradizionale bipartizione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Di difficile condivisione appare altresì la posizione «eclettica» assunta da talune ricostruzioni che, sulla base di una valutazione caso per caso, riconducono la responsabilità precontrattuale nell'ambito dell'art. 2043 c.c. ovvero nell' dell'art. 1218 c.c. Precisamente, qualora venisse violato l'art. 1337 c.c. – data la genericità della clausola di buona fede – si integrerebbero gli estremi della responsabilità extracontrattuale; qualora, invece, venisse violato l'art. 1338 c.c. – essendo ben determinato l'obbligo giuridico imposto ad uno dei soggetti partecipanti alle trattative¹³³ – si configurerebbe una responsabilità di tipo contrattuale¹³⁴.

4 Conseguenze pratiche

La questione relativa alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale ha attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza date le conseguenze giuridiche che, sul piano pratico, la riconduzione dell'istituto nell'alveo dell'illecito aquiliano ovvero della responsabilità contrattuale determina. Gli elementi su cui maggiormente¹³⁵ incide il collocamento degli artt. 1337 e 1338 c.c. nell'una o nell'altra categoria di responsabilità sono: il termine di

¹³³ Il riferimento va fatto al dovere di comunicare alla controparte le cause di invalidità del contratto di cui l'altra parte è a conoscenza.

¹³⁴ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 88.

¹³⁵ Le differenze disciplinari tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale prese in considerazione, pur nella consapevolezza della sussistenza di ulteriori differenze tra i due sistemi, sono funzionali alle finalità dell'elaborato e verranno approfondite nei paragrafi che seguiranno.

prescrizione, l'onere probatorio, il danno risarcibile e l'incapacità del contraente.

4.1 Il termine di prescrizione

Il termine di prescrizione, infatti, è differente a seconda della disciplina concretamente applicabile. Ricondurre la responsabilità precontrattuale nella categoria della responsabilità extracontrattuale significa, di fatto, condizionare la domanda risarcitoria al rispetto del termine – più breve rispetto a quello della responsabilità contrattuale – quinquennale come sancito dall'art. 2947 c.c.¹³⁶. Diversa è l'ipotesi in cui si aderisca alla tesi della natura contrattuale in quanto il danneggiato, nel caso di specie, potrebbe richiedere il risarcimento del danno entro il termine ordinario previsto dall'art. 2697 c.c.: «salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni».

4.2 L'onere probatorio

Per quanto concerne l'onere della prova, diverso è il regime previsto dalla disciplina della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Qualora si riconducesse la responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella extracontrattuale, il soggetto danneggiato dovrà provare tutti gli elementi costitutivi la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.: l'illiceità del fatto,

¹³⁶ L'art 2947 c.c., comma 1, infatti, dispone che: «il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato».

il nesso eziologico, l'ingiustizia del danno e l'elemento soggettivo. Diversamente, qualora si riconducesse la responsabilità precontrattuale in quella contrattuale, occorrerebbe applicare la relativa disciplina in materia di onere probatorio. In quest'ultimo caso, infatti, si adotterà un regime più favorevole per la parte che effettui domanda risarcitoria: il creditore dovrà limitarsi a dare prova del diritto vantato ed allegare l'inadempimento. Spetterà al debitore, invece, fornire la prova di aver esattamente eseguito la prestazione¹³⁷ ovvero – alla luce dell'art. 1218 c.c. – che l'inadempimento o il ritardo sia stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. L'assetto così delineato è frutto della pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n. 13533¹³⁸ che risolve il contrasto giurisprudenziale in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio in caso di inadempimento.

Difatti, un orientamento – maggioritario – distingueva, sul piano della prova, l'ipotesi in cui il ricorrente agiva per l'inadempimento ovvero per la risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c. In quest'ultimo caso, «al debitore non basterà provare il titolo su cui si fonda il credito vantato, ma dovrà altresì provare il fatto dell'inadempimento, trattandosi di due distinti fatti costitutivi del diritto fatto valere»¹³⁹ ex art. 2697 c.c.¹⁴⁰ . Altro orientamento – minoritario – faceva luce sul principio della c.d. «vicinanza della prova»: «l'onere della prova andrebbe ripartito tenendo conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare

¹³⁷ A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 429.

¹³⁸ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *Adempimento e risoluzione del contratto – stesso regime probatorio* in www.altalex.com.

¹³⁹ G. RECUPERO BRUNO, *La prova dell'inadempimento: ripartizione dell'onere tra creditore e debitore. Breve commento a SS.UU. 13533 del 30 ottobre 2001*, in www.diritto.it.

¹⁴⁰ Tale orientamento dà rilievo al diverso contenuto della domanda giudiziale del ricorrente. Nell'ipotesi in cui l'attore agisce per far valere l'inadempimento del contratto, mostra un interesse diverso rispetto a quello vantato nelle ipotesi in cui richieda la risoluzione del contratto per inadempimento. Nel primo caso, infatti, l'attore è interessato ad ottenere quanto dovuto dal debitore, nel secondo caso, invece, il creditore richiede la risoluzione del contratto in quanto non più interessato alla prestazione dovuta, ma non eseguita, dalla controparte.

fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione»¹⁴¹. Secondo tale ricostruzione, infatti, una disciplina diversificata sarebbe stata possibile solo ove il legislatore avesse così determinato. Da un punto di vista pratico, il principio in questione teneva in considerazione, da un lato, la difficoltà per il creditore di dimostrare l'inadempimento della controparte, e dall'altro, la maggiore facilità con cui il debitore avrebbe potuto provare il contrario (l'adempimento dell'obbligazione), facendo venir meno la pretesa vantata dalla parte ricorrente¹⁴².

La Corte di Cassazione, con la sentenza citata, aderisce all'orientamento minoritario favorendo la parte agente in materia di responsabilità contrattuale.

In tal caso, infatti, opera una presunzione di colpevolezza nei confronti del debitore che, per sottrarsi alla richiesta di risarcimento danni, dovrà necessariamente dimostrare che il mancato adempimento dipende da causa a lui non imputabile¹⁴³.

Alla luce di ciò, è stato rilevato che aderire alla tesi contrattuale circa la natura giuridica della responsabilità precontrattuale significherebbe andare contro uno dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. La presunzione di colpevolezza in capo al debitore del rapporto contrattuale si tradurrebbe in una violazione del principio generale secondo cui la buona fede si presume. In altri termini, riportare la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. nel novero della responsabilità disciplinata dagli artt. 1218 ss. c.c.,

¹⁴¹ G. RECUPERO BRUNO, *La prova dell'inadempimento: ripartizione dell'onere tra creditore e debitore. Breve commento a SS.UU. 13533 del 30 ottobre 2001*, cit., p. 2.

¹⁴² G. RECUPERO BRUNO, *La prova dell'inadempimento: ripartizione dell'onere tra creditore e debitore. Breve commento a SS.UU. 13533 del 30 ottobre 2001*, cit., p. 2.

¹⁴³ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 72.

secondo tale ricostruzione¹⁴⁴, comporterebbe un'eccezione al principio della presunzione di buona fede¹⁴⁵.

4.3 Imputabilità della responsabilità

Ulteriore elemento di differenziazione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è la capacità richiesta al soggetto agente ai fini dell'imputabilità della responsabilità stessa: qualora si facesse rientrare la responsabilità di cui all'art. 1337 c.c. in quella di tipo extracontrattuale, sarebbe sufficiente la mera capacità naturale, cioè la capacità di intendere e/o di volere; nel caso in cui si riconducesse la stessa nel novero della responsabilità contrattuale, sarebbe necessaria la capacità di agire del soggetto, intesa quale «idoneità a porre in essere in proprio atti negoziali destinati a produrre effetti nella sua sfera giuridica (c.d. capacità negoziale)»¹⁴⁶.

4.4 Determinazione del danno e prevedibilità

Individuare la natura giuridica della responsabilità precontrattuale, infatti, rileva anche ai fini della quantificazione del danno risarcibile.

¹⁴⁴ Come si legge in nota in G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 82, la ricostruzione appena delineata è stata fortemente contestata da parte della dottrina che ha rilevato come la buona fede di cui all'art. 1147 c.c. – rubricato «Possesso di buona fede» – è diversa da quella presa in considerazione dall'art. 1337 c.c. Infatti, nel primo caso si tratterebbe di una buona fede intesa in senso soggettivo; nel secondo caso, invece, sarebbe da intendere in senso oggettivo in quanto descriverebbe il comportamento che le parti devono tenere durante la fase antecedente la conclusione del contratto.

¹⁴⁵ G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁴⁶ A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 96.

Come è stato già esposto nel primo capitolo di questo elaborato, l'inosservanza degli artt. 1337 e 1338 c.c. fa sorgere il diritto al risarcimento del danno – nei limiti del c.d. interesse negativo – in capo alla parte che sia stata pregiudicata dalla condotta scorretta dell'altra parte tenuta durante la fase delle trattative. Ciò che appare necessario mettere in risalto in tale contesto è, però, la differenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale per far luce, a sua volta, sui differenti criteri di quantificazione del danno. Il codice civile prevede nel Libro IV, Titolo I «Delle obbligazioni in generale», Capo III «Dell'inadempimento delle obbligazioni», agli artt. 1223 ss. c.c. le regole volte alla determinazione del danno risarcibile. Si tratta di una disciplina valevole, in parte, anche per le ipotesi di responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. Difatti, l'art. 2056 c.c.¹⁴⁷ opera un parziale rinvio alla disciplina da ultimo richiamata. L'omesso riferimento agli artt. 1224 e 1225 c.c. si spiega sulla base del fatto che l'illecito extracontrattuale si caratterizzerebbe per l'estraneità dei due soggetti (danneggiante e danneggiato) fino al momento stesso in cui si realizza l'evento dannoso. L'art. 1224 c.c. prevede, infatti, la maturazione degli interessi moratori e l'eventuale maggior danno che può configurarsi a causa dell'inadempimento di una obbligazione pecuniaria già sorta tra le parti e a cui è quindi necessario far riferimento per le determinazioni appena indicate. Il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. poggia sulla medesima *ratio*. Quest'ultimo, infatti, regola l'ipotesi in cui l'inadempimento o il ritardo non dipenda da dolo del debitore: il risarcimento del danno, in tal caso, è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione. Affinché possa trovare applicazione la disciplina da ultimo richiamata è necessario che preesista un'obbligazione tra le parti a cui far riferimento per

¹⁴⁷ Come si legge nel primo comma, infatti, l'art. 2056 c.c. rinvia *expressis verbis* agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., omettendo ogni riferimento all'art. 1224 e 1225 c.c.

valutare la c.d. prevedibilità del danno. Il mancato rinvio della disposizione da parte dell'art. 2056 c.c. in tema di illecito aquiliano si spiega, quindi, dal fatto che l'obbligazione risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* sorge a seguito del compimento del fatto illecito, non preesistendo alcuna obbligazione tra le parti fino a quel momento.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELL'AMBITO DELLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA

Sommario: 1. Rapporto tra diritto privato e diritto pubblico. Cenni – 2. La responsabilità precontrattuale pura e spuria – 3. La tesi tradizionale e l'impossibilità di ravvisare la responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione – 4. Il superamento della tesi tradizionale e l'evoluzione dell'ambito di applicabilità della responsabilità precontrattuale nei confronti della pubblica amministrazione – 5. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione prima della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5: l'ipotesi di mancata approvazione del contratto – 5.1. Il rinvio degli adempimenti – 5.2. La mancata verifica circa la realizzazione dell'opera – 5.3. La redazione del bando di gara e la sua violazione – 5.4. La mancata stipulazione del contratto con il vincitore della gara – 6. La responsabilità precontrattuale della p.a. a seguito della sentenza dell'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018 n. 5 – 6.1. Il fatto – 6.2. Ordinanza del Consiglio di Stato del 24 novembre 2017 n. 5 – 6.3. La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5 – 6.3.1. Presupposti – 7. L'affidamento nel diritto amministrativo: aspetti controversi – 7.1. Elementi costituenti il legittimo affidamento – 7.2. Affidamento e potere di autotutela – 7.3. Annullamento d'ufficio e revoca dell'atto amministrativo – 8. Responsabilità da comportamento scorretto e responsabilità da provvedimento illegittimo – 8.1. Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi: le principali differenze rispetto al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* – 8.1.1. Competenza giurisdizionale nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a. – 8.1.2. Giurisdizione nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento favorevole illegittimo.

1 Rapporto tra diritto privato e diritto pubblico. Cenni

Prima di esaminare il tema della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione occorre premettere alcuni cenni sul rapporto tra la disciplina privatistica e la disciplina pubblicistica che, seppur distinte, sono soggette a

reciproca compenetrazione e integrazione.

Limitando il discorso alla responsabilità precontrattuale, le disposizioni del codice civile, e quindi, la teoria della responsabilità precontrattuale trovano applicazione anche nel caso in cui il danneggiante sia la pubblica amministrazione¹⁴⁸.

La disciplina civilistica «si impone anche negli altri settori perché fornisce un linguaggio formalizzato idoneo ad organizzare razionalmente la conoscenza giuridica dei fenomeni. In altri termini, gli strumenti concettuali del diritto privato hanno costituito la base per elaborare anche quelli del diritto pubblico e amministrativo, nonostante la progressiva e sempre più intensa elaborazione di istituti speciali nell'ambito delle esperienze di diritto amministrativo»¹⁴⁹.

La teoria della responsabilità precontrattuale trova pertanto applicazione anche per la pubblica amministrazione. La stessa legge appare orientata in tal senso. Più precisamente, l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241, del 1990, sancisce che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

Nondimeno, anche nelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione ponga in

¹⁴⁸ Secondo dottrina maggioritaria, l'applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale alla pubblica amministrazione non è in discussione qualora la pubblica amministrazione sia la parte danneggiata. L'applicabilità dell'art. 1337 c.c. alla p.a. danneggiante è variamente motivata in dottrina. Si osserva che la disposizione contiene, infatti, un generico riferimento alle «parti», nozione idonea a ricomprendere anche la pubblica amministrazione. Conseguentemente, salvo il caso in cui non sia il legislatore a prevedere clausole in deroga al generico obbligo di buona fede, la pubblica amministrazione è senz'altro tenuta a rispettare la relativa disciplina. Una diversa impostazione contrasterebbe con il dettato costituzionale, più precisamente, con gli artt. 24, 103, 113 Cost. volti alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi ed interessi legittimi e con il principio di eguaglianza racchiuso nell'art. 3 Cost. Del resto, legittima è l'aspettativa del privato, soprattutto quando entra in contatto con la pubblica amministrazione, che la controparte agisca conformemente a buona fede a maggior ragione se si tiene in considerazione il particolare interesse pubblico perseguito dalla stessa.

¹⁴⁹ In tal senso A. LALLI, *Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016, p. 315 che nel mettere in luce le differenze tra diritto privato e diritto pubblico dispone che il primo si pone quale «grammatica generale del diritto».

essere la propria attività attraverso l'utilizzo di mezzi prettamente privatistici, non è possibile affermare che la stessa sia equiparabile integralmente ad altri soggetti di diritto privato. Mentre i privati sono liberi di agire nel rispetto delle regole poste dall'ordinamento giuridico¹⁵⁰, l'attività della pubblica amministrazione è sempre «funzionalizzata» al perseguimento dell'interesse pubblico individuato dal legislatore¹⁵¹. Il diritto amministrativo, infatti, regola l'attività dell'amministrazione affinché questa persegua e realizzi obiettivi di interesse pubblico. L'autonomia dell'amministrazione, dunque, individua «gli spazi di valutazione soggettiva necessari per poter apprezzare le concrete situazioni, non tutte prevedibili in astratto e in generale dalla legge, al fine di massimizzare l'interesse pubblico»¹⁵² (c.d. discrezionalità della pubblica amministrazione).

Questione controversa rimane quella relativa ai confini entro cui è possibile ammettere la trasposizione di strumenti propri del diritto privato nell'ambito del diritto amministrativo e, specialmente, quella relativa al «livello di necessario adattamento (o di snaturamento) delle tecniche privatistiche allorché le stesse siano messe al servizio dei pubblici poteri»¹⁵³. Tale problematica si riflette anche sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Difatti, l'applicazione delle regole in tema di responsabilità civile ai danni causati dall'attività dei pubblici poteri deve fare i conti con il procedimento amministrativo che, secondo un orientamento, sarebbe riconducibile nell'ambito della responsabilità da contatto sociale

¹⁵⁰ Come prospettato in C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 31, l'autonomia privata è da intendere come «valore basilare dell'ordinamento» in forza del quale il privato ha libertà di disposizione dei propri beni e la capacità di instaurare rapporti giuridici con altri soggetti in ossequio ai propri interessi.

¹⁵¹ C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2018, p.299.

¹⁵² A. LALLI, *Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, cit. p. 317.

¹⁵³ C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, cit. p. 301.

L'estensione della disciplina privatistica al di là dei rapporti tra privati, caratterizzati da una situazione di equilibrio e parità, fino a ricomprendere i rapporti intercorrenti tra pubblica amministrazione e privato, connotati dalla particolare posizione rivestita dalla prima e dall'interesse pubblico perseguito dalla stessa, ha comportato, fin da subito, difficoltà, prima che pratiche, teoriche.

Difatti, da un punto di vista storico, il diritto civile precede il diritto amministrativo. Quest'ultimo, infatti, secondo una ricostruzione, sarebbe nato perché «all'amministrazione non si possono applicare le regole comuni».¹⁵⁵

Tale assunto risultava altresì idoneo a spiegare la resistenza che, fin da sempre, il settore pubblico ha opposto alla contaminazione della disciplina privatistica.

La concezione del diritto amministrativo quale «diritto di privilegio¹⁵⁶ della pubblica amministrazione»¹⁵⁷ viene, però, progressivamente abbandonata a seguito dell'affermazione dello Stato di diritto e della nuova idea di rapporto che intercorre tra amministrazione e privato, che vede assumere, sempre più, le sembianze di una «relazione giuridica tra parti di pari dignità»¹⁵⁸.

¹⁵⁴ C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁵⁵ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p. 23.

¹⁵⁶ Per indicarne alcuni, basti pensare al tema della insindacabilità della discrezionalità amministrativa, della tutela risarcitoria in caso di lesione dell'interesse legittimo del privato, del potere di autotutela.

¹⁵⁷ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 23.

¹⁵⁸ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 26.

2 *La responsabilità precontrattuale pura e spuria*

Prima di analizzare l'*excursus* giurisprudenziale che ha, con il tempo, ampliato i confini della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, occorre comprendere in quali ipotesi l'attività dell'amministrazione sia inquadrabile in tale ambito, e, quindi, tracciare la differenza tra responsabilità precontrattuale c.d. «pura» e quella c.d. «spuria»

159

Per quanto concerne il concetto di responsabilità precontrattuale spuria (o in senso lato o prenegoziale), questa sta ad indicare quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione cagiona un danno all'interesse legittimo vantato dal privato a seguito dell'emanazione di un provvedimento illegittimo durante una procedura ad evidenza pubblica¹⁶⁰.

La responsabilità precontrattuale pura (o in senso stretto), invece, è da intendere quale responsabilità derivante da comportamento scorretto, cioè determinata da una condotta illecita tenuta dalla pubblica amministrazione in contrasto con gli artt. 1337 e 1338 c.c. In altri termini, nel primo caso, si è ben lontani dallo schema pensato da Jhering: non si concretizza una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza con conseguente lesione del diritto soggettivo facente capo al privato, quanto, piuttosto, un cattivo esercizio dell'attività pubblicistica che arreca un danno alla posizione giuridica vantata dal privato che, nel caso da ultimo descritto, coincide con l'interesse legittimo. Più nello specifico, «siamo dinanzi ad una volgarissima responsabilità da lesione di interessi

¹⁵⁹ C. GAETANI, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Riv. Dir. amm.*, 2015, n. 9, par. 2, ritiene che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sia «un istituto poliedrico».

¹⁶⁰ F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*. Relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su «Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione», presso l'aula Magna della Luiss Guido Carli, in occasione della presentazione dell'opera "Studi di diritto amministrativo di R. CHIEPPA e V. LOPILATO.

legittimi solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali ma morfologicamente assai diversa alla violazione del canone di *good faith* nel corso dei *pourparlers* prenegoziali; una responsabilità precontrattuale sul piano cronologico ma non sul versante ontologico. La P.A., si presenta, in definitiva, come una cattiva autorità che abusa del suo potere e non come un cattivo contraente che lede i canoni privatistici posti dalla normativa di diritto comune»

161

Al contrario, nella responsabilità precontrattuale pura, la pubblica amministrazione «non adotta provvedimenti illegittimi ma tiene comportamenti illeciti»

162

Aderendo all'orientamento dottrinale maggioritario secondo cui l'illiceità è da riferire al comportamento e l'illegittimità all'atto in quanto tale, si deve analizzare la relazione intercorrente tra illegittimità e illiceità e se, più precisamente, la prima debba considerarsi necessario presupposto della seconda. In altri termini, può parlarsi di illiceità (della condotta) anche quando il provvedimento risulti perfettamente legittimo.

¹⁶¹ F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, cit.

¹⁶² C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, cit., p. 307. A tal proposito, risulta necessario evidenziare la proporzione – ormai consolidata – secondo cui atto sta a legittimità come fatto sta a liceità. All'interno della dottrina, infatti, tale tema è stato oggetto di dibattito. Secondo un orientamento – in tal senso SCOCA F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4051, – il concetto di illegittimità aveva una portata talmente ampia da abbracciare l'intera condotta della pubblica amministrazione, non riferendosi esclusivamente ai casi in cui la stessa avesse adottato un provvedimento. Difatti, secondo l'Autore, «mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta, l'illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedimento) ma l'intera attività (o inattività) e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti». Secondo un altro orientamento – in tal senso R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, p. 127 – sia l'illegittimità che l'illiceità sarebbero concetti riferibili al provvedimento amministrativo. Il primo, però, descriverebbe l'ipotesi in cui l'atto sarebbe difforme dalle regole dell'agire amministrativo; il secondo, invece, atterrebbe al caso in cui l'atto risulti dannoso per la sfera giuridica altrui. L'orientamento maggioritario, infine, esclude che la ricostruzione da ultimo prospettata possa essere condivisa. In tal senso A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, p. 1174, secondo cui «l'illiceità non può inerire dunque mai all'atto in quanto tale, bensì – quando esista – non può inerire che al comportamento (di chi abbia posto in essere l'atto) consistente nel fatto di incidere pregiudizievolmente nella sfera patrimoniale altrui ponendo in essere un atto *contra ius* (...). In sostanza un danno collegato con un atto dell'Amministrazione si rapporta, di volta in volta, o al fatto stesso dell'emanazione dell'atto, o al fatto dell'esecuzione dell'atto, o al fatto della divulgazione dell'atto (...); mai all'atto in sé per sé. L'illecito cioè non è mai l'atto, ma sempre un fatto».

Parte minoritaria della dottrina riteneva che affinché potesse parlarsi di comportamento illecito sarebbe stato necessario che, a sua volta, fosse stato adottato un provvedimento illegittimo. Nello specifico, secondo tale ricostruzione, «sino a quando l'amministrazione usa legittimamente un potere (discrezionale) che le è attribuito, non viola né diritti né interessi legittimi, ossia compie atto lecito, e non può incorrere in responsabilità di sorta»¹⁶³. *A contrario*, di condotta illecita potrà eventualmente parlarsi solo ove sia stato posto in essere un atto illegittimo. La ricostruzione da ultimo prospettata non è condivisa dalla dottrina maggioritaria che nega la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra il sindacato volto a verificare l'illegittimità dell'atto e quello volto a verificare la liceità della condotta globalmente tenuta dalla pubblica amministrazione. Alla luce di tali considerazioni, è necessario, quindi, mettere in luce come la responsabilità da comportamento (illecito) e quella derivante da provvedimento (illegittimo) sono da tenere ben separate in quanto aventi ad oggetto situazioni giuridiche differenti. La prima si riflette sul diritto soggettivo vantato dal privato. La seconda, invece, attiene alla tutela dell'interesse legittimo. Conseguentemente, l'analisi volta all'accertamento della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione non ha ad oggetto i singoli provvedimenti amministrativi valutati *ex se*, quanto, piuttosto, il comportamento globale tenuto dalla pubblica amministrazione: emblematico è il caso in cui l'ente aggiudicante revochi la procedura precedentemente indetta per insufficienza delle risorse economiche necessarie ai fini della realizzazione dell'opera. Il provvedimento emesso dalla pubblica amministrazione risulta, in tal caso, oltre che legittimo, dovuto. Ciò nonostante, quest'ultimo non è altro che «una tessera legittima di un

¹⁶³ M. S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1939, p. 269.

mosaico connotato da condotta complessiva superficiale»¹⁶⁴ non rispettosa del principio di buona fede e, quindi, della posizione giuridica – corrispondente ad un diritto soggettivo – della controparte. In definitiva, la responsabilità precontrattuale (pura) è una responsabilità da comportamento scorretto che prescinde dalla illegittimità o meno dei provvedimenti eventualmente adottati dalla pubblica amministrazione e che, anzi, viene in rilievo soprattutto quando la stessa compia atti di per sé legittimi in quanto necessari ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico, motore dell'attività pubblica: in altre parole, il provvedimento amministrativo non sarebbe altro che un «atomo ingannevolmente legittimo di un corpo splendidamente illecito»¹⁶⁵.

Dal quadro così prospettato risulta, quindi, che il giudice amministrativo, non potrà prescindere dalla valutazione della condotta della pubblica amministrazione anche qualora il provvedimento adottato risulti legittimo e, accolta la domanda atta ad ottenere il risarcimento alla stregua dell'art. 1337 c.c., dovrà quantificare il danno alla luce del c.d. interesse negativo. Diversamente, il soggetto che lamenti l'illegittimità dell'atto adottato dalla pubblica amministrazione non ha interesse ad ottenere un risarcimento del danno alla stregua dell'art. 1337 c.c. bensì ha la pretesa di ottenere quel bene della vita di cui è stato privato – cioè della possibilità di pervenire alla conclusione del contratto e, quindi, ai relativi vantaggi economici – a causa della lesione subita.

¹⁶⁴ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Varese, 2010, p. 263.

¹⁶⁵ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit. p. 263.

3 *La tesi tradizionale e l'impossibilità di ravvisare la responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione*

Fino alla fine degli anni '50, sia giurisprudenza che dottrina negavano la possibilità che l'attività della pubblica amministrazione potesse essere sindacata alla stregua degli articoli 1337 e 1338 c.c. Rispettivamente, durante la fase delle trattative e nella formazione del contratto, viene imposto alle parti di tenere una condotta conforme a buona fede e di comunicare, se conosciute o conoscibili, le cause di invalidità del contratto alla controparte. Durante tali fasi, precedenti e funzionali alla conclusione del contratto, le parti hanno la libertà di non portare a termine l'affare. Tale facoltà, quale proiezione del più generale principio dell'autonomia negoziale, però, non è da intendere in termini assoluti: le parti, seppure non abbiano il dovere di concludere il regolamento contrattuale, devono comportarsi secondo diligenza e correttezza, pena l'adempimento della pretesa risarcitoria nei confronti del soggetto leso nei limiti del c.d. interesse negativo *ex art. 1337 c.c.*

166

Le ragioni sottese alla tesi tradizione volta all'esclusione circa l'applicabilità della disciplina relativa alla responsabilità precontrattuale alla pubblica amministrazione erano molteplici. In principio, tale negazione era collegata alla presunta incompatibilità della relativa disciplina rispetto alle regole e ai principi cardine del diritto amministrativo. Difatti, le argomentazioni principali ruotavano attorno alla presunzione di correttezza del comportamento dei pubblici poteri, all'inammissibilità di un sindacato da parte del giudice ordinario sull'attività discrezionale dell'amministrazione, alla natura pubblicistica degli interessi perseguiti dalla stessa, all'impossibilità di ipotizzare un legittimo affidamento del privato suscettibile di protezione circa la conclusione del

¹⁶⁶ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p.204.

contratto, alla luce del carattere pubblicistico della disciplina a cui sottoposta l'attività contrattuale della pubblica amministrazione ed, infine, all'impossibilità di ricondurre l'attività della pubblica amministrazione volta alla formazione del contratto, nella nozione di trattativa *ex art. 1337 c.c.*¹⁶⁷. Così, la negazione si rifletteva direttamente sull'*an* della responsabilità precontrattuale.

Più nello specifico, era stato sostenuto che, anche qualora la pubblica amministrazione avesse agito *iure privatorum*, la sua attività sarebbe stata comunque preordinata alla realizzazione dell'interesse pubblico. Conseguentemente, durante la fase delle trattative, l'amministrazione avrebbe esercitato un potere discrezionale¹⁶⁸ che, secondo una ricostruzione, «consisterebbe nella facoltà di scelta tra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico stabilito dalla legge»¹⁶⁹. La posizione soggettiva del privato di fronte al potere discrezionale della pubblica amministrazione, quindi, corrispondeva ad un interesse legittimo – e non ad un diritto soggettivo – che, se violato, avrebbe potuto determinare l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, ovvero, alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1999 n. 500¹⁷⁰, il risarcimento del danno a favore del soggetto leso dall'attività amministrativa.

Corollario di tale impostazione era la riserva di giurisdizione a favore del

¹⁶⁷ A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, II, Padova, 2009, p. 186.

¹⁶⁸ R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Trento, 2017, p. 811 ss. opera una chiara distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale permettendo che «l'azione della Pubblica amministrazione si sostanzia nella cura concreta degli interessi pubblici, selezionati dalla legge ed affidati da questa ad un prefissato centro di potere pubblico, tenuto, quindi, nell'osservanza della norma attributiva del potere, ad agire nel rispetto dei contenuti e dei confini stabiliti dalla legge (c.d. principio di legalità), individuando ed osservando le modalità di azione più in linea con i criteri di adeguatezza, convenienza ed opportunità (c.d. merito amministrativo)». L'attività è discrezionale quando la norma da cui trae fonte il potere amministrativo lascia all'amministrazione facoltà di scelta circa il *se, come e quando* dell'agire. In altri termini, la discrezionalità viene definita come «lo spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'Amministrazione».

¹⁶⁹ C. CUSUMANO, *L'attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in www.diritto.it.

¹⁷⁰ Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in www.ricercagiuridica.com.

giudice amministrativo, il solo a poter sindacare le modalità con cui la pubblica amministrazione avesse esercitato il suo potere. In definitiva, il particolare interesse perseguito, la particolare posizione soggettiva vantata dal privato, la discrezionalità nell'agire della pubblica amministrazione ed, infine, la presunzione di correttezza dell'operato della stessa determinavano, quindi, un difficile ostacolo da superare ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

171

Sostanzialmente, la *ratio* di questa esclusione si basava sull'assunto per cui il privato – durante il procedimento di formazione del regolamento contrattuale – sarebbe stato titolare di un mero interesse legittimo, mentre l'amministrazione, avrebbe esercitato la sua attività sulla base della c.d. discrezionalità amministrativa ¹⁷².

4 Il superamento della tesi tradizionale e l'evoluzione dell'ambito di applicabilità della responsabilità precontrattuale nei confronti della pubblica amministrazione

Secondo l'impostazione originaria della giurisprudenza, quindi, la pubblica amministrazione era sottratta al sindacato del giudice ordinario in ordine alle scelte discrezionali che la stessa avesse compiuto durante l'esercizio della sua attività.

Solo agli inizi degli anni '60, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – con sentenza del 12 luglio 1961 n. 1675¹⁷³ – riconsiderarono l'orientamento giurisprudenziale precedente: «a breve confutazione della tesi negativa,

¹⁷¹ C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, cit., p. 301.

¹⁷² C. BORGIA, *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, cit., p. 302.

¹⁷³ Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, p. 1165 ss.

sembra doversi, in primo luogo, precisare che, se è vero che la pubblica Amministrazione si pone, in linea di principio, su di un piano nettamente diverso da quello in cui si trovano i privati; ed è, altresì, titolare di un potere discrezionale determinato esclusivamente da norme di diritto pubblico, ciò non significa, però, ancora che tale potere permanga immutato anche nel caso in cui la stessa pubblica Amministrazione scenda sul terreno della contrattazione *iure privatorum*. Giacché, altrimenti, si dovrebbe riconoscerle anche la possibilità di sottrarsi alla stessa osservanza della legge: ciò farebbe, infatti, non rispettando le regole di correttezza richiamate dagli art. 1337 e 1338 c.c.»¹⁷⁴

In altri termini, secondo tale ricostruzione, è necessario distinguere l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione agisce in quanto tale – scegliendo liberamente se o meno adottare uno specifico comportamento o compiere una data attività (c.d. discrezionalità sull' *an*) ovvero con che modalità agire alla luce di un giudizio di comparazione tra i vari mezzi posti a disposizione della stessa (c.d. discrezionalità sul *quomodo*) – e quella in cui agisce come un privato contraente.

Difatti, una volta che la pubblica amministrazione decida di utilizzare strumenti di diritto privato – nel caso di specie, il contratto – deve necessariamente improntare la propria condotta alla relativa disciplina: è proprio qui che «si ferma il suo potere discrezionale, che non ha residui nella fase delle trattative o dell'attuazione del contratto, giacché ad esso si sostituisce la necessità di un comportamento conformato ai principi del diritto privato, e, in primo luogo, al principio della buona fede»¹⁷⁵. Corollario di tale impostazione era la posizione giuridica rivestita dal privato. Quest'ultimo, infatti, non era più considerato portatore di un interesse legittimo ma titolare di un diritto soggettivo, la cui violazione avrebbe rimesso la questione al vaglio del giudice ordinario, il cui compito era quello

¹⁷⁴ In tal senso Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, cit., p. 1167.

¹⁷⁵ Cass. sez. un., 12 luglio 1961 n. 1675, cit.

di valutare se la pubblica amministrazione si fosse comportata da corretto contraente e non se la stessa fosse stata una buona amministratrice¹⁷⁶, valutazione, quest'ultima, proibitagli *a priori* dall'art. 4 della l. del 1865, n. 2248, all. E.

Tuttavia, nonostante tale sentenza abbia determinato un'apertura verso il riconoscimento della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione, precedentemente negata *a priori*, questa era limitata alle ipotesi in cui la stessa avesse proceduto all'individuazione del contraente attraverso il modello della trattativa privata¹⁷⁷, escludendo tutte le altre in cui l'amministrazione avesse indetto una procedura di gara¹⁷⁸ aperta ad una

¹⁷⁶ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, in A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, Catania, 2007, p. 73.

¹⁷⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Barletta, 2016, p. 1605, descrive la trattativa privata (che, ad oggi, è definita «procedura negoziata») quale procedura – ammessa nei soli casi tassativamente previsti dalla legge – in forza della quale l'amministrazione può trattare immediatamente con il contraente il contenuto del futuro contratto. Appare chiara, quindi, la maggior considerazione del privato nella determinazione delle condizioni contrattuali, diversamente da quanto avviene nella procedura ad evidenza pubblica. Nella prima, infatti, la pubblica amministrazione può prescindere «dall'osservanza di particolari forme procedurali», acquisendo «quel grado di libertà che caratterizza l'agire dei soggetti privati».

¹⁷⁸ In questo senso, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Varese, 2016, p. 609 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1601 ss.; R. CHIEPPA e R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Varese, 2012, p. 683, secondo cui per «evidenza pubblica» si intende quel procedimento amministrativo attraverso il quale la pubblica amministrazione «rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrattare, la scelta di controparte e la formazione del consenso». Data la rilevanza preminente e determinante dell'interesse pubblico nell'attività dei pubblici poteri, il legislatore ha previsto un *iter* procedimentale che garantisca trasparenza circa le ragioni – di pubblico interesse, appunto – che avessero portato la pubblica amministrazione a concludere un determinato contratto, ad individuare un determinato contraente piuttosto che un altro e, infine, a formare il proprio consenso. Tale procedimento, improntato ai principi di trasparenza e imparzialità nella scelta del futuro contraente, è disciplinato dall'art. 32 del d.lgs. del 2016 n. 50 («Codice dei contratti pubblici»). Schematicamente e rinviando gli eventuali approfondimenti nei paragrafi successivi, la fase di apertura dello stesso coincide con la c.d. determina a contrarre: un provvedimento amministrativo con cui viene anticipato il contenuto del regolamento contrattuale attraverso l'indicazione degli elementi essenziali dello stesso, vengono esposti i criteri in forza dei quali verrà individuato il futuro contraente (cioè le procedure di gara previste dagli artt. 54 ss. del Codice) e, infine, vengono sanciti i criteri attraverso i quali verrà selezionata un'offerta piuttosto che un'altra (art. 81 del Codice, che fa riferimento ai criteri alternativi del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa). La seconda fase attiene all'individuazione del futuro contraente che può determinarsi attraverso le diverse procedure indicate nell'art. 54 del Codice: procedura aperta (*ex asta pubblica*), procedura ristretta (*ex licitazione privata*), la procedura negoziata (*ex trattativa privata*) e dialogo competitivo. La scelta del contraente avviene attraverso l'aggiudicazione che determina il termine della fase pubblicistica volta all'individuazione della controparte contrattuale. L'efficacia dell'aggiudicazione, però, è subordinata all'esito positivo della verifica circa il possesso, da parte dell'operatore economico, dei c.d. requisiti di qualificazione (art. 83 del

pluralità di operatori economici data la difficoltà di ricondurre tale fattispecie nel novero degli artt. 1337 e 1338 c.c. Difatti, la principale argomentazione volta a negare l'applicabilità della disciplina da ultimo richiamata alla procedura ad evidenza pubblica, faceva perno sul tenore testuale dell'art. 1337 c.c. che, riferendosi alle «parti», individuava una relazione tra due soggetti che, essendo sorta in una fase antecedente alla formazione del contratto, non obbligava le parti al rispetto delle obbligazioni contrattuali ma dava vita a reciproci obblighi di lealtà che, ove non rispettati, avrebbero fatto sorgere un diritto al risarcimento del danno in capo alla parte lesa dal comportamento scorretto altrui. La procedura ad evidenza pubblica, in altri termini, non determinava l'instaurazione di un «rapporto personalizzato» tra privato e pubblica amministrazione improntato al rispetto dell'obbligo di buona fede alla luce del fatto che – prima dell'aggiudicazione – l'esistenza di una pluralità di operatori economici ignari delle offerte avanzate dagli altri non avrebbe permesso a ciascuno di valutare l'effettivo esito della procedura stessa e, quindi, fare affidamento sulla conclusione del contratto ¹⁷⁹ . Di conseguenza, solo dopo l'aggiudicazione sarebbe possibile parlare di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la scelta del futuro contraente instaurerebbe un rapporto qualificato tra l'aggiudicatario e la pubblica amministrazione differenziandolo, così, da tutta la massa dei partecipanti

180

Codice, tra cui: idoneità professionale e capacità economica) e dei c.d. requisiti di ordine generale (si tratta di requisiti di carattere morale che sono volti a proteggere l'elemento fiduciario che caratterizza il rapporto tra pubblica amministrazione e privati). Infine, le ultime fasi costituenti la procedura ad evidenza pubblica sono la stipulazione, l'approvazione ed il controllo del contratto. La stipulazione del contratto deve avvenire necessariamente entro sessanta giorni che decorrono dall'istante in cui l'aggiudicazione può dirsi efficace, salvo il caso in cui il bando preveda diversamente ovvero tra pubblica amministrazione e privato sussista un accordo volto al differimento del termine suddetto. Affinché possa dirsi efficace, però, il contratto deve ricevere l'approvazione da parte dell'autorità competente.

¹⁷⁹ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, Trento, 2009, p. 9 ss.

¹⁸⁰ G. M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in A. Angeletti, R. Caranta, M. Protto, *Diritto Amministrativo, Responsabilità precontrattuale*, *Giur. it.*, 2015, p. 1968, mette luce l'evoluzione giurisprudenziale che, prima ancora della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 4 maggio 2018 n. 5, aveva mostrato segni di apertura

Difatti, prima di tale momento, i soggetti che prendono parte alla procedura di gara sarebbero dei semplici partecipanti – e non futuri contraenti – portatori di un interesse legittimo al corretto esercizio dell'attività dell'amministrazione in ordine all'individuazione del soggetto stipulante¹⁸¹. L'assetto così ricostruito, prima ancora della sentenza dell'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018 n. 5¹⁸², aveva già ricevuto forti critiche da una parte della dottrina sulla base di molteplici argomentazioni. Fra queste, la pubblica amministrazione, qualora avesse adottato un comportamento contrario ai canoni della buona fede nella fase precedente l'individuazione del futuro contraente (aggiudicazione definitiva), sarebbe stata irragionevolmente esente da responsabilità. A ciò si aggiunga che l'amministrazione non è giuridicamente obbligata ad adottare l'atto di aggiudicazione una volta indetta la procedura ad evidenza pubblica. In definitiva, l'atto di aggiudicazione fungeva da *condicio sine qua non* della sindacabilità della condotta tenuta dalla pubblica amministrazione in termini di responsabilità precontrattuale in quanto solo a seguito della relativa adozione da parte dell'Autorità poteva dirsi sorto l'affidamento del privato alla conclusione del contratto. Inoltre, considerare l'emanazione dell'atto di aggiudicazione come momento determinante ai fini dell'applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale avrebbe significato estendere il concetto di «trattativa» al di là del modello prefigurato dal legislatore del 1942. Difatti, l'art. 1337 c.c. circoscrive la fase delle trattative a quella immediatamente precedente la conclusione del contratto. Per contro, nel

rispetto alla configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione. Difatti, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 11 e 12, l'operatività della disciplina contenuta nell'art. 1337 c.c. era stata estesa in quanto veniva presa in considerazione non l'aggiudicazione definitiva quanto, piuttosto, quella provvisoria. Di conseguenza, veniva ampliato, da un punto di vista temporale, il concetto di trattative giuridicamente rilevanti durante una procedura ad evidenza pubblica, «pur con una prospettazione che ancora individuava il fondamento nell'assunto in base al quale le trattative possano sussistere solo tra due parti, ammettendo forme di responsabilità precontrattuale solo a seguito della scelta di un'unica controparte contrattuale».

¹⁸¹ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, cit., p. 74.

¹⁸² Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., in *Giust. Amm.*, 2019, p. 1 ss.

procedimento ad evidenza pubblica, di conclusione del contratto in senso stretto si può parlare solo a seguito dell'approvazione da parte dell'Autorità competente (art. 32, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016), risultando, così, di fatto ampliata la fase in cui l'amministrazione può essere soggetta a responsabilità precontrattuale. In altri termini, ammettere la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione oltre la mera stipulazione del contratto sarebbe equivalso ad estendere, da un punto di vista logico-temporale, la portata della clausola di buona fede, la quale avrebbe operato a partire dall'aggiudicazione del contratto fino all'approvazione del medesimo.

5 *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione prima della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5: l'ipotesi di mancata approvazione del contratto*

In base a quanto prospettato fino ad ora, sia giurisprudenza che dottrina ammettevano ipotesi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione non solo quando questa avesse deciso di concludere un contratto attraverso una trattativa privata – operando, quindi, *uti cives* – ma anche quando la stessa avesse optato per una procedura ad evidenza pubblica purché fosse già stato emesso l'atto di aggiudicazione. In definitiva, la pubblica amministrazione, a seconda dell'attività concretamente posta in essere e il danno effettivamente causato, sarebbe potuta essere considerata responsabile per lesione dell'interesse legittimo vantato dal privato, per aver adottato un provvedimento illegittimo ed, infine, per aver tenuto un comportamento scorretto durante il procedimento amministrativo nei limiti in cui fosse già stato individuato il futuro

La giurisprudenza ha, con il tempo, indicato i casi più ricorrenti in cui la condotta della pubblica amministrazione possa dirsi contraria a buona fede, oltre alle ipotesi tipiche di responsabilità precontrattuale derivanti dalla mancata comunicazione delle cause di invalidità del contratto *ex art. 1338 c.c.* e dal recesso ingiustificato dalle trattative *ex art. 1337 c.c.* Come già anticipato, infatti, la procedura ad evidenza pubblica consta di più fasi, l'una strettamente connessa all'altra, ed è volta alla progressiva formazione del contratto. Affinché il contratto espliciti i suoi effetti è necessario che sia stato approvato dall'autorità competente: l'approvazione, in altri termini, funge da *condicio iuris* della sua efficacia¹⁸⁴. Difatti, alla luce dell'art. 32, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, «il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione¹⁸⁵ e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti». Prima di tale momento, invero, non potrebbe parlarsi di contratto e a sua volta non potrebbe configurarsi una responsabilità contrattuale in capo alle parti qualora una delle stesse si fosse resa inadempiente all'esecuzione della propria prestazione, dato che la richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento presuppone la sua

¹⁸³ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 212.

¹⁸⁴ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, cit., p. 76.

¹⁸⁵ In G. GIOVANNINI, *La formazione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Varese, 2018, p. 266, l'approvazione viene definita come «condizione impropria» in quanto è «posta direttamente dall'ordinamento giuridico a tutela dell'interesse pubblico, non dalla volontà delle parti». Vengono, poi, indicati i parametri valutati al fine dell'ottenimento dell'approvazione. Quest'ultima, infatti, può essere negata ove il regolamento contrattuale non venga valutato come «regolare», con la precisazione che l'irregolarità può essere desunta anche in relazione agli atti antecedenti che influiscono e si riflettono sulla formazione del contratto. Di regola, l'atto con cui viene approvato il contratto non richiede una motivazione. *A contrario*, la mancata approvazione deve essere giustificata attraverso l'esplicazione della causa che ha determinato l'illegittimità riscontrata. Alla stregua dell'art. 113 del reg. 23 maggio 1924, n. 827, la mancata approvazione può determinarsi sia quando il contratto è considerato irregolare che quando sussistano «gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato».

Tutt'al più, sarebbe configurabile un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione qualora la stessa avesse tardivamente sottoposto il contratto al vaglio dell'autorità competente e, proprio a causa di tale ritardo, fosse stata negata l'approvazione, nel caso, per sopravvenuta incongruità del prezzo; altresì, sarebbe possibile condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* qualora questa non avesse sottoposto il contratto a valutazione degli organi preposti, esigendo l'esecuzione anticipata del contratto in un momento precedente l'approvazione dello stesso

187

Più in generale, viene in luce che ai fini dell'applicabilità dell'art. 1337 c.c. ciò che rileva è il comportamento complessivo tenuto dalla pubblica amministrazione: a prescindere dalla tipologia di atto con cui viene lesionato l'affidamento del privato alla conclusione dell'affare, – sia esso una revoca, un annullamento o un diniego di stipula – ciò che è oggetto di valutazione non è la correttezza del provvedimento amministrativo eventualmente adottato – che, anzi, la maggior parte delle volte risulta perfettamente legittimo – quanto, piuttosto, le modalità pratiche con cui la pubblica amministrazione abbia interrotto la procedura volta alla conclusione del contratto

188

Del resto, volendoci ancorare al dato normativo, l'art. 1337 c.c. non pone alcun limite soggettivo circa l'ambito di applicabilità, sancendo l'obbligo di buona fede nella fase delle trattative e nella formazione del contratto senza specificare i destinatari del precetto. Il che porta a concludere che lo stesso sia riferibile non solo ai privati ma anche alla pubblica amministrazione, e

¹⁸⁶ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁸⁷ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, cit., p.76 ss.

¹⁸⁸ S. DEL CORE, *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, cit.

che una conclusione contraria darebbe vita ad una disparità non prevista dalla legge.

5.1 Il rinvio degli adempimenti

La giurisprudenza ha ritenuto che la posticipazione di taluni adempimenti posti a carico della pubblica amministrazione a seguito dell'individuazione del futuro contraente – primi fra tutti la stipula del contratto e la consegna dei lavori – possa integrare la violazione degli articoli 1337 e 1338 c.c. E' necessario che il rinvio di tali adempimenti vada ad intaccare, paralizzandolo, il rapporto sorto tra privato e pubblica amministrazione determinando un pregiudizio a danno dell'aggiudicatario. Più precisamente, l'inerzia della pubblica amministrazione non è scusata dall'ordinamento giuridico che, anzi, punisce a titolo di responsabilità precontrattuale il comportamento scorretto della stessa tutte le volte in cui comprometta le legittime aspettative del privato aggiudicatario. Difatti, un comportamento di tale portata sarebbe stato ragionevole se, poi, l'inattività della pubblica amministrazione fosse sfociata nell'adozione di un provvedimento in autotutela¹⁸⁹ – annullamento d'ufficio ovvero revoca – alla

¹⁸⁹ In F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1505 ss., viene definita come il potere dell'amministrazione di «farsi giustizia da sé». In realtà, il legislatore ha ommesso di indicare cosa si debba intendere per autotutela amministrativa, rimettendo, di fatto, all'attività degli interpreti la ricostruzione dei principali tratti dell'istituto. In generale, può rilevarsi come l'ordinamento giuridico abbia dotato la pubblica amministrazione di un potere che le permetta di perseguire e realizzare l'interesse pubblico anche eliminando o revocando, se necessario, precedenti provvedimenti emanati dalla stessa. Per quanto qui ci interessi, la ricostruzione dogmatica del concetto di autotutela è confluita, talvolta, nell'ambito della esecutorietà coattiva del provvedimento, talaltra, nel potere di riesame dei provvedimenti amministrativi. Quanto alla prima ricostruzione, il potere di autotutela non sarebbe altro che manifestazione della sovranità dello Stato. Il provvedimento amministrativo, a sua volta, sarebbe dotato di una presunzione di legittimità in quanto volto al perseguimento di un interesse pubblico ed in quanto emanato da un pubblico potere. La presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo ne spiegherebbe la sua esecutorietà, cioè il potere per la amministrazione di pretendere l'esecuzione dello stesso. La seconda ricostruzione, invece, ricondurrebbe nel concetto di autotutela non solo il potere dell'amministrazione di dare esecuzione ai propri provvedimenti ma anche quello di riesamina. Ai

luce di un fatto sopravvenuto impeditivo che, all'esito di un'attenta analisi da parte della stazione appaltante, avrebbe ostacolato la prosecuzione della procedura amministrativa fino alla conclusione del contratto¹⁹⁰.

5.2 *La mancata verifica circa la realizzazione dell'opera*

Qualora la procedura di gara indetta dalla pubblica amministrazione non conduca alla conclusione ed esecuzione del regolamento contrattuale a causa della irrealizzabilità della prestazione, la stazione appaltante risponderà del danno a titolo di responsabilità precontrattuale se, *ex ante*, non abbia verificato – o abbia sì verificato scorrettamente – la fattibilità dell'opera o del servizio¹⁹¹, integrando, tale comportamento, una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza *ex artt.* 1337 e 1338 c.c. Tra le ipotesi maggiormente ricorrenti, assume rilievo il caso in cui la stazione appaltante decida di indire una procedura ad evidenza pubblica nonostante manchino le risorse finanziarie necessarie ai fini della

fini espositivi, ciò che rileva è il c.d. riesame con esito demolitorio che consta di due provvedimenti principali: l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990) e la revoca (art. 21-*quinquies*). Entrambi definiti «provvedimenti di secondo grado» in ragione del fatto che la pubblica amministrazione, attraverso tali provvedimenti, va a influire su atti precedentemente emanati. Sinteticamente, l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 prevede che l'annullamento d'ufficio può determinarsi quando il provvedimento amministrativo risulti illegittimo in quanto adottato in violazione di legge, con eccesso di potere o da una autorità incompetente *ex art.* 21-*octies* e, al contempo, sia giustificato dalla presenza di ragioni di interesse pubblico. L'annullamento, però, deve avvenire in un tempo ragionevole (non può essere superiore a diciotto mesi dal compimento del provvedimento amministrativo) e, soprattutto, deve essere preceduto da un esame volto a temperare i vari interessi in gioco (interessi dei destinatari del provvedimento e degli eventuali controinteressati). L'art. 21-*quinquies*, invece, prevede che «la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti» e che «se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo». Diversamente dall'art. 21-*nonies*, l'atto di revoca prescinde dai vizi di legittimità del provvedimento. Difatti, il testo della legge ammette la revoca del provvedimento di primo grado quando sopravvengano motivi di interesse pubblico ovvero quando venga a modificarsi la situazione di fatto imprevedibilmente rispetto al momento in cui l'atto amministrativo era stato adottato ovvero allorquando l'interesse pubblico sia stato nuovamente valutato, ad eccezione, in quest'ultimo caso, che si tratti di provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici.

¹⁹⁰ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 324.

¹⁹¹ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 326.

realizzazione dell'opera e/o del servizio. Contrasterebbe, infatti, con il disposto di cui all'art. 1337 c.c., la condotta della pubblica amministrazione che, pur essendo a conoscenza della insufficienza/mancanza dei fondi indispensabili per il compimento dell'opera, non abbia rinviato la procedura¹⁹².

5.3 *La redazione del bando di gara e la sua violazione*

Salvo il caso della procedura negoziata senza bando, la maggior parte delle procedure di gara prevede la pubblicazione del bando che consiste nell'atto iniziale, a rilevanza esterna, contenente informazioni circa la tipologia di procedura prescelta dalla pubblica amministrazione e l'oggetto del contratto che la stessa si impegna a concludere e indicante la c.d. determina a contrarre che sia stata precedentemente adottata¹⁹³. Più nello specifico, il bando consiste in un atto amministrativo con cui la stazione aggiudicante rende note le condizioni e le regole che verranno seguite durante la procedura ai fini dell'individuazione dell'impresa aggiudicatrice: costituisce, cioè, *lex specialis* del procedimento dalla quale la stessa amministrazione «non può discostarsi» e nemmeno può trarne una interpretazione manifestamente contraria rispetto al suo significato letterale¹⁹⁴.

Alla luce di ciò, può risultare violato l'obbligo di buona fede ex art. 1337 c.c., da una parte, tutte quelle volte in cui la pubblica amministrazione compia errori inescusabili durante la redazione del bando e, una volta presa coscienza degli stessi, annulli l'intera procedura, compresa l'intervenuta

¹⁹² A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, II, Padova, 2009, p. 203.

¹⁹³ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1609.

¹⁹⁴ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.

aggiudicazione, dall'altra, quando la stessa violi quanto disposto all'interno del bando di gara¹⁹⁵.

5.4 *La mancata stipulazione del contratto con il vincitore della gara*

La procedura ad evidenza pubblica è scandita da una pluralità di fasi che, progressivamente, portano alla conclusione del contratto. L'inizio della fase di formazione del contratto coincide con l'offerta del privato che, se rispondente ai caratteri della chiarezza, precisione e completezza, equivale, secondo un orientamento, ad una proposta contrattuale¹⁹⁶. Difatti, nonostante sia la pubblica amministrazione ad indire la gara ed a pubblicare il bando, tali attività sembrano dirette a sollecitare una pluralità di offerte contrattuali sulla base delle quali verrà individuata, in relazione alle esigenze della stazione appaltante, quella più vantaggiosa¹⁹⁷. A seguito di ciò, la pubblica amministrazione procede con l'aggiudicazione che, alla luce del precedente – oggi abrogato – d.lgs. n. 163 del 2006¹⁹⁸ e del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), «non equivale ad accettazione dell'offerta». Difatti, affinché possa dirsi concluso il contratto, è necessario che lo stesso sia redatto e sottoscritto dalla stazione appaltante. Fatta questa premessa, l'amministrazione è libera di non procedere all'aggiudicazione se sussistono concrete ragioni di interesse pubblico¹⁹⁹. Una volta proceduto con l'aggiudicazione definitiva, però, la pubblica amministrazione è tenuta – per quanto rileva ai fini della responsabilità precontrattuale – a sottoscrivere il contratto: in tale caso, se la stessa si rifiuti

¹⁹⁵ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit. p. 327.

¹⁹⁶ G. GIOVANNINI, *La formazione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, I, cit., p. 1244 ss.

¹⁹⁷ G. GIOVANNINI, *La formazione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, I, cit., p. 1428.

¹⁹⁸ Il d. lgs. n. 163 del 2006 è stato abrogato a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁹⁹ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit. p. 318.

di procedere sarà tenuta a risarcire il danno ex art. 1337 c.c. per aver leso il legittimo affidamento del privato aggiudicatario in ordine alla conclusione del contratto²⁰⁰.

Difatti, «la piena libertà dell'amministrazione di non dare corso all'aggiudicazione con la stipula del contratto non esenta la stessa dai profili di responsabilità precontrattuale. In tale ottica, la discrezionalità dell'amministrazione, insindacabile sotto il profilo amministrativo, incontra un limite insuperabile nei principi di correttezza e buona fede (...) e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato»²⁰¹.

6 *La responsabilità precontrattuale della p.a. a seguito della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n.5*

L'assetto così delineato risulta mutato a seguito della sentenza dell'Adunanza plenaria del 4 maggio 2018 n. 5²⁰². Tale pronuncia, infatti, determina un'ulteriore apertura circa il riconoscimento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione durante una procedura ad evidenza pubblica, superando l'orientamento secondo cui, prima dell'aggiudicazione, i privati sarebbero portatori di un mero interesse di fatto e, quindi, non potrebbero vantare alcun diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. in caso di violazione del precetto di buona fede da parte della pubblica amministrazione. In definitiva, si assiste ad un'inversione di rotta: «dalla irresponsabilità della pubblica amministrazione, si è passati a

²⁰⁰ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit. p. 319.

²⁰¹ In tal senso T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 giugno 2002, n. 3258 come riportato in A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, cit., p. 206.

²⁰² Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 1 ss.

prescrivere doveri finalizzati a proteggere “la parte debole”»²⁰³ che, nel caso di specie, è rappresentata dall’operatore economico.

6.1 Il fatto

La vicenda oggetto di analisi prende le mosse da una gara indetta dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria ai fini dell’affidamento del servizio di ristorazione delle Aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione. La gara in questione era suddivisa in sette lotti, il quarto – che assume rilievo nella controversia – riguardava l’Azienda sanitaria di Cosenza, al quale era stato attribuito un valore complessivo pari a euro 18.927.347,40, per una durata del servizio pari a 36 mesi. Un R.T.I – raggruppamento temporaneo di impresa viene escluso dalla gara per aver presentato un’offerta corrispondente ad una percentuale di ribasso del 22,23% (euro 4.885.136,10 annui) rispetto al valore stimato dell’appalto pari a euro 6.309.115,80 annui tenuto conto della durata del contratto d’appalto indicata nel bando di gara (tre anni) e del valore economico complessivo riferito all’intera durata del contratto (euro 18.927.347,40). A detta della stazione appaltante, infatti, la durata del contratto d’appalto era pari a 48 mesi posto che il disciplinare di gara prevedeva la possibilità di proroga per 12 mesi. Conseguentemente, l’offerta presentata dal R.T.I. (euro 4.885.136, 10 annui) sarebbe risultata superiore rispetto a quella posta a base di gara (euro 4.731.836,85) e quindi inammissibile. Per ragione analoga, era stata escluso anche l’altro concorrente rimasto in gara: R.T.I. Innova S.p.a. – Ladisa S.p.a. Il R.T.I. propone ricorso contro il provvedimento di esclusione. Il ricorso è

²⁰³ In tal senso R. CIPPITANI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, in *Giur. Amm.*, 2019, p. 248.

accolto dal Tribunale amministrativo regionale della Calabria con sentenza del 18 novembre 2015 n. 1730. Decisione, quest'ultima, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza del 10 giugno 2016, n. 2497. La sentenza da ultimo richiamata, nello specifico, sottolinea la contraddizione degli atti costituenti la *lex specialis* di gara – bando, disciplinare e capitolato speciale di appalto – i quali, rispettivamente, prevedevano: un valore complessivo di euro 18.927.347,40 e una durata di 36 mesi, implicante un valore annuo pari a euro 6.309.115,80; un valore complessivo pari a quello indicato nel bando di gara e la durata complessiva pari a 36 mesi che decorreva dalla data di inizio del servizio prevedendo ulteriori 12 mesi opzionali di eventuale rinnovo; la durata complessiva del contratto pari a 3 anni, precisando che l'Azienda si riserva la facoltà, qualora ne ravvisi l'opportunità, di chiedere all'aggiudicatario la prosecuzione del servizio per i tempi necessari per l'indizione e l'aggiudicazione di una nuova procedura di gara, e comunque non oltre un anno dalla data di scadenza del contratto.

Dal quadro così prospettato risulta, quindi, che il bando si limita ad indicare la durata del servizio senza alcun riferimento alla possibilità di proroga, il disciplinare la prevede come eventualità con una durata pari ad un anno ed, infine, il capitolato speciale attribuisce alla stazione appaltante la facoltà di prorogare i termini previsti dal contratto di appalto – senza specificare il limite temporale della proroga stessa – fino ad un anno ²⁰⁴ . A seguito della decisione del Consiglio di Stato con cui è stato annullato il provvedimento della P.A. volto all'esclusione del R.T.I. dalla gara indetta, la stazione appaltante con provvedimento del 29 agosto del 2016, agisce in autotutela annullando d'ufficio i decreti di indizione della gara ed il decreto

²⁰⁴ Come si legge in sentenza Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 8, «le partecipanti alla gara non avevano alcun onere di effettuare calcoli aritmetici per accertare se da altre previsioni del bando si sarebbe dovuta desumere una durata invece quadriennale del contratto: poiché grava sulla stazione appaltante il *clare loqui*, risulta del tutto ragionevole l'interpretazione del bando sulla durata triennale del contratto, rispetto alla quale l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare tutte le proprie valutazioni».

di approvazione degli atti di gara relativi al Lotto n. 4²⁰⁵. Il ricorrente – riammesso alla gara a seguito dell’esito positivo del giudizio di primo e secondo grado in ordine all’annullamento del provvedimento con cui era stata precedentemente esclusa dalla procedura di gara – impugna il provvedimento con cui la stazione appaltante ha annullato in autotutela la gara lamentandone l’illegittimità e, in via subordinata, chiedono il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale per violazione del principio di buona fede.

6.2 Ordinanza del Consiglio di Stato del 24 novembre 2017 n. 515

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, in primo grado, respinge la domanda volta all’annullamento del provvedimento adottato in autotutela dalla stazione appaltante (c.d. domanda demolitoria) e accoglie la domanda relativa al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale.

Contro tale decisione propongono appello sia la Regione Calabria che la stessa ricorrente in primo grado. La questione, quindi, viene rimessa al Consiglio di Stato che, con sentenza non definitiva adottata il 24 novembre del 2017 n. 5491, rigetta i motivi dell’appello del R.T.I. relativi al capo della sentenza con cui il Tribunale amministrativo regionale aveva rigettato la domanda di annullamento dell’atto in autotutela e, con ordinanza del 24 novembre 2017 n. 515, rimette all’Adunanza plenaria due quesiti. Il primo

²⁰⁵ Come si legge in Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 10, il provvedimento adottato in autotutela è stato motivato dalla stazione appaltante alla luce di due considerazioni principali: il «principio costituzionale del buon andamento (...) impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire»; è «*in re ipsa* l’interesse pubblico all’annullamento di un’aggiudicazione inficiata da errori materiali, ciò potendo impedire fra l’altro sia l’esborso di denaro pubblico in violazione di norme anche procedurali e di evidenza pubblica, sia la violazione dei principi di legalità e buon andamento, cui deve essere improntata l’attività dell’Amministrazione ai sensi dell’art. 97 Cost.».

attiene alla configurabilità o meno della responsabilità precontrattuale prima della scelta del contraente.

Il secondo quesito – che assume rilievo solo ove sia stata data risposta affermativa al primo – è se la responsabilità precontrattuale riguardi «esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione»²⁰⁶.

L'ordinanza di rimessione, oltre che prospettare i quesiti appena descritti, mette in luce due orientamenti giurisprudenziali contrastanti. Un orientamento afferma che la responsabilità precontrattuale potrebbe sorgere anche in un momento che precede l'aggiudicazione. Secondo tale ricostruzione, infatti, «la fase di formazione dei contratti pubblici (...) è caratterizzata dalla contestuale presenza di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale»²⁰⁷.

Più precisamente, secondo questa ricostruzione, tale fase sarebbe caratterizzata da «un'unica serie di atti operanti in una duplice dimensione, pubblicistica e privatistica, il che consente di concludere che la fase dell'evidenza pubblica non si colloca fuori dalle trattative, ma ne costituisce parte integrante»²⁰⁸.

Di conseguenza, sarebbe irragionevole poter suddividere tale procedimento in più fasi²⁰⁹ identificando il momento della scelta del contraente quale

²⁰⁶ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 12.

²⁰⁷ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, in www.iurisprudenzia.it, 2019, p.3.

²⁰⁸ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, cit.

²⁰⁹ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, cit., il procedimento in questione sia caratterizzato dalla «presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto».

condizione necessaria per l'applicabilità dell'istituto della responsabilità precontrattuale.

In tal modo, infatti, l'interprete, «spezzerebbe un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità»²¹⁰. In altri termini, ciò che farebbe sorgere l'obbligo di buona fede in capo alle parti non è l'aggiudicazione – e quindi la scelta del contraente – ma la partecipazione dei soggetti alla gara, idonea, di per sé, alla creazione di un rapporto giuridico tra privato e p.a. Un orientamento restrittivo, invece, nega che la responsabilità precontrattuale possa sorgere anteriormente alla scelta del contraente sulla base del fatto che «l'apertura della competizione ad una pluralità di concorrenti non instaura ancora una relazione specifica tra soggetti, paragonabile allo svolgimento di trattative»²¹¹. Il Consiglio di Stato, nel rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, argomenta a favore dell'orientamento da ultimo descritto. Tra le varie argomentazioni²¹², assume rilevanza preminente quella secondo cui nella procedura di gara non si potrebbe parlare di «trattative» alla stregua dell'art. 1337 c.c. Difatti, il solo atto assimilabile alla nozione di «trattative» o «formazione del contratto» è l'offerta di contratto con cui si aprirebbe la procedura di gara che, però, per valere come proposta contrattuale, – ex art. 1336, primo comma, c.c. – deve contenere tutti gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta. Questo implicherebbe che l'offerta predisposta dalla p.a. sarebbe, così confezionata, suscettibile solo di un'accettazione da parte dell'oblato una volta che sia stato destinatario dell'atto di aggiudicazione.

²¹⁰ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, cit., p. 4.

²¹¹ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, cit., p.3.

²¹² Tra gli argomenti riportati in Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 14, volti ad aderire all'orientamento restrittivo, vi è quello di qualificare il bando di gara come una offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. con la precisazione che «l'offerta di contratto è subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale, non tutti, ma solo un soggetto potrà addivenire alla stipula del contratto».

Inoltre, alla luce del secondo comma della disposizione da ultimo citata, «la revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia». Conseguentemente, rispettati i requisiti di forma espressamente previsti nel secondo comma dell'art. 1336 c.c. citato, la revoca dell'offerta al pubblico sarebbe sempre possibile e, ove effettuata, non farebbe sorgere alcun indennizzo a favore della controparte, contrariamente alla previsione dell'art. 1328 c.c. relativo alla proposta di contratto nei confronti di soggetti determinati

213

Secondo quanto disposto dal giudice rimettente, la ragione che sta alla base della differente disciplina appena descritta muove dal presupposto che le posizioni rivestite dai soggetti destinatari della proposta contrattuale *ex art. 1328 c.c. e 1336 c.c.* non siano equipollenti. Quindi – salvo il caso in cui la revoca sia disposta con mala fede o colpa del proponente – la sussistenza della *bona fides* in capo all'operatore economico che aspira a divenire parte contraente non rileva ai fini dell'ottenimento di un ristoro economico. Nonostante sia pacifico che – a seguito dell'apertura della gara – si determini un contatto sociale tra p.a. e privato, «nessuna trattativa si realizza durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, essendo quest'ultima semplicemente una competizione intercorrente fra gli operatori economici sulla base di criteri preventivamente dettati dall'amministrazione, finalizzata alla scelta del miglior offerente, unico soggetto ammesso a stipulare»²¹⁴. La procedura ad evidenza pubblica, in altri termini, sarebbe, quindi, «estranea alla formazione del contratto poiché essa è strumentale all'individuazione del soggetto che ne costituirà parte, ed in assenza del quale

²¹³ L'art. 1328 c.c., rubricato «Revoca della proposta e dell'accettazione», prevede che la revoca della proposta è ammessa finché il contratto non sia effettivamente concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapresa l'esecuzione prima di venire a conoscenza della revoca stessa, il proponente è obbligato a corrispondergli una somma a titolo di indennizzo pari alle spese sostenute e alle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto.

²¹⁴ Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Responsabilità precontrattuale prima dell'aggiudicazione: rimessione all'adunanza plenaria*, in www.sentenzeappalti.it, 2017.

neanche è ipotizzabile decorrere di formazione di un contratto»²¹⁵. Alla luce di ciò, il Collegio rimettente conclude ritenendo che la sussistenza o meno della buona fede in capo alla p.a. rilevarebbe, tutt'al più, nel momento di formulazione della proposta²¹⁶. Difatti, il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* potrebbe sorgere, eccezionalmente, nell'ipotesi in cui la p.a., nonostante fosse cosciente – già dal momento della formulazione della proposta – dell'impossibilità di poter concludere il contratto (ad esempio, per inesistenza dei mezzi economici), abbia, ciononostante, indetto la gara. Da quanto prospettato, quindi, appare chiara l'impossibilità – secondo il giudice rimettente – di configurare la responsabilità precontrattuale della p.a. durante un procedimento ad evidenza pubblica prima dell'emanazione dell'atto di aggiudicazione: solo a seguito della scelta del contraente le parti del futuro contratto saranno tenute al rispetto dell'obbligo di buona fede dell'art. 1337 c.c. Più nello specifico, solo una volta individuato l'aggiudicatario si determinerebbe un contatto sociale qualificato tra p.a. e privato.

6.3 La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n.5

La sentenza del 4 maggio 2018 n. 5²¹⁷ dell'Adunanza Plenaria, in risposta ai quesiti sollevati dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, afferma che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione «possa configurarsi anche prima dell'aggiudicazione e possa derivare non solo da

²¹⁵ A. BURTI, Nota a Cons. St., sez. III, ordinanza, 24 novembre 2017, n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, cit., p. 4.

²¹⁶ S. FOA', *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *De Jure*, 2018, p.7.

²¹⁷ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit.

comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai (...) doveri di correttezza e buona fede»²¹⁸. L'Adunanza Plenaria giunge a tale esito prendendo le mosse dalla premessa teorica sostenuta dal giudice rimettente secondo cui, prima dell'aggiudicazione, non sarebbe applicabile l'art. 1337 c.c. in quanto non sarebbe possibile parlare di «trattativa affidante»: quella trattativa, cioè, in grado di ingenerare affidamento nella controparte circa la conclusione del contratto e di far sorgere il diritto al risarcimento del danno qualora fosse stato violato l'obbligo di buona fede. Quindi, seguendo tale ricostruzione, il momento in cui poteva sorgere l'affidamento della controparte circa la conclusione del regolamento contrattuale avrebbe coinciso con la scelta del contraente, ovvero con l'adozione dell'atto di aggiudicazione²¹⁹. Secondo la ricostruzione dell'Adunanza plenaria, una tale impostazione non sarebbe più condivisibile alla luce sia dell'ampliamento dell'ambito di applicabilità della clausola generale di buona fede *ex* art. 1337 c.c. che dell'evoluzione della sua *ratio* (v. Cap 1). Inoltre, l'entrata in vigore della Costituzione e una lettura costituzionalmente orientata delle norme portano a considerare l'obbligo di buona fede una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.)

²¹⁸ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 48.

²¹⁹ Più nello specifico, come viene evidenziato in G. M. RACCA E S. PONZIO, *Responsabilità precontrattuale. Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, p. 1963 ss., la ricostruzione così prospettata si fondava sulla convinzione che, prima della scelta del futuro contraente, i soggetti partecipanti alla procedura di gara vantassero un mero interesse legittimo. Difatti, questi ultimi, non erano considerati «possibili futuri contraenti» in base a quanto previsto dall'art. 1337 c.c. ma portatori di interessi legittimi in relazione al potere facente capo alla pubblica amministrazione in ordine alla scelta del contraente. Per ciò, tra privati e pubblica amministrazione non poteva dirsi sussistente quella relazione specifica che si instaura durante le trattative, e che, secondo quanto disposto dalla disciplina del codice civile, farebbe sorgere l'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Solo a seguito dell'aggiudicazione si sarebbe determinato un «significativo avanzamento delle trattative» tale da «aprire il sindacato sul recesso dell'amministrazione dalle stesse». Prima di tale momento, quindi, sarebbe stato irrilevante un comportamento scorretto dell'amministrazione se tenuto durante la fase di valutazione del miglior operatore economico.

diretto alla tutela della «libertà di autodeterminazione negoziale»²²⁰ delle parti²²¹. Per cui, la mancanza di una formale trattativa non può essere d'ostacolo al rispetto dei doveri di lealtà e correttezza: ciò che rileva è che tra le parti (nel caso di specie, tra amministrazione e privato) sussista una «situazione relazionale qualificata, capace di generare ragionevoli affidamenti e fondate aspettative»²²². Difatti, la responsabilità precontrattuale avrebbe quale finalità prima quella di tutelare il legittimo affidamento del soggetto vittima della condotta scorretta altrui in relazione all'intero procedimento e quindi dal momento in cui questo abbia inizio²²³.

²²⁰ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 26, definisce la libertà di autodeterminazione quale il «diritto di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecite derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e scorrettezza».

²²¹ Di contro, L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Giur. Amm.*, 2018, p. 655, che mette in luce il tema e, soprattutto, i limiti dell'interpretazione conforme. L'Autore, infatti, evidenzia come «interpretare una disposizione legislativa in modo conforme, non significa stravolgerne gli elementi testuali, né ricercare il significato costituzionalmente compatibile attraverso tecniche creative, poiché, (...) per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere "adeguati" alla Costituzione, l'opera di "adeguamento" non può essere condotta sino al punto di "leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse». Sulla base di quanto prospettato, pare ragionevole domandarsi se l'attività posta in essere dall'Adunanza Plenaria nella sentenza del 4 maggio 2018 n. 5 citata abbia rispettato i limiti su esposti. Difatti, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1337 c.c. si è esteso l'ambito di applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale anche alle ipotesi in cui manchi una trattativa vera e propria, essendo sufficiente che tra le parti si sia realizzato un contatto sociale qualificato. Tuttavia, il dubbio che sorge è se il passaggio dal concetto di «trattativa» ex art. 1337 c.c. a quello di «contatto sociale qualificato» risulti ammissibile o meno. A parere dell'Autore, infatti, «attribuire tramite "il principio di solidarietà" di cui all'art. 2 Cost., alla "trattativa" o al concetto di "formazione del contratto" il significato di "contatto sociale", vuol dire, nella sostanza, attribuire al testo interpretato (o ai suoi termini) un significato diverso dalla classe di significati evincibili dal suo "tenore letterale"». Inoltre, viene esclusa la possibilità di giustificare l'esito a cui perviene la sentenza citata attraverso il riferimento ad una interpretazione evolutiva e teleologica. Difatti, l'argomentazione dell'Adunanza Plenaria ha quale elemento centrale la clausola di buona fede e la sua evoluzione e rilievo all'interno dell'ordinamento giuridico. Senza considerare, però, che la buona fede è uno, e non l'unico, degli elementi costituenti la fattispecie astratta ex art. 1337 c.c. L'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale, infatti, è espressamente limitato alla fase delle trattative e della formazione del contratto «alle quali difficilmente potrebbe attribuirsi il significato di "contatto sociale" senza passare per una riscrittura dell'enunciato». In definitiva, secondo tale impostazione l'Adunanza Plenaria avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale vista l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione adeguatrice dell'art. 1337 c.c. al caso concreto.

²²² Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 27.

²²³ M. TRIMARCHI, *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *Riv. Dir. amm.*, 2018, n.7, mette in luce il fatto che la precedente impostazione giurisprudenziale secondo cui la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione poteva configurarsi solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva era correlata ad un'interpretazione ormai superata dell'art. 1337 c.c. Difatti, una lettura costituzionalmente orientata del codice civile – e, conseguentemente, anche della disciplina della responsabilità precontrattuale – ha portato a

Alla luce di ciò, l'Adunanza plenaria evidenzia, quindi, come la pubblica amministrazione – fin dall'inizio del procedimento amministrativo – rivesta il ruolo di amministratrice e, al tempo stesso, di contraente e che la valutazione del suo operato in quest'ultima veste debba essere effettuata alla stregua delle norme del codice civile. Difatti, durante la procedura di gara, la pubblica amministrazione sarà tenuta al rispetto sia della disciplina pubblicistica – la cui violazione determina una responsabilità da provvedimento illegittimo – che della disciplina privatistica, la cui violazione determina una responsabilità da comportamento scorretto ²²⁴ . In altri termini, «nell'ambito del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche (...) operano in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione» ²²⁵ .

Le posizioni soggettive che vengono tutelate, infatti, sono diverse nell'uno e nell'altro caso: nel primo, l'invalidità dell'atto è preordinato alla tutela dell'interesse legittimo vantato dal soggetto privato, nel secondo, invece, la responsabilità precontrattuale è volta alla tutela del diritto all'autodeterminazione negoziale lesionato dalla condotta scorretta della pubblica amministrazione e ciò a prescindere dalla legittimità o meno dell'atto eventualmente adottato dalla stessa.

considerare il dovere di correttezza e buona fede «una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione, e mira a tutelare la libertà di autodeterminazione negoziale». Per ciò, la pubblica amministrazione risponderà a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. non solo qualora abbia abbandonato, ingiustificatamente, la fase delle trattative ma anche in quelle ipotesi in cui «pone in essere un comportamento che, in violazione del principio di correttezza, lede la libertà di autodeterminazione contrattuale altrui».

²²⁴ A. ILACQUA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione: evoluzioni giurisprudenziali*, in www.giustamm.it, *Riv. Dir. amm.*, 2009, n. 3, fa riferimento alla superata «concezione binaria dell'evidenza pubblica» intesa quale sequenza di atti separati in ragione della loro natura (privatistica ovvero pubblicistica). Difatti, secondo l'Autore, la procedura ad evidenza pubblica si caratterizzerebbe dalla compresenza di una pluralità di atti tutti caratterizzati da una «duplice natura amministrativa e negoziale». Per ciò, seguendo tale impostazione «il procedimento pubblicistico non si colloca al di fuori delle trattative, ma ne è parte integrante, quale strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale».

²²⁵ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 35.

In altri termini, la configurazione della responsabilità precontrattuale dipenderebbe dalla valutazione – positiva o negativa – del comportamento complessivamente tenuto della pubblica amministrazione che potrà risultare non conforme al principio di buona fede anche qualora sia accompagnato dall'adozione di un provvedimento perfettamente valido. In definitiva²²⁶, l'Adunanza plenaria ammette la configurazione di una responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante a prescindere dall'aggiudicazione e, quanto al secondo quesito prospettato dal giudice rimettente, dispone che non rilevi il momento in cui il comportamento scorretto sia stato effettivamente compiuto, se anteriormente o successivamente alla pubblicazione del bando²²⁷. Circoscrivere l'ambito di operatività della responsabilità precontrattuale ai soli comportamenti tenuti dalla pubblica amministrazione prima del bando significherebbe «introdurre, aprioristicamente e in astratto, limitazioni di responsabilità che non trovano

²²⁶ V. M. SESSA, *Un passo in avanti verso il diritto paritario. Note sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria*, in www.giustamm.it, n. 2018, n. 16, p. 11, lo stesso Legislatore sembra avere riconosciuto, con il tempo, portata generale al principio di correttezza. In tal senso, l'art. 1 della l. 7 agosto 1990 n. 241, a seguito della modifica apportata dalla l. 11 febbraio 2015, n. 15, alla luce del quale l'attività amministrativa deve essere esercitata nel rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, tra i quali assume rilievo preminente l'affidamento del cittadino; la l. 7 agosto 2015 n. 124, la quale ha previsto i limiti al potere di autotutela al fine di proteggere l'aspettativa legittimamente vantata dal privato rispetto ad un precedente provvedimento della pubblica amministrazione vantaggioso per il primo; l'art. 2-bis, primo comma, l. 7 agosto 1990, n. 241 («Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento»): «le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». La disposizione da ultimo citata fa riferimento al c.d. «danno da mero ritardo»: il risarcimento del danno, in tale caso, sorge a seguito della violazione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale vantato dal soggetto danneggiato. Più nello specifico, «la violazione del termine di conclusione del procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali».

²²⁷ Una condotta scorretta della stazione appaltante antecedente la pubblicazione del bando si determinerebbe in tutte quelle ipotesi in cui la stessa, sebbene fosse a conoscenza o avrebbe potuto conoscere dell'insussistenza dei requisiti necessari, abbia comunque portato avanti la proposta contrattuale indicando la gara.

fondamento normativo e che contrastano con l'atipicità che caratterizza l'illecito civile»²²⁸.

6.3.1 Presupposti

Conclusivamente, la sentenza del 4 maggio del 2018, n. 5, indica quali sono i presupposti indefettibili affinché possa sorgere la responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione. Come richiesto dagli articoli 1337 e 1338 c.c., è necessario che il privato abbia fatto, senza sua colpa, affidamento circa la conclusione del contratto. Inoltre, è indispensabile che l'affidamento del soggetto risulti pregiudicato da un comportamento difforme all'obbligo di buona fede e che tale comportamento sia, a sua volta, imputabile alla pubblica amministrazione, in termini di colpa o dolo ²²⁹.

²²⁸ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 48.

²²⁹ A. ILACQUA, *La Responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione evoluzioni giurisprudenziali*, in *Riv. Dir. amm.*, 2019, n.3., par. IV, evidenzia che, quanto all'elemento soggettivo, affinché la pubblica amministrazione possa rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. è sufficiente la colpa, non essendo, invece, necessaria «l'intenzione di arrecare danno all'altro soggetto». Quanto alla colpa, può dirsi integrata quando la parte non rispetta «norme di regolamento, ordini o discipline ovverosia quelle regole di condotta e di prudenza che è possibile esigere da un uomo medio (*id est*, dal buon padre di famiglia), che nel campo dell'azione amministrativa si identificano nell'imparzialità e nel buon andamento (postulati dall'art. 97 della Costituzione)». L'Autore, fa esplicito riferimento alla nota sentenza della Corte di Cassazione (Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500) per chiarire cosa debba intendersi per colpa della pubblica amministrazione. Difatti, evidenzia il superamento del precedente orientamento giurisprudenziale in forza del quale, appurata l'illegittimità del provvedimento amministrativo, non sarebbe stato necessario, per il privato, provare la colpa della pubblica amministrazione. A tal proposito si legge che «l'imputazione della responsabilità, pur non potendo avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento, deve essere estesa alla valutazione della colpa non del funzionario agente (al quale possono essere riferiti i parametri della negligenza od imperizia) ma della P.A. intesa quale apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiante) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare in quanto si pongono come limiti esterni della discrezionalità». La colpa della pubblica amministrazione, seguendo tale impostazione, sarebbe configurabile tutte le volte in cui l'Autorità pubblica presenti «obiettiva deficienza funzionale del complesso organizzativo». Di contro, parte della dottrina ritiene che la colpa non debba essere sempre e comunque riferita alla pubblica amministrazione intesa quale «apparato impersonale» ma che, sulla

A sua volta, il privato – al fine dell’ottenimento del risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale – dovrà dimostrare: il pregiudizio arrecato alla libertà di autodeterminazione negoziale (c.d. danno-evento), le perdite economiche derivanti da decisioni negoziali illecitamente condizionate (c.d. danno-conseguenza), nonché il nesso di causalità tra danno e condotta scorretta dell’amministrazione. Più nello specifico, il privato è tenuto a dare prova del fatto che «il comportamento scorretto dell’amministrazione ha rappresentato la *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatosi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento del danno»²³⁰.

A seguito di tale pronuncia, quindi, da un lato, viene riconosciuta la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione anche prescindendo dall’instaurazione di una trattativa in senso stretto, essendo sufficiente «una situazione “relazionale” qualificata, capace di generare affidamenti e fondate aspettative»²³¹. Dall’altro lato, l’esplicazione dei vari presupposti appare necessaria per evitare che la stazione appaltante sia tenuta a rispondere a titolo di responsabilità precontrattuale in modo irragionevole ed eccessivo.

base di una valutazione della fattispecie concreta, è possibile distinguere casi in cui la colpa sia imputabile all’amministrazione-organizzazione e casi in cui la stessa sia da riferire al funzionario agente. Altresì, altro orientamento dottrinale, ritiene che sia prefigurabile anche un «concorso di colpa fra funzionario agente e apparato». R. CIPPITANI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, cit., p. 252, specifica che «la colpa della pubblica amministrazione viene individuata nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero in negligenza, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili». «Tra le “negligenze inescusabili sono state compresi i comportamenti superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole esecuzione (...); mentre, d’altro canto, non sussiste la colpa quando si può invocare un errore scusabile “per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l’incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto”». «Al contrario, la responsabilità non ricorre in caso di errore scusabile, per esempio, nel caso di contrasti giudiziari o per incertezza del quadro normativo di riferimento; di rilevante complessità del fatto; dall’ampiezza della discrezionalità riconosciuta all’amministrazione».

²³⁰ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit. p. 51.

²³¹ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 492.

7 *L'affidamento nel diritto amministrativo: aspetti controversi*

Il concetto di affidamento, secondo una ricostruzione tecnico-giuridica, è da intendere come «l'aspettativa ragionevole che un soggetto ripone su un fatto o sull'esecuzione (da parte di un altro soggetto) di un determinato comportamento, su cui si fonda a propria volta un proprio (legittimo) comportamento»²³².

Data l'assenza di una disposizione da cui trarre il significato della nozione di affidamento, compito dell'interprete è quello di ricostruirne significato ed effettiva portata prendendo le mosse da una visione d'insieme delle norme generali dell'ordinamento giuridico che, globalmente intese, gli danno significato²³³.

Tra queste, assume preminente rilievo la buona fede oggettiva quale regola di condotta sottesa ai rapporti negoziali instauratisi tra le parti e diretta alla tutela dell'aspettativa che, eventualmente, sia lesa a causa del comportamento scorretto altrui²³⁴. Nel diritto romano, la *fides*²³⁵ veniva fatta valere dalla parte del rapporto giuridico che rivestiva una posizione di inferiorità rispetto al potere esercitato dalla controparte al fine di limitarne le pretese. Nello specifico, tale situazione era tipica dei rapporti asimmetrici, cioè caratterizzati da uno squilibrio intrinseco dato dalla diversa qualità dei soggetti, e solo in seguito acquista rilievo anche in relazione ai rapporti

²³² A. R. D'ACRI, *L'affidamento e la sua tutela*, in A. Liberati, *La responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, Trento, 2009, p. 25.

²³³ A. R. D'ACRI, *L'affidamento e la sua tutela*, cit., p. 25.

²³⁴ A. R. D'ACRI, *L'affidamento e la sua tutela*, cit., p. 26 ss.

²³⁵ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, p. 14, al fine di chiarire la portata originaria del principio della buona fede precisa che: quest'ultimo, in un primo momento, veniva preso in considerazione negli accordi tra popoli vinti e popoli vincitori affinché i secondi esercitassero il loro potere senza limitare eccessivamente le libertà dei primi. Successivamente, l'applicabilità di tale principio si estese anche ai rapporti tra soggetti individualmente considerati qualora uno dei due avesse rivestito una posizione di preminenza rispetto all'altro. Tale impostazione, come precisa l'Autore, può essere senz'altro presa in considerazione al fine di sostenere «l'ammissibilità della buona fede nei rapporti di diritto amministrativo» data la supremazia della pubblica amministrazione rispetto alla posizione rivestita dal privato.

Difatti, se in passato il concetto di affidamento ha ritardato ad affermarsi nei rapporti da ultimo menzionati, ad oggi, si pone il problema dell'applicabilità o meno di tale regola, ormai incardinata nel tessuto codicistico, anche al rapporto amministrativo.

Negli anni '70, la dottrina diede maggiore attenzione alla questione evidenziando lo stretto legame che intercorreva tra il concetto di affidamento e la buona fede oggettiva, contrariamente a quanto sostenuto da altra parte della dottrina²³⁷ che, invero, contestava il rilievo della clausola di buona fede se rapportata al potere amministrativo²³⁸. Di principio, il dibattito ruotava attorno ad un tema assai più ampio, ossia il rapporto che intercorre tra diritto privato e diritto pubblico. Difatti, il nodo da sciogliere, secondo parte degli interpreti, era il grado di estensione di taluni istituti propri del diritto privato in altri settori dell'ordinamento giuridico²³⁹.

Le ragioni su cui fondare l'inoperatività della clausola di buona fede nei confronti della pubblica amministrazione ruotavano attorno a due assiomi principali²⁴⁰ per cui, da un lato, la funzione dell'interesse pubblico avrebbe inglobato quella eventualmente esercitata dalla buona fede e, dall'altro, quest'ultima avrebbe trovato applicazione solo nei rapporti tra soggetti posti

²³⁶ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p.31.

²³⁷ Come si legge in nota A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p.53, «la dottrina italiana non poteva ammettere deroghe al principio di stretta legalità che informava per legge l'attività amministrativa, dunque non avrebbe agevolmente potuto apprezzare le nuove tesi provenienti dal diritto civile sulla tutela dell'affidamento e sull'obbligo di agire secondo buona fede, perché chi persegue il pubblico interesse ed è dotato di autoritatività nel potere di portare ad esecuzione le sue scelte non può che implicitamente agire sempre nel rispetto del canone di buona fede».

²³⁸ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 52 ss.

²³⁹ v. Cap. III, p. 1

²⁴⁰ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 40, mette in luce che, soprattutto negli anni Trenta, le clausole generali (di cui la buona fede era la principale manifestazione) erano viste con sfavore. Difatti, grande era il timore circa la previsione di tali clausole all'interno dell'ordinamento giuridico in quanto «l'incertezza ermeneutica» ed il maggior spazio lasciato all'interprete avrebbe agevolato l'ascesa del nazionalsocialismo.

Quanto al primo punto, il fatto stesso che la pubblica amministrazione sia per legge tenuta ad agire con il precipuo scopo di perseguire e soddisfare l'interesse pubblico, la porta ad agire inevitabilmente secondo buona fede. In altri termini, estendere l'operatività della clausola di buona fede all'interno del diritto amministrativo avrebbe significato creare un «doppione del concetto di interesse pubblico», in quanto «la valutazione secondo buona fede sarebbe già insita nell'obbligo dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico»: la realizzazione di quest'ultimo implica, inevitabilmente, che l'ente pubblico si comporti secondo buona fede²⁴². Secondo altra ricostruzione, però, la presunta incompatibilità tra la funzione esplicata dalla buona fede e quella dell'interesse pubblico non avrebbe ragione di esistere. Difatti, le ragioni che hanno portato parte della dottrina ad affermare l'inoperatività della clausola di buona fede nell'ambito del diritto amministrativo sarebbero state influenzate inevitabilmente dal periodo storico del tempo (anni 1936-1939): la figura dello Stato autoritario conduceva a far coincidere la nozione di interesse generale con quella di «interesse subiettivo della Pubblica amministrazione e a negare, di conseguenza, una tutela “diretta” degli interessi dei destinatari dell'azione amministrativa»²⁴³. Più nello specifico, nonostante fosse ragionevole far confluire l'interesse pubblico in quello proprio dell'amministrazione, si ometteva di considerare che la determinazione del primo avrebbe richiesto un processo in cui avrebbero assunto rilievo «i diversi interessi specifici delle amministrazioni interessate e dei soggetti collettivi e individuali aventi titolo nella prospettazione di interessi», così da non poter prescindere da una valutazione circa la correttezza o meno della condotta assunta

²⁴¹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni trenta all'alternanza*, cit., p. 115.

²⁴² F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 41.

²⁴³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni trenta all'alternanza*, Varese, 2001, p. 117 ss.

dall'amministrazione²⁴⁴. Ciò risulta ancor di più condivisibile alla luce dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale e della nuova concezione della pubblica amministrazione. Invero, il principio di solidarietà impone alla amministrazione di comportarsi come soggetto imparziale nel perseguimento dell'interesse pubblico che, da un lato, non è più considerato interesse proprio dell'ente pubblico e, dall'altro, richiederebbe, ai fini della sua realizzazione, una ponderazione con il diverso interesse facente capo agli altri soggetti del procedimento

245

Quanto al secondo punto, la non riconoscibilità del principio della buona fede rispetto all'attività amministrativa veniva giustificata sulla base del fatto che, se così non fosse, sarebbe, per logica, da ammettere anche il suo contrario, cioè che la pubblica amministrazione potrebbe agire secondo mala fede: conseguenza inaccettabile nell'ordinamento giuridico italiano posto che la maggior parte della dottrina è unanime nell'escludere una attività dolosa dei poteri pubblici vista la realizzazione dell'interesse pubblico a cui essi sono preordinati istituzionalmente²⁴⁶. Di contro, la principale obiezione a tale impostazione posava sul fatto che il fondamento dell'affidamento sarebbe da ricercare nel concetto di buona fede oggettiva che, a sua volta, assume portata generale all'interno del codice civile. Per ciò, l'obbligo di comportarsi secondo lealtà e correttezza opererebbe anche nei confronti della pubblica amministrazione dato il «carattere generale e assorbente»²⁴⁷ del principio di buona fede che si riflette, inevitabilmente, sull'intero ordinamento giuridico. Anzi, la teoria dell'affidamento troverebbe ragion d'essere proprio nella differente posizione rivestita dalla pubblica amministrazione rispetto al privato.

Invero, nonostante l'attività e la nozione della pubblica amministrazione

²⁴⁴ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 42.

²⁴⁵ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 52.

²⁴⁶ In tal senso F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 43, il quale mette in luce che tale impostazione era da considerare «corollario della teoria della presunzione di legittimità degli atti amministrativi».

²⁴⁷ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 27.

abbiano subito una notevole evoluzione rispetto alla concezione originaria in cui i poteri pubblici erano considerati immuni da responsabilità, l'azione amministrativa rimarrebbe proiezione del potere di tipo autoritativo riconosciute dalla legge²⁴⁸ e non potrebbe in alcun modo essere equiparata *in toto* all'attività dei privati. In altre parole, sarebbe proprio il particolare ruolo di supremazia che la Carta Costituzionale attribuisce all'amministrazione rispetto alla posizione assunta dal privato a costituire il pilastro su cui poggia la teoria dell'affidamento²⁴⁹.

7.1 Gli elementi costitutivi del legittimo affidamento

L'affidamento del privato rispetto all'attività esercitata dalla pubblica amministrazione costituisce un modo di espressione della clausola di buona fede all'interno del diritto amministrativo. Esso costituisce, inoltre, un presupposto necessario ai fini della configurazione della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* Appare oggi pacifico che lo stesso trovi applicazione anche nell'ambito del diritto amministrativo, soprattutto alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale che, dagli anni '70 ad oggi, ne ha messo in luce caratteri ed effettiva portata²⁵⁰. Nel diritto amministrativo, la tutela dell'affidamento non imporrebbe alla

²⁴⁸ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 51.

²⁴⁹ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit.

²⁵⁰ Il dato normativo a cui ancorare il principio di affidamento è la l. del 1990 n. 241, la quale, all'art. 1 dispone che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario». Il richiamo ai principi comunitari impone alla pubblica amministrazione di valutare e di tenere in debita considerazione la posizione consolidata del privato a seguito dell'attività amministrativa. Caso emblematico è quello relativo all'esercizio del potere di autotutela: l'adozione di un secondo provvedimento che vada a modificare (in negativo) una posizione di vantaggio assunta precedentemente dal privato è condizionata da una pluralità di elementi, primo fra tutti l'affidamento del soggetto rispetto alla stabilità della situazione creata a seguito dell'adozione dell'atto amministrativo.

pubblica amministrazione il rispetto del generico obbligo di comportarsi secondo diritto quanto, piuttosto, di risultare coerente rispetto ad una precedente attività posta in essere. Il riferimento alla coerenza dell'attività amministrativa, però, non sarebbe da ridurre al principio del *non venire contra factum proprium*, ma, più semplicemente, al fatto che l'amministrazione avrebbe «l'obbligo di ponderazione tra l'interesse pubblico e l'interesse di un privato “rafforzato” da precedenti scelte compiute dalla stessa»²⁵¹. La questione che necessita di essere approfondita è quella relativa agli elementi costitutivi del legittimo affidamento e, soprattutto, in che modo esso si relazioni con l'esercizio del potere della pubblica amministrazione e con l'interesse pubblico da essa perseguito, con specifico riferimento al caso in cui, in un procedimento ad evidenza pubblica, la stessa agisca in autotutela. Affinché il legittimo affidamento del privato possa trovare tutela, è necessario che questo si basi su una «aspettativa legittima»: il soggetto non può far leva su «una falsa rappresentazione della realtà» da esso percepita quanto, piuttosto, sui comportamenti ed atti concretamente posti in essere dalla pubblica amministrazione²⁵². In altri termini, la distorta percezione delle cose e lo *status* psicologico del singolo non sono idonee, *ex sé*, a creare una aspettativa giuridicamente rilevante, e quindi tutelabile. L'aspettativa del privato, invero, deve essere misurata in relazione alla «situazione di fatto oggettivamente emergente nel caso concreto»²⁵³. Secondo una ricostruzione, però, l'affidamento, essendo conseguenza di un comportamento tenuto da altri, «non ha un'esistenza meramente oggettiva, ma prende consistenza nella sfera soggettiva di colui nel quale la condotta in questione determina il sorgere della fiducia. In questo senso l'affidamento (...) ha una sua componente soggettiva, che è la buona fede di colui che ripone la propria

²⁵¹ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 58-61.

²⁵² A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p.53.

²⁵³ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p.55.

fiducia nello stato di cose esistente»²⁵⁴. In definitiva, il principio di affidamento assume le sembianze di una fattispecie complessa costituita da una pluralità di elementi strettamente correlati tra loro: un elemento oggettivo, uno soggettivo e, infine, uno cronologico²⁵⁵. In particolare, secondo un orientamento espresso dal Consiglio di Stato²⁵⁶, affinché possa parlarsi di legittimo affidamento – nel caso di specie, in relazione al potere di autotutela della pubblica amministrazione – è necessario, rispettivamente, che²⁵⁷ «il vantaggio che il privato difende» sia «chiaro, certo e univoco» e trovi «la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante, non essendo all'uopo idoneo, ad esempio, un mero atto endoprocedimentale ed impotente» (elemento oggettivo), che il privato faccia valere «un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede» (elemento soggettivo) e che sia trascorso un lasso di tempo tale da rendere ragionevole l'affidamento fatto dal privato rispetto ad una determinata utilità conseguita (elemento cronologico)²⁵⁸.

7.2 Affidamento e potere di autotutela

L'operatività del principio di affidamento trova massima espressione nel caso in cui la pubblica amministrazione adotti un c.d. provvedimento di secondo grado.

Invero, tra i vari elementi che devono essere considerati ai fini di un nuovo esercizio dell'attività amministrativa rispetto alla medesima situazione,

²⁵⁴ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 54.

²⁵⁵ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 167.

²⁵⁶ Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁷ Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁸ Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, in www.giustizia-amministrativa.it.

acquista preminente rilievo l'affidamento ingenerato nel privato ²⁵⁹. La l. n. 15 del 2005, modificando la l. n. 241 del 1990, disciplina le ipotesi in cui l'amministrazione agisce in autotutela incidendo su posizioni precedentemente consolidate in capo al privato senza, però, darne una definizione.

Secondo una ricostruzione, l'autotutela rappresenta «un potere, immanente, per correggere precedenti errori o per adattare la situazione di fatto alla sopravvenuta situazione di diritto» ²⁶⁰. Tradizionalmente, veniva fatta coincidere con il concetto di «farsi ragione da sé», ossia «la realizzazione coattiva ed eccezionale, da parte dello stesso titolare, del diritto contestato o leso, senza l'intervento di organi estranei che agiscano in posizione di terzietà»²⁶¹. Nonostante la natura e il fondamento di tale potere siano stati oggetto di discussione all'interno della dottrina²⁶², la ricostruzione più

²⁵⁹ Così prospettato in A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 84, che lega con un «doppio nodo» la tutela dell'affidamento alla «c.d. autotutela amministrativa».

²⁶⁰ In tal senso M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, cit., p. 355.

²⁶¹ Così come riportato in A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 90.

²⁶² A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 84 ss, approfondisce la questione relativa alla natura e al fondamento del potere di autotutela della pubblica amministrazione da sempre oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza. Difatti, il dubbio si rifletteva sull'effettiva portata di tale potere che, secondo taluni, era da considerare di carattere generale, secondo altri, invece, era limitata in quanto il suo esercizio era subordinato ad un'espressa previsione legislativa. Tra le varie ricostruzioni proposte in dottrina, la meno recente ricostruiva il potere di autotutela come privilegio della pubblica amministrazione. L'Autore, in nota n. 3, p. 85 cita, a tal proposito, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 395, «Secondo la tradizione soprattutto giurisprudenziale, l'autotutela è una potestà di cui godono le amministrazioni pubbliche, di realizzare unilateralmente e mediante uffici propri le proprie pretese, senza dover ricorrere al ministero del giudice. In origine l'autotutela era quindi un *privilegium fisci*; l'evoluzione legislativa è stata nel senso di disciplinare procedimentalmente l'esercizio della potestà di autotutela, e di ammettere il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti in esercizio della potestà». Secondo altra impostazione, l'autotutela era considerata attività vincolata e doverosa. E. GUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, p. 88 ss. scrive che l'autotutela della pubblica amministrazione si giustifica «là dove la tutela dell'interesse pubblico, sotto forma di guarantee istituzionali o controlli, non riesce ad impedire l'emanazione di atti amministrativi invalidi e la produzione dei loro effetti», precisando che per autotutela si intende quell'attività volta alla «emanazione di atti che hanno la loro causa nella soppressione di atti amministrativi riconosciuti contrari all'interesse pubblico». In definitiva, secondo tale ricostruzione, «deve affermarsi il principio dell'obbligo giuridico dell'Amministrazione di sopprimere i suoi atti viziati così per illegittimità come per inopportunità». Infine, F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, p. 537 ss., al contrario, mette in luce che l'autotutela può essere spontanea, necessaria e contenziosa. Quanto alla prima, l'Autore ne esalta le affinità con l'attività di riesame e di revisione oggi

recente sostiene che la revoca e l'annullamento dell'atto amministrativo trovino giustificazione nell'esigenza di perseguire e soddisfare l'interesse pubblico «attuale» che, suscettibile di variazione con il trascorrere del tempo, potrebbe richiedere l'adozione di un nuovo atto da parte della pubblica amministrazione²⁶³. In altri termini, tale impostazione, oltre che mettere in luce il carattere discrezionale dell'autotutela²⁶⁴, qualifica l'esercizio del potere della pubblica amministrazione «a più riprese» sulla base del fatto che lo stesso non viene meno una volta attuato ma permane fintanto che l'interesse pubblico può dirsi esistente: il fatto che su una specifica situazione abbia già inciso un precedente provvedimento, non esclude, di per sé, che sulla medesima possa riflettersi nuovamente l'attività amministrativa²⁶⁵. Appare evidente il filo conduttore tra il principio dell'affidamento e l'esercizio del potere di autotutela: quest'ultimo, infatti, determina un «inversione di marcia» rispetto alla precedente decisione dell'amministrazione, incidendo, inevitabilmente, sulla posizione rivestita dal privato. Alla luce di ciò, risulta chiara «la naturale propensione dell'esercizio del potere di autotutela a determinare una violazione del legittimo affidamento»²⁶⁶ del cittadino. L'art. 21 *quinquies*, primo comma²⁶⁷,

espressamente disciplinata dal legislatore: si tratterebbe di un potere discrezionale diretto non già alla rimozione del vizio inficiante l'atto precedentemente emanato quanto, piuttosto, ad una mera rivalutazione dello stato di fatto e di diritto in relazione al quale era stato adottato uno specifico provvedimento di natura amministrativa.

²⁶³ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 87.

²⁶⁴ Come evidenziato in M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, cit., p. 360, in ragione del carattere discrezionale del potere di autotutela, la pubblica amministrazione non ha l'obbligo di revocare ovvero annullare l'atto precedentemente emanato. Per ciò, se da un lato, non potrebbe trovare applicazione l'art. 31 c.p.a. («Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità»), dall'altro, sarà possibile, quantomeno, agire in giudizio dinanzi al g.a. affinché venga disposto l'annullamento del provvedimento di secondo grado se «manifestamente irragionevole o sproporzionato».

²⁶⁵ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 87.

²⁶⁶ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 92.

²⁶⁷ «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina

della l. n. 241 del 1990, sancisce le condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento di revoca da parte dell'amministrazione per poi, nel comma 1-*bis*²⁶⁸, indicare i parametri in forza dei quali determinare l'indennizzo per risanare il pregiudizio eventualmente subito dal privato²⁶⁹. L'annullamento *ex officio*, invece, disciplinato dall'art. 21-*nonies*²⁷⁰, ha ad oggetto un provvedimento non semplicemente inopportuno quanto, piuttosto, viziato *ex art. 21-octies*, primo comma, l. 241 del 1990 (violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere). In tal caso, la pubblica amministrazione può annullare in autotutela un atto precedentemente adottato «entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (...) e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati».

Attraverso tali disposizioni sembra che il legislatore abbia voluto dare concretezza ed effettività al principio di affidamento, solo indirettamente

la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo». Per ciò, la legittimità o meno dell'atto, diversamente da ciò che avviene per le ipotesi di annullamento d'ufficio, non rileva ai fini dell'atto di revoca.

²⁶⁸ «Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico».

²⁶⁹ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, cit., p. 359.

²⁷⁰ «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

richiamato dall'art. 1 della presente legge, al fine di garantirne una reale tutela. Invero, si tratterebbe di regole che, poste a protezione dell'aspettativa eventualmente maturata in capo al privato incidono, da un lato, sull'esercizio dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione, limitandolo e, dall'altro, sugli interessi dei cittadini rispetto al procedimento amministrativo, valorizzandoli²⁷¹.

7.3 L'annullamento d'ufficio e la revoca dell'atto amministrativo

Il progressivo abbandono della tesi tradizionale secondo cui l'autotutela della pubblica amministrazione sarebbe diretta conseguenza della posizione di supremazia da essa rivestita si spiega, oltre che per l'elaborazione delle successive ricostruzioni dottrinali, per l'intervento del legislatore del 2005 che, apportando delle modifiche ed integrazioni alla precedente l. n. 241 del 1990, ha messo in luce i caratteri e, soprattutto, i limiti entro cui è possibile esercitare l'annullamento d'ufficio e la revoca degli atti amministrativi. Affinché la pubblica amministrazione possa annullare, autonomamente, un precedente provvedimento, infatti, è necessario che ciò sia giustificato dalla compresenza delle condizioni indicate nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990²⁷². Tra queste, quella che assume rilievo ai fini dell'elaborato è il bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato: l'annullamento del precedente atto amministrativo è subordinato ad una valutazione della pubblica amministrazione da cui risulti la prevalenza dell'interesse pubblico

²⁷¹ A. LIBERATI, *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, cit., p. 69.

²⁷² F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., p. 81, sintetizza quali sono gli elementi che devono essere presi in considerazione dal giudice per verificare se il potere di annullamento d'ufficio sia stato correttamente esercitato: «illegittimità dell'atto; discrezionalità dell'annullamento; esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale al momento dell'annullamento; necessario esame sulla prevalenza di questo interesse sulla eventuale situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario dell'atto; fattore tempo come indice della tutelabilità o meno della situazione di vantaggio del destinatario».

rispetto all'affidamento del cittadino rispetto ad un dato provvedimento²⁷³. Non solo, è altresì necessario verificare il lasso di tempo trascorso tra l'emanazione del primo atto e l'annullamento dello stesso *ex art. 21-nonies* della legge citata: «il provvedimento amministrativo illegittimo (...) può essere annullato d'ufficio (...) entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi». Parte della dottrina ritiene che «la tardività» rappresenterebbe «un'azione amministrativa non conforme a buona fede oggettiva»²⁷⁴. Il Consiglio di Stato, mette in luce la stretta correlazione tra elemento temporale e affidamento del privato. Invero, con la pronuncia n. 4440 del 3 agosto 2012²⁷⁵ precisa che «il passaggio di tempo (...) è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale. In altre parole l'affidamento diventa sempre più consistente ed intenso a mano a mano che trascorrere il tempo dal momento della sua attribuzione iniziale; in questo senso, più che essere elemento costitutivo in senso stretto il tempo è fattore di potenziamento dell'*expectation*».

Quanto all'art. 21-*quinqüies* della l. 241 del 1990, è bene precisare che, diversamente dall'annullamento d'ufficio, non indica *expressis verbis* l'affidamento del privato quale parametro da valutare in ordine alla scelta della pubblica amministrazione di revocare o meno l'atto precedentemente adottato. Ciò non toglie che, seppure implicitamente, l'aspettativa vantata dal privato sia condizione legittimante l'esercizio del potere di revoca²⁷⁶. Ulteriore differenza rispetto all'art. 21-*nonies* della l. 241 del 1990 è la previsione di un indennizzo. Ciò porta a ritenere che, nel caso della revoca,

²⁷³ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 94 ss.

²⁷⁴ In tal senso, S. D'ANCONA, *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio, riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm.* TAR, 2008, n. 5. p. 1521.

²⁷⁵ Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, in www.giustizia-amministrativa.it, cit.

²⁷⁶ A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, cit., p. 91.

il legislatore ha voluto attribuire un «peso specifico di carattere economico» all'affidamento maturato in capo al cittadino proprio per evitare che la pubblica amministrazione potesse sacrificare ingiustificatamente e irragionevolmente la posizione del soggetto privato: l'indennizzo, in altre parole, rappresenta motivo in più per procedere ad una corretta valutazione dell'interesse del privato che, ove soffocato, verrà risanato per mezzo del ristoro economico corrisposto dall'amministrazione. In definitiva, da quanto prospettato fino ad ora, appare evidente come il legislatore del 2005 abbia dato concretezza al principio dell'affidamento elevandolo a limite al potere di autotutela della pubblica amministrazione. Il quesito che rimane irrisolto è quello relativo alle conseguenze della violazione del legittimo affidamento.

8 *Responsabilità da comportamento scorretto e responsabilità da provvedimento illegittimo*

In via generale, qualora il privato sia destinatario di un atto in autotutela della pubblica amministrazione in sé per sé legittimo ma, nonostante ciò, svantaggioso per il primo, non potrà parlarsi di lesione dell'interesse legittimo. Il corretto esercizio del potere amministrativo – in cui rientra a pieno l'attività di autotutela – esclude, senz'altro, che il cittadino possa ottenere l'annullamento del provvedimento. Quando, però, l'autotutela viene (correttamente) esercitata durante una procedura ad evidenza pubblica, può accadere che l'affidamento dell'operatore economico sia pregiudicato dal comportamento scorretto tenuto dalla stazione appaltante, con conseguente applicabilità della disciplina della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* Più precisamente, il codice civile appresta una tutela al soggetto che, avendo riposto fiducia nella lealtà e correttezza altrui, sia successivamente

deluso dal comportamento effettivamente tenuto dalla controparte ²⁷⁷ . Al fine di inquadrare l'effettiva portata e collocazione sistematica della responsabilità precontrattuale, occorre far chiarezza sulla diversa situazione in cui la pubblica amministrazione si renda responsabile per l'adozione di un provvedimento illegittimo. Preliminarmente, può dirsi che la responsabilità da comportamento sorge a seguito dell'esercizio dell'attività amministrativa – essendo del tutto irrilevante l'eventuale adozione di uno o più provvedimenti – in difformità dei canoni di correttezza e buona fede incombenti, senz'altro, anche sulla pubblica amministrazione ²⁷⁸ . A *contrario*, la responsabilità da provvedimento sorge quando l'amministrazione esercita illegittimamente il suo potere causando un danno al privato: in tale ipotesi, il rimedio apprestato dall'ordinamento giuridico, è, solitamente l'annullamento dell'atto viziato e, eventualmente, il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo. Limitando l'approfondimento a tale ultimo aspetto per evidenti ragioni di economicità e coerenza del presente elaborato, è bene muovere, sinteticamente, dall'evoluzione giurisprudenziale che, con il tempo, ha riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi, in precedenza in ogni caso negata. L'impostazione tradizionale, infatti, era ancorata ad una interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c. in forza della quale il risarcimento del danno era prefigurabile solo nelle ipotesi in cui fosse stato lesionato un diritto soggettivo. Altresì, ad avallare tale ricostruzione, c'era la concezione, ormai superata, per la quale la disposizione da ultimo citata rappresentava una «norma secondaria» diretta a sanzionare l'inosservanza di un'altra norma (primaria) posta a tutela dei

²⁷⁷ In tal senso F. T. BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Giur. Dir. civ.*, 2018, p. 1557, che, altresì, mette in luce gli elementi caratterizzanti l'affidamento: «la fiducia riposta nella correttezza altrui, la delusione della fiducia, il danno causato dalle decisioni dettate dalla fiducia, il danno causato dalle decisioni dettate dalla fiducia».

²⁷⁸ F. T. BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, cit., p. 1559.

diritti assoluti²⁷⁹. A ciò, doveva essere aggiunto che, da un punto di vista processuale, la giurisprudenza era unanime circa la non risarcibilità degli interessi legittimi, tanto da apparire come «pietrificata»²⁸⁰ e, da un punto di vista sostanziale, parte della dottrina faceva leva sull'art. 28 della Costituzione, la cui introduzione aveva permesso al soggetto leso di esperire un'azione diretta nei confronti del funzionario o dipendente di un determinato ente pubblico²⁸¹. Solo successivamente la giurisprudenza ha gradualmente esteso l'applicabilità della disciplina del risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. – considerandola, quindi, come norma primaria – anche ad altre situazioni soggettive fino a ricomprendervi «qualsiasi interesse meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico»²⁸². Nonostante ciò, per molto tempo, è stata negata la previsione di una responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'interesse legittimo²⁸³. Solo a

²⁷⁹ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 2. Nello stesso senso, R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento dei danni cagionati dalla Pubblica Amministrazione*, Roma, 2006, p. 15. L'Autore, mette in luce le ragioni in forza delle quali l'orientamento giurisprudenziale precedente aveva negato la risarcibilità degli interessi legittimi ove violati. Invero, l'art. 2043 c.c. veniva letto nel senso che il danno ingiusto doveva essere interpretato nel senso di danno causato «non iure e contra ius»: «il fatto dannoso doveva essere in contrasto con l'ordinamento giuridico e doveva ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto».

²⁸⁰ In tal senso, E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1985, p. 21.

²⁸¹ E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 24. L'Autore indica le ragioni volte a confutare tale impostazione mettendo in luce due aspetti. In *primis*, «non è detto che l'espressione “diritti” debba essere intesa in senso letterale». In *secundis*, la disposizione si limita a prevedere il risarcimento del danno nelle ipotesi in cui sia pregiudicato un diritto soggettivo. Conseguentemente, «sarebbe incostituzionale una legge che escludesse il risarcimento dei danni per lesione di diritti soggettivi, ma non potrebbe tracciarsi di incostituzionalità una norma che prevedesse, espressamente, la responsabilità della P.A. per violazione degli interessi legittimi».

²⁸² R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 2.

²⁸³ Per un approfondimento vedasi R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 4 ss., R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1482 ss., i quali mettono in luce le ragioni di carattere sostanziale e processuale per cui era tradizionalmente esclusa la risarcibilità degli interessi legittimi. Quanto alle prime, veniva attribuita rilevanza preminente alla c.d. «concezione soggettiva dell'illecito aquiliano». Altresì, con specifico riferimento alla posizione rivestita dalla pubblica amministrazione, veniva invocato l'art. 28 Cost., primo comma, secondo cui «i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili, e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti». Formulazione, quest'ultima, da intendere come riferita esclusivamente ai diritti soggettivi. Infine, veniva fatto riferimento all'impossibilità di poter riferire alla pubblica amministrazione il concetto di colpa o dolo visto il carattere discrezionale dell'attività dalla stessa esercitata. Quanto alle seconde, il riferimento andava al riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e ai relativi poteri. Più precisamente, si aderiva alla c.d. «struttura bifasica

seguito delle critiche avanzate dalla dottrina²⁸⁴ al precedente orientamento giurisprudenziale e della pronuncia della Corte di Cassazione del 1999²⁸⁵ è stato affermato che tanto la lesione di un diritto soggettivo quanto quella di un interesse legittimo avrebbe comportato, integrati tutti gli elementi costitutivi della fattispecie astrattamente prevista dal legislatore, responsabilità civile per il danneggiante in quanto entrambi rientranti nella nozione di «danno ingiusto». Più nello specifico, nella sentenza da ultimo citata così si legge: «va affermata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti lesi, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della

della giustizia amministrativa», in forza della quale al giudice ordinario non era competente a conoscere le cause che avessero ad oggetto interessi legittimi e, al contempo, il giudice amministrativo, pur avendo tale prerogativa, non aveva, altresì, il potere di pronunciarsi circa il risarcimento del danno eventualmente causato da una delle parti del giudizio. In tal senso, E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 19. L'Autore fa riferimento ad un'ulteriore argomentazione: viene messo in evidenza il fatto che, qualora venisse ammessa la risarcibilità degli interessi legittimi, questi ultimi, sarebbero destinatari di una tutela maggiore rispetto a quella apprestata dall'ordinamento giuridico al diritto soggettivo. A protezione del primo, invero, sarebbe possibile esperire l'azione di annullamento ed il risarcimento del danno. Quanto al secondo, sarebbe destinatario di una mera tutela risarcitoria.

²⁸⁴ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 6-7, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1484, chiariscono la posizione della dottrina rispetto l'impostazione tradizionale della giurisprudenza secondo cui era negata la risarcibilità dell'interesse legittimo alla luce del sistema binario della giustizia. Più nello specifico, tale barriera poteva essere superata qualora si fosse operata una distinzione, meramente teorica, tra la situazione soggettiva effettivamente lesa e quella concretamente vantata in giudizio: compiuto un fatto idoneo a ledere un interesse legittimo, in capo al danneggiato sorgeva un diritto soggettivo al risarcimento del danno che, in quanto tale, poteva trovare la propria tutela dinanzi al giudice ordinario. Neanche il riferimento all'art. 28 della Costituzione sembrava, per la dottrina, invalicabile. Invero, l'articolo citato, da un lato, fa espresso riferimento ai funzionari e ai dipendenti pubblici, omettendo alcun riferimento alla pubblica amministrazione, dall'altro, non escluderebbe, di per sé, la configurazione di una tutela ulteriore per il privato, cioè il risarcimento del danno in caso di lesione degli interessi legittimi. Infine, anche l'assunto secondo cui non sarebbe possibile parlare di colpa o dolo della pubblica amministrazione viene fatto cadere: l'elemento soggettivo doveva essere valutato in relazione al grado di attenzione prestata dall'amministrazione all'interesse contrapposto del privato.

²⁸⁵ Cass., sez. un. 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, 122, 11, p. 3201 ss. Prima di tale pronuncia c'era già stata un'apertura della giurisprudenza in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. Come prospettato in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1484-1485, R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 8-9, era stata ammessa la risarcibilità degli interessi oppositivi in quanto rientranti nei c.d. «diritti suscettibili di affievolimento». Nel caso di specie, il risarcimento del danno poteva essere richiesto al giudice ordinario solo a seguito dell'annullamento del provvedimento lesivo da parte del giudice amministrativo. Tale meccanismo prendeva il nome di «pregiudiziale amministrativa» ed era, in un primo momento, operante solo per quei diritti che venivano attribuiti ad un dato soggetto *ex lege*. Successivamente, venne esteso anche a quei diritti che, attribuiti dalla pubblica amministrazione attraverso l'adozione di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del soggetto destinatario, fossero stati, poi, pregiudicati da un successivo atto (c.d. diritti fievoli *ab origine*).

pubblica amministrazione (con accertamento che, ove compete all'autorità giudiziaria ordinaria, prescinde da una previa decisione di annullamento del giudice amministrativo), l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e sempre che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo»²⁸⁶. Conseguentemente, il pregiudizio arrecato all'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c., in quanto è altresì indispensabile che tale pregiudizio colpisca l'interesse al bene della vita a cui l'interesse legittimo si ricollega²⁸⁷.

8.1 *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi: le principali differenze rispetto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c.*

Delineato l'*excursus* giurisprudenziale che ha portato, progressivamente, ad affermare la risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi, occorre mettere in luce le relative caratteristiche al fine di evidenziare, a sua volta, le differenze che intercorrono tra tale azione risarcitoria e quella relativa alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. Tra i vari aspetti rilevanti, l'attenzione sarà posta sulle diverse posizioni soggettive tutelate, sulle modalità attraverso cui viene accertato il danno e la quantificazione dello stesso e, infine, sul giudice competente a conoscere le relative questioni. Quanto alle posizioni soggettive, la disciplina contenuta negli articoli 1337 e 1338 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale garantisce la tutela al soggetto il cui diritto soggettivo²⁸⁸ sia stato lesionato a causa della condotta

²⁸⁶ Cass., sez. un. 22 luglio 1999 n. 500, cit., p. 3201.

²⁸⁷ R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 22.

²⁸⁸ C. M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Varese, 2014, p. 59, definisce il diritto soggettivo come «una posizione giuridica di vantaggio, e precisamente la posizione giuridica riconosciuta al soggetto a diretta tutela di un suo interesse». E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit.,

scorretta tenuta dalla controparte. Più precisamente, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede è preposto alla tutela della libertà di autodeterminazione negoziale, ovvero «quel diritto (espressione a sua volta del principio costituzionale che tutela la libertà di iniziativa economica) di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenza illecita derivante da condotte di terzi connotate da slealtà e correttezza»²⁸⁹. La pubblica amministrazione, di regola, è detentrica di un potere – inteso come «potenzialità di tenere un certo comportamento»²⁹⁰ – direttamente attribuite dall'ordinamento giuridico, il quale trova massima concretezza nell'adozione di provvedimenti amministrativi diretti ad incidere sulla sfera giuridica del privato²⁹¹. Da un punto di vista teorico, diritto e potere sono posizioni soggettive incompatibili: la presenza del potere porta, inevitabilmente, ad escludere l'esistenza di un diritto soggettivo e, *contrario*, qualora il soggetto vanti la titolarità di un diritto soggettivo, non potrà parlarsi di potere amministrativo²⁹². Difatti, il diritto privato distingue i rapporti giuridici sulla base delle posizioni soggettive rivestite dalle parti del medesimo. Quanto ai rapporti paritari, al diritto soggettivo vantato da una delle parti corrisponde un obbligo dell'altra, il quale può consistere non solo in un dovere generale di astensione ma anche in un obbligo positivo, cioè tenere un dato comportamento ovvero esercitare una specifica attività (ad

p. 317, precisa che il diritto soggettivo «è tutelato in via assoluta, in quanto è garantita al suo titolare la soddisfazione piena e non mediata dell'interesse». Viene altresì definito come «situazione giuridica di immunità dal potere»: l'interesse del soggetto titolare del diritto soggettivo sarà quindi soddisfatto senza dover attendere l'esercizio di un potere da parte di altri.

²⁸⁹ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Giur. Amm.*, 2018, p. 639.

²⁹⁰ In tal senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 316.

²⁹¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 109, ritiene che il potere possa essere descritto come «un'energia giuridica che si sprigiona dalla norma, che viene incanalata nel procedimento e che è diretta a modificare la sfera giuridica dei soggetti destinatari del provvedimento». L'Autore, da rilievo alla dinamicità del potere della pubblica amministrazione facendo una distinzione tra potere in astratto (cioè, quello risultante dalla norma) e potere in concreto (cioè, quello effettivamente esercitato dalla pubblica amministrazione qualora la fattispecie concreta integri gli estremi della norma attributiva di potere). In quest'ultimo caso, la pubblica amministrazione sarà legittimata e, soprattutto, vincolata ad esercitare il potere attribuito attraverso l'instaurazione di un procedimento diretto alla formazione di un atto amministrativo.

²⁹² In tal senso, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 317.

esempio, l'obbligo di eseguire una determinata prestazione a favore del soggetto attivo del rapporto in quanto titolare di un diritto di credito)²⁹³. Di contro, il rapporto giuridico intercorrente tra privato e pubblica amministrazione è qualificato dalla titolarità, in capo al primo, di un interesse legittimo²⁹⁴ (da distinguere in pretensivo²⁹⁵ e oppositivo²⁹⁶) e, in capo alla seconda, di un potere previsto *ex lege*. Più nello specifico, viene in rilievo il carattere «relazionale» dell'interesse legittimo: esso è strettamente correlato al potere amministrativo²⁹⁷. L'interesse legittimo concretamente vantato dal privato nei confronti della pubblica amministrazione risulta determinante ai fini della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico in caso di sua lesione. Difatti, limitando l'argomento alla tutela risarcitoria²⁹⁸, essa assume rilievo

²⁹³ In tal senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 113. L'Autore, fa riferimento allo schema norma-fatto-effetto giuridico: affinché si produca un dato effetto giuridico, è sufficiente che la fattispecie concreta integri gli estremi della fattispecie astrattamente prevista dal legislatore (ad esempio, qualora venga ad esistenza una situazione sussumibile sotto l'art. 2043 c.c., il danneggiante sarà tenuto al risarcimento del danno). Diverso è lo schema norma-fatto-potere-effetto giuridico: tipico del diritto potestativo, non prevede l'immediata esplicazione dell'effetto giuridico una volta concretizzatasi la fattispecie astratta ma lo subordina all'esercizio di un potere che, in quanto tale, può essere o meno discrezionalmente esercitato dal relativo titolare. Per un approfondimento del tema vedasi p. 115 ss.

²⁹⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 139, definisce interesse legittimo, sinteticamente, come quella «situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita». A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, p. 50, l'interesse legittimo viene rappresentato come «posizione diversa e alternativa rispetto al diritto soggettivo». Conseguentemente, seguendo tale impostazione, non sarebbe ragionevole riconoscere, in capo al medesimo soggetto, la contemporanea titolarità di un diritto soggettivo e di un interesse legittimo, risultando necessario accertare quale posizione soggettiva sia effettivamente rivestita dallo stesso.

²⁹⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 140, questi vengono definiti come interessi «correlati a poteri amministrativi il cui esercizio determina la produzione di un effetto giuridico che incide positivamente e che amplia la sfera giuridica del destinatario, dando soddisfazione all'interesse di quest'ultimo».

²⁹⁶ Essi corrispondono all'esercizio di un potere (ad esempio, quello espropriativo) della pubblica amministrazione volto ad incidere negativamente sulla sfera giuridica del privato comportando il sacrificio dell'interesse stesso. In tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 140.

²⁹⁷ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 54-55, fa luce sulla posizione correlata all'interesse legittimo, cioè il potere della pubblica amministrazione. Quest'ultimo, non è più da intendere come manifestazione della posizione di supremazia rivestita dello Stato ma, alla luce dei principi democratici sottesi all'ordinamento giuridico odierno, deve essere concepito come un potere il cui esercizio è limitato e condizionato dal rispetto della disciplina prevista dal Legislatore.

²⁹⁸ Consapevoli delle varie garanzie apprestate dal Legislatore al fine di una effettiva tutela del privato (tra cui l'azione di adempimento e l'azione di annullamento), la trattazione è stata necessariamente limitata al profilo risarcitorio in quanto coerente con le finalità dell'elaborato.

quando l'annullamento del provvedimento amministrativo ovvero l'azione di adempimento non risulti del tutto idoneo al fine del soddisfacimento dei bisogni di tutela del privato²⁹⁹. Diversamente dalle ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione derivante da comportamento scorretto *ex art.* 1337 c.c., nel caso di specie, l'illegittimità³⁰⁰ del provvedimento amministrativo funge da presupposto ai fini della tutela risarcitoria. La disciplina della responsabilità precontrattuale, invece, può trovare applicazione anche qualora la pubblica amministrazione eserciti correttamente il relativo potere, anzi, la sua operatività, sotto molti aspetti, «presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale»³⁰¹.

Contrariamente, nell'ambito della risarcibilità da lesione di interessi legittimi oppositivi, il pregiudizio arrecato al bene della vita risulta *in re ipsa* una volta acclarata l'illegittimità e dopo aver dichiarato l'annullamento dell'atto³⁰². Il discorso appare più complesso quando la lesione sia riferita agli interessi legittimi pretensivi o, più precisamente, quando sia leso «l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla»³⁰³.

²⁹⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 142.

³⁰⁰ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 554 ss., distingue le cause di illegittimità del provvedimento amministrativo. Quest'ultimo è illegittimo quando è affetto dai seguenti vizi: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Quanto al primo, l'incompetenza (per materia, per valore, per grado, per territorio) deriva dall'inosservanza di una norma di azione che indica l'organo competente e ad adottare un dato provvedimento ovvero ad esercitare una specifica attività amministrativa. Quanto alla violazione di legge, questa attiene a tutte quelle ipotesi in cui l'attività amministrativa venga esercitata in violazione di una qualsiasi norma giuridica. Chiara è la portata residuale della disciplina se rapportata al vizio di incompetenza: l'atto sarà illegittimo per incompetenza solo ove la norma faccia specifico riferimento alla competenza dell'organo. Di contro, ove la violazione si riferisca ad una diversa norma, l'atto sarà illegittimo per violazione di legge. Infine, l'eccesso di potere «è il risvolto patologico della discrezionalità», cioè può dirsi integrato quando la pubblica amministrazione esercita scorrettamente la sua facoltà di scelta.

³⁰¹ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5., cit., p. 34.

³⁰² In tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 142. L'Autore riporta il seguente esempio: l'adozione di un provvedimento di esproprio risulta illegittimo e, quindi, viene successivamente annullato. Il privato, però, a seguito di tale pronuncia, non può dirsi pienamente soddisfatto: nonostante abbia riottenuto a pieno il godimento del bene precedentemente espropriato, dovrà essere risarcito per il tempo in cui lo stesso ne sia stato privato, ovvero per quel periodo che va dall'esecuzione del decreto di esproprio alla pronuncia di annullamento del giudice amministrativo.

³⁰³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 296.

In tal caso, infatti, il risarcimento del danno può essere richiesto quando la pubblica amministrazione abbia adottato illegittimamente un atto di diniego ovvero quando la stessa sia rimasta irragionevolmente inerte di fronte ad una data situazione: l'eventuale esito positivo dell'azione di adempimento non sarà, *ex sé*, sufficiente ai fini della riparazione delle prerogative vantate dal privato³⁰⁴. L'accoglimento della domanda risarcitoria, nel caso di specie, sarà subordinata all'esito positivo di un giudizio prognostico³⁰⁵, sulla base di un criterio di normalità, diretto a verificare la fondatezza o meno della pretesa avanzata dal danneggiato circa l'ottenimento di un provvedimento favorevole richiesto: in altri termini, deve appurarsi che il soggetto «si trovi in una situazione di oggettivo affidamento, giuridicamente protetto, a conseguire il bene della vita ad opera di un provvedimento favorevole»³⁰⁶. Nell'assetto così prospettato, assume rilievo preminente una pronuncia del Consiglio di Stato³⁰⁷ che chiarisce i presupposti del risarcimento del danno in caso di lesione di interessi legittimi pretensivi. Invero, tale sentenza afferma che la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal ricorrente, nel caso di specie, può essere accolta solo ove vengano integrati gli estremi dell'art. 2043 c.c., precisando che requisito essenziale della responsabilità non è da ravvisare nella condotta colposa³⁰⁸ (della pubblica amministrazione)

³⁰⁴In tal senso, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 143. L'esempio riportato fa riferimento al caso in cui la pubblica amministrazione, illegittimamente, adotta un provvedimento con cui viene negata l'autorizzazione ad iniziare una data attività commerciale. In tal caso, il risarcimento del danno dovrà essere riferito al mancato introito che, presumibilmente, il privato avrebbe conseguito qualora avesse ottenuto l'autorizzazione richiesta.

³⁰⁵ Il giudizio prognostico risulterà più agevole nelle ipotesi in cui l'attività della pubblica amministrazione risulti vincolata: avrà esito positivo tutte le volte in cui possono dirsi sussistenti, nel caso di specie, i presupposti richiesti dalla legge al fine dell'ottenimento di un dato provvedimento amministrativo. Di contro, la valutazione del giudice risulterà più complessa qualora la pubblica amministrazione abbia esercitato un'attività discrezionale. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Varese, 2017, p. 386, definisce la discrezionalità amministrativa come «spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione», da tenere distinta c.d. dal merito amministrativo, insindacabile dal giudice.

³⁰⁶ In tal senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 297, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 80.

³⁰⁷ Nota a Cons. Stat., sez. IV, 14 giugno 2018, n. 3657, A. FERRETTI, *Interessi pretensivi: i presupposti per il risarcimento del danno*, 2018, www.altalex.com.

³⁰⁸T.A.R. Napoli, sez. V, 1 aprile 2019, n. 1790, in *Dejure*, chiarisce che, ai fini della verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo alla pubblica amministrazione, «occorre verificare

ma nel danno ingiustamente causato³⁰⁹. Una volta accertata l'effettiva lesione dell'interesse legittimo, assume rilievo individuare il *quantum* risarcibile. In tale ipotesi, la normativa di riferimento è quella racchiusa nel codice civile agli articoli 1223 ss.³¹⁰. Il risarcimento del danno *ex art.* 1337 è, invece, limitato al c.d. interesse negativo³¹¹ che, in termini generali, si compone, da un lato, delle spese sostenute dal privato ai fini della partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica (ad esempio, vi rientrano i costi relativi alla formulazione dell'offerta ovvero alla formazione, eventuale, di A.T.I.) e, dall'altro lato, dalla perdita di favorevoli occasioni contrattuali, cioè l'eventuale occasione sfumata a causa della partecipazione ad una trattativa poi rivelatasi inutile³¹², con la precisazione che non saranno risarcibili le spese e le perdite derivanti da concorso del fatto colposo dell'operatore economico.

se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuto in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi con la conseguenza che il G.A. può affermare la responsabilità dell'amministrazione per danni conseguenti ad un atto illegittimo quando la violazione risulti commessa in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato». La colpa della pubblica amministrazione, però, deve essere esclusa in tutte quelle ipotesi in cui risulti commesso un errore scusabile, ad esempio, dall'esistenza di un contrasto giudiziale ovvero dalla complessità della situazione di fatto.

³⁰⁹ Nota a Cons. Stat., sez. IV, 14 giugno 2018, n. 3657, A. FERRETTI, cit., «presupposto essenziale della responsabilità non è tanto la condotta colposa, ma l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento ed affinché la lesione possa considerarsi ingiusta è necessario verificare attraverso un giudizio prognostico se, a seguito del corretto agire dell'amministrazione, il bene della vita sarebbe effettivamente spettato al titolare dell'interesse». Con specifico riferimento agli interessi legittimi pretensivi, occorre verificare se la posizione vantata dal soggetto ricorrente sia tale da giustificare un oggettivo affidamento circa l'esito positivo della procedura.

³¹⁰ «Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta» (art. 1223 c.c.); «se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa» (art. 1226 c.c.); «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza» (art. 1227, secondo comma, c.c.).

³¹¹ Cap. 1, par. 8

³¹² A. DELL'ORFANO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Roma, 2017, p. 18.

8.1.1 *Giurisdizione nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a.*

Da un punto di vista processuale, se dovrebbe, da un lato, ravvisarsi la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere le domande risarcitorie circa la lesione di interessi legittimi vantati dal privato *ex art. 30 c.p.a.*³¹³ e, dall'altro, ritenersi superata l'impostazione tradizionale secondo cui la richiesta di risarcimento del danno debba essere subordinata, e quindi successiva, a quella di annullamento del provvedimento illegittimo prima adottato dalla pubblica amministrazione³¹⁴, pare, invece, dibattuta la questione volta all'individuazione del giudice competente ai fini dell'accoglimento o meno della domanda risarcitoria *ex art. 1337 c.c.* qualora la pubblica amministrazione violi il precetto di buona fede durante una procedura ad evidenza pubblica. Difatti, prima della pronuncia della Corte di Cassazione del 1999 e prima dell'entrata in vigore della l. 205 del 2000 (art. 6, primo comma), il giudice competente a conoscere le questioni rientranti nell'ambito di operatività dell'art. 1337 c.c. era quello ordinario in quanto oggetto di valutazione era il comportamento della pubblica amministrazione nella veste di contraente e non in quella di corretto amministratore nell'esercizio delle funzioni a cui istituzionalmente è preposta³¹⁵. Invero,

³¹³ L'art. 30 c.p.a., sesto comma, così recita: «di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo».

³¹⁴ Per un approfondimento del tema in ordine al rapporto tra azione di annullamento e azione di risarcimento del danno e le tesi a favore e contrarie della c.d. pregiudizialità dell'annullamento rispetto alla tutela risarcitoria si rimanda a: R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento de danni cagionati dalla Pubblica Amministrazione*, cit., p.41 ss; R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, cit., p. 181 ss. Di contro, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 82, fa riferimento alla soluzione apprestata dal codice di procedura amministrativa negando la rilevanza al tema dell'autonomia o meno dell'azione risarcitoria rispetto a quella diretta all'annullamento del provvedimento illegittimo: una volta proposta domanda di risarcimento del danno, il giudice amministrativo potrà, in via incidentale e se necessario, conoscere della legittimità o meno del provvedimento amministrativo. L'art. 30 c.p.a., difatti, afferma l'autonomia tra le due azioni e prevede un termine decadenziale di giorni centoventi al fine della proposizione della domanda risarcitoria al giudice amministrativo.

³¹⁵ A. DELL'ORFANO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 25.

secondo la tradizionale impostazione della giurisprudenza, salvo il caso in cui la questione non fosse rientrata nell'ambito della giurisdizione esclusiva, competente era il giudice ordinario in quanto l'illecito precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* era posto a tutela di un diritto soggettivo che, in quanto tale, era sottratto al vaglio del giudice amministrativo. Tale ricostruzione è stata successivamente superata in ragione della previsione dell'art. 133, primo comma, lett. e), n. 1, c.p.a.³¹⁶ e a seguito della pronuncia dell'adunanza plenaria del 5 settembre 2005³¹⁷ secondo cui: «il giudice amministrativo non è oggi più chiamato a conoscere delle sole controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi (di regola pretensivi) del privato attraverso l'annullamento di atti (o di silenzi rifiuti) e la successiva attività di conformazione dell'amministrazione (e se quest'ultima attività non risulti possibile il ristoro per equivalente degli interessi pretensivi). Al giudice amministrativo viene, infatti, dalla nuova normativa conferita (...) la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno». Conseguentemente, secondo tale ricostruzione, il giudice competente a conoscere la questione relativa al risarcimento del danno in termini di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* sarebbe il giudice amministrativo. L'assetto così prospettato, però, sembra non trovare conferma in un orientamento della Corte di Cassazione a sezioni unite³¹⁸ che, determinando un'inversione di rotta, esprime sul riparto giurisdizionale tra giudice amministrativo e giudice ordinario circa le controversie sorte durante una procedura ad evidenza pubblica. I dati normativi presi in considerazione sono, principalmente, gli artt. 133 lett. e)

³¹⁶ Rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».

³¹⁷ Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, Redazione Altalex, *Danno da responsabilità precontrattuale della p.a.: giurisdizione e quantificazione*, www.altalex.com, 2005.

³¹⁸ Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411 in *DeJure*, 2018, p. 1 ss.

n. 1 c.p.a. e 7, primo comma, c.p.a.³¹⁹. Nello specifico, l'art. 133 lett. E) n. 1 fa riferimento alle materie rientranti nella competenza esclusiva del giudice amministrativo. Tra queste, viene indicata l'ipotesi in cui sorgano delle controversie «relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture». Secondo l'impostazione della Corte di Cassazione, l'articolo citato deve essere interpretato nel senso che «la procedura di affidamento si identifica nel procedimento amministrativo di affidamento» e che, quindi, «l'ambito cui allude il disposto normativo è quello che pone capo all'affidamento come esito di un procedimento amministrativo»³²⁰. Ad avvallare ciò, l'articolo citato, da un lato, farebbe riferimento al fatto che il soggetto incaricato alla scelta del contraente è tenuto ad applicare il diritto europeo ovvero la disciplina statale o regionale relativa ai procedimenti ad evidenza pubblica, il che porta a ritenere, secondo la Corte, che «l'oggetto di disciplina concerne la controversia sul procedimento amministrativo che porta alla scelta del contraente»³²¹, dall'altro lato, è espressamente sancito che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sarebbe estesa anche quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione dichiara «l'inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione». Conseguentemente, e a conferma di quanto fino ad ora prospettato, il giudice amministrativo sarebbe altresì competente a conoscere le controversie sorte circa la legittimità o meno del potere amministrativo esercitato successivamente l'atto di aggiudicazione definitiva – e quindi anche del potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* della l. n. 241 del 2000 – in quanto «il provvedimento, sanzionando una illegittimità intervenuta nella procedura di affidamento, finiva per inerire direttamente ad essa, al di là del

³¹⁹ «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (...)».

³²⁰ Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, cit., p. 10.

³²¹ Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, cit., p. 10.

suo collocarsi dopo la chiusura della stessa», ed era, quindi, sussumibile sotto la fattispecie astratta prevista dall'art. 133 lett. E) n. 1 c.p.a. in quanto rientrante, a pieno, nel concetto di «controversia sulla procedura di affidamento»³²². Definito l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Corte mette in luce il criterio generale in forza del quale è determinato il riparto giurisdizionale tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Difatti, il *dicrimen* è dato dalla situazione soggettiva effettivamente bisognosa di tutela (diritto soggettivo ovvero interesse legittimo) alla luce dell'art. 386 c.p.c.³²³, con l'avvertenza che «a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo (...) basterà, con riferimento all'oggetto della controversia insorta, l'esistenza in astratto del potere»³²⁴. Secondo il ragionamento del giudice di ultima istanza, quindi, una volta definito il perimetro entro cui la giurisdizione esclusiva dell'amministrazione trova esplicazione – ovvero, fino all'atto di aggiudicazione definitiva, facendo salve le ipotesi in cui la stessa eserciti un potere successivamente a tale fase ma strettamente correlato ad un «vizio che trova genesi nel procedimento che si è concluso con l'aggiudicazione»³²⁵ – restava da individuare il giudice competente nella fase successiva l'individuazione del futuro contraente, cioè dopo l'atto di aggiudicazione definitiva. A tal fine, occorre far riferimento al normale «criterio *petitum* sostanziale, ossia in funzione del fatto che la posizione legittimante sottostante è di diritto soggettivo, o è di interesse legittimo (perché assistita dall'esistenza di un

³²² Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, cit., p. 12.

³²³ «La decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

³²⁴ Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, cit., p. 13.

³²⁵ Nota a Cass. Civ., sez. un., 05 ottobre 2018, n.24411, di A. L. FERRARIO, *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*, in *DeJure*, 2018, p. 5.

8.1.2 Giurisdizione nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento favorevole illegittimo

Nel quadro così prospettato, resta da far luce su un altro aspetto fortemente dibattuto in giurisprudenza, ovvero stabilire chi, tra giudice ordinario e giudice amministrativo, risulti competente a conoscere della domanda risarcitoria a seguito di un provvedimento favorevole illegittimo. Difatti, sulla base dei vari orientamenti giurisprudenziali che si sono mano a mano susseguiti, pare evidente come la tematica in questione non sia di immediata e facile risoluzione. Più nello specifico, il dubbio sorgeva (e sorge) in tutti quei casi in cui un interesse pretensivo venisse soddisfatto attraverso l’emanazione di un provvedimento amministrativo favorevole (illegittimo) – tale da permettere al destinatario del medesimo di iniziare un’attività materiale – successivamente annullato (legittimamente) dalla pubblica amministrazione in autotutela ovvero a seguito di una pronuncia del giudice amministrativo³²⁷. Un primo orientamento della Corte di Cassazione³²⁸,

³²⁶ Nota a Cass. Civ., sez. un., 05 ottobre 2018, n.24411, di A. L. FERRARIO, *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*, cit., p. 5. Nel caso di specie, la questione relativa l’adozione da parte della pubblica amministrazione di un provvedimento di decadenza dall’aggiudicazione adottato successivamente l’atto di aggiudicazione medesimo ma prima della stipulazione del contratto, è da ricondurre alla competenza del giudice ordinario in quanto tale provvedimento «non essendo riconducibile all’esercizio di un potere autoritativo, può qualificarsi, alternativamente, come atto dichiarativo dell’intervenuta risoluzione per inadempimento di un accordo concluso mediante esecuzione anticipata, ovvero, in difetto di quest’ultima, come recesso dalle trattative dirette alla stipula del contratto dopo l’aggiudicazione, rimanendo comunque espressione di un potere di natura privatistica».

³²⁷ Nota a Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, ord., n. 6594, L. D’ANGELO, *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull’illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?* in *Dejure*, 2011.

³²⁸ Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, ord., n. 6594, in *Dejure*.

prendendo le mosse dall'art. 113, primo comma, Cost.³²⁹ e dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205³³⁰, chiarisce che il legislatore, attraverso quest'ultima disposizione, abbia voluto incrementare la tutela apprestata al cittadino attraverso la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione sia delle questioni relative alla legittimità dell'attività amministrativa che delle domande risarcitorie, ove presentate dal ricorrente³³¹. Più nello specifico, secondo tale impostazione, la *ratio legis* sottesa all'articolo citato sarebbe quella di «realizzare l'unificazione della tutela avanti al giudice amministrativo, concentrando dinanzi allo stesso sia i poteri di annullamento dell'atto illegittimo che la tutela risarcitoria consequenziale alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre», precedentemente rimessa al giudice ordinario³³². Alla luce di quanto appena detto, nel caso in cui fosse stato adottato un provvedimento favorevole illegittimo poi (legittimamente) annullato, il privato non avrebbe potuto né richiedere l'annullamento del provvedimento né richiedere al giudice amministrativo, in via autonoma, il risarcimento del relativo danno, «non costituendo la tutela risarcitoria una autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva»³³³. In definitiva, la Corte di Cassazione, mette in luce che, nel caso di specie, la tutela risarcitoria poteva essere apprestata esclusivamente dal giudice ordinario in quanto ciò che veniva sindacato non era l'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione quanto, piuttosto, il comportamento tenuto dall'amministrazione concretizzatosi nell'emanazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario, successivamente annullati, tali da pregiudicare il legittimo affidamento precedentemente fatto sorgere in capo al privato. L'assetto così ricostruito, viene mutato da una pronuncia

³²⁹ «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa».

³³⁰ «Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

³³¹ Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, ord., n. 6594, cit.

³³² Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, ord., n. 6594, cit.

³³³ Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, ord., n. 6594, cit.

successiva del T.A.R.³³⁴ che critica l'orientamento precedente della Corte di Cassazione secondo cui la giurisdizione, nel caso prospettato e simili, sarebbe del giudice ordinario³³⁵. Difatti, secondo tale pronuncia, sussisterebbero ragioni pratiche³³⁶ nonché teoriche volte a ricondurre tali controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo. Quanto alle questioni teoriche, il giudice amministrativo, ritiene poco convincente la ricostruzione della teoria del legittimo affidamento fattane dalla Corte di Cassazione. Invero, secondo quest'ultima, l'affidamento del privato rappresenterebbe una «situazione giuridica autonoma, che assume senz'altro colorazione di diritto soggettivo»³³⁷ e, per tale motivo, rientrerebbe nella cognizione del giudice ordinario. Di contro, il giudice amministrativo, sembra non condividere l'impostazione da ultimo prospettata chiarendo che le parti di un dato rapporto giuridico, oltre che rispettare le regole che specificamente disciplinano quel rapporto, sono tenute, secondo il principio di buona fede, a «non ingenerare falsi affidamenti, di non speculare su affidamenti errati e di non tradire ragionevoli affidamenti insorti nella

³³⁴ T.A.R. Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, in *Dejure*.

³³⁵ In tal senso T.A.R. Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, cit., in cui viene messo in luce che «le argomentazioni svolte dalla Corte di Cassazione si fondano sull'assunto che il danno lamentato dall'interessato, in queste ipotesi, non deriva direttamente dal provvedimento (quest'ultimo, essendo favorevole, non può provocare alcun danno diretto alla parte), ma dal comportamento dell'Amministrazione che, con il suo modo d'agire (ed in particolare con l'adozione dell'atto), ha ingenerato un incolpevole affidamento in capo alla parte, poi frustrato dal successivo annullamento. E poiché il danno deriva non già dal provvedimento amministrativo ma dal comportamento complessivamente tenuto dall'autorità, la giurisdizione sulle domande che hanno ad oggetto il suo risarcimento non dovrebbe appartenere al giudice amministrativo bensì al giudice ordinario».

³³⁶ Tra queste, viene dato rilievo al fatto che un provvedimento amministrativo non si limita a regolare i rapporti tra amministrazione e diretto destinatario ma che, talune volte, può anche regolare rapporti tra privato e terzi. Esemplificando, un permesso di costruire, ove adottato, può, contestualmente, incidere positivamente sulla sfera giuridica del soggetto che lo richiede e ottiene e, negativamente, sulla posizione di un soggetto terzo che si vede innalzare, per esempio, un edificio adiacente alla propria abitazione. Quindi, seguendo tale impostazione, si dovrebbe pervenire irragionevolmente alla soluzione seguente: il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo sarebbe da risolvere a seconda della posizione effettivamente rivestita dal ricorrente che richiede il risarcimento del danno, se destinatario di un provvedimento favorevole ovvero sfavorevole. Tale ricostruzione porterebbe, a detta del giudice amministrativo, ad una conseguenza ancora più grave: la possibilità che sulla medesima questione si pronuncino due diversi giudici, con il rischio di pervenire a giudicati contrastanti.

³³⁷ T.A.R. Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, cit.

controparte»³³⁸. In altri termini, l'affidamento arricchirebbe il contenuto della situazione giuridica di riferimento in uno specifico rapporto giuridico: se la parte ricorrente fosse stata titolare un diritto soggettivo, la lesione del legittimo affidamento avrebbe comportato, a sua volta, lesione del diritto soggettivo stesso, devolvendo la questione al giudice ordinario, viceversa, se il cittadino avesse vantato un interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, l'eventuale pregiudizio arrecato alle aspettative del privato avrebbe determinato lesione dell'interesse legittimo medesimo e, quindi, devoluto la questione al giudice amministrativo³³⁹. Una pronuncia immediatamente successiva del Consiglio di Stato³⁴⁰ sembra, però, aderire all'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione. Invero, il giudice amministrativo, nel caso di specie, dichiarò inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, rimettendola al giudice ordinario³⁴¹. Nell'assetto da

³³⁸ T.A.R. Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, cit.

³³⁹ T.A.R. Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, cit.

³⁴⁰ Cons. di St., sez. V, 2 agosto 2013, n. 4059, in *Dejure*.

³⁴¹ La questione relativa al riparto giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in caso di provvedimento favorevole (illegittimo) poi annullato è tutt'ora dibattuta. Difatti, i giudici amministrativi, asseriscono la loro giurisdizione facendo leva principalmente sul dettato normativo in tema di giurisdizione (precisamente: l'art. 7 c.p.a., l'art. 30, c.p.a. e l'art. 133 c.p.a.) e sulla posizione soggettiva rivestita dal privato rispetto al potere della pubblica amministrazione – che solitamente è qualificata come interesse legittimo – e che, anche ove coincidesse con quella di diritto soggettivo, ciò non escluderebbe *a priori* la cognizione del giudice amministrativo in quanto sarebbe necessario verificare se la questione rientri nelle materie di sua giurisdizione esclusiva e se la pubblica amministrazione abbia adottato un comportamento riconducibile all'esercizio del potere amministrativo. Invero, l'art. 7, primo comma, c.p.a., dispone che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». Di contro, come si legge in Cass. civ., sez. un., ord., 4 settembre, 2015, n. 17586, in www.italgiure.it, p. 3-31, la giurisdizione sarebbe da riconoscere in capo al giudice ordinario sulla base di tale ragionamento: il privato, richiedendo un provvedimento favorevole alla pubblica amministrazione, senz'altro vanta una posizione di interesse legittimo pretensivo; quest'ultima però, nello specifico, non si identifica nella «postulazione a che si provveda legittimamente dall'Amministrazione, ma si deve identificare nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse». Conseguentemente, l'interesse del privato, a seguito dell'adozione dell'atto amministrativo favorevole, può dirsi soddisfatto, seppure illegittimamente. Difatti, nel caso in cui dovesse sopravvenire un «provvedimento giurisdizionale o di autotutela che, sul presupposto della sua illegittimità ne disponga la rimozione, tale ingiustizia è del tutto irrilevante in termini di efficacia lesiva e dunque il suo interesse legittimo non si può dire leso». In altri termini, il privato destinatario del provvedimento favorevole «ha visto dunque soddisfatto il suo interesse per come lo aveva prospettato». A sua volta, «l'interesse legittimo che era risultato soddisfatto dal provvedimento illegittimo, risulta a posteriori, una volta che esso sia rimosso, insoddisfatto legittimamente» e, di

ultimo ricostruito, occorre prendere in considerazione una recente pronuncia della Corte di Cassazione³⁴². Nel caso di specie, una società di impianti energetici agisce in giudizio per lamentare una lesione al legittimo affidamento ingenerato dalla controparte attraverso l'adozione di un provvedimento amministrativo favorevole (illegittimo) successivamente annullato. Il comportamento scorretto della pubblica amministrazione, secondo quanto ricostruito dal ricorrente, avrebbe, quindi, portato il primo a sopportare grandi spese ai fini della messa in opera di un impianto energetico poi dimostratosi irrealizzabile. Il giudice adito prende le mosse dalle tre «ordinanze gemelle» del 2013 per riaffermare il precedente orientamento della Corte di Cassazione secondo cui «l'attrazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo può verificarsi soltanto qualora il danno patito dal soggetto che agisce nei confronti della pubblica amministrazione sia conseguenza immediata e diretta della dedotta illegittimità del provvedimento che ha impugnato»³⁴³. Viceversa, sarebbe da rimettere alla cognizione del giudice ordinario la situazione in cui rilievo preminente è assunto da una fattispecie complessa in cui l'adozione di un dato provvedimento amministrativo favorevole, successivamente annullato perché illegittimo, rappresenti solo «uno dei presupposti dell'azione risarcitoria che si fonda altresì sulla capacità del provvedimento di determinare l'affidamento dell'interessato e la lesione del suo patrimonio che consegue a tale affidamento e alla sopravvenuta caducazione del provvedimento favorevole»³⁴⁴. Secondo la ricostruzione fattane dalla Corte di Cassazione, la soluzione al quesito circa il riparto di giurisdizione a favore

conseguenza, non sarebbe prefigurabile una lesione all'interesse legittimo del privato. Secondo tale impostazione, infatti, «ciò che il privato (...) denuncia è, in realtà, la lesione di una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio». In tal senso, C. E. GALLO, Nota a Cass. civ., sez. un., ord., 4 settembre, 2015, n. 17586, in www.italgiure.it, precisa che si tratterebbe di un diritto soggettivo che non potrebbe rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, «anche quando questa vi sia nel settore, perché non è in nessun modo connesso con l'esercizio del potere».

³⁴² Cass. civ., sez. un., ord., 24 settembre 2018, in www.italgiure.it.

³⁴³ Cass. civ., sez. un., ord., 24 settembre 2018, cit., p. 6.

³⁴⁴ Cass. civ., sez. un., ord., 24 settembre 2018, cit., p. 6-7.

del giudice ordinario sarebbe la medesima anche qualora la materia oggetto di controversia rientri nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ciò che rileva, invece, è la lesione effettivamente subita dal soggetto ricorrente: nel caso di specie, nonostante la materia rientrasse a pieno nella cognizione esclusiva del giudice amministrativo, ciò che lamentava il ricorrente non era il pregiudizio subito all'interesse legittimo pretensivo ma, appunto, quello relativo alla «sua integrità patrimoniale» conseguenza dell'affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento amministrativo favorevole poi annullato³⁴⁵. In definitiva, il comportamento scorretto della pubblica amministrazione concretizzerebbe una violazione del principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. Conseguentemente, ai fini dell'ottenimento del risarcimento del danno, la parte danneggiata dovrà dare la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie astratta, incluso l'elemento soggettivo della colpa o dopo della pubblica amministrazione³⁴⁶. Altresì, non sarà sufficiente, ai fini del soddisfacimento della pretesa risarcitoria, dimostrare la mera illegittimità dell'atto favorevole ma sarà strettamente necessario dare la prova del fatto che quel determinato provvedimento sia stato tale da ingenerare un legittimo affidamento, poi disatteso, al quale è seguita concretamente un'attività materiale. In definitiva, come asserito nell'ultima pronuncia della Corte di Cassazione³⁴⁷, «l'attrazione (ovvero la concentrazione) della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo può verificarsi soltanto qualora il danno patito dal soggetto sia conseguenza immediata e diretta della dedotta illegittimità del provvedimento che egli ha impugnato, non costituendo risarcimento del danno ingiusto una materia di giurisdizione esclusiva, ma soltanto uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello

³⁴⁵ Cass. civ., sez. un., ord., 24 settembre 2018, cit., p. 7.

³⁴⁶ F. COMITO, *Danno da provvedimento favorevole: riparto di giurisdizione, natura, responsabilità*, in www.diritto.it, 2017, p. 5.

³⁴⁷ Cass. civ., sez. un., 19 febbraio 2019, n. 4889 in L. GRAZIOSETTO, *L'affidamento incolpevole e l'estensione del sindacato del giudice ordinario*, in *Riv. Giur. Amm.*, 2019, n. 3.

demolitorio»³⁴⁸.

³⁴⁸ In tal senso, Cass. civ., sez. un., 19 febbraio 2019, n. 4889 in L. GRAZIOSETTO, *L'affidamento incolpevole e l'estensione del sindacato del giudice ordinario*, cit. Nel caso di specie, la pubblica amministrazione rilascia un permesso di costruzione – rivelatosi, poi, non conforme alla relativa disciplina di settore – a favore di una società edilizia che, a sua volta, conclude un contratto di compravendita immobiliare con un soggetto terzo. Peculiare risulta, infatti, la posizione soggettiva vantata dall'acquirente dell'immobile: nonostante non sia diretto destinatario del provvedimento amministrativo, ne risulta, ad ogni modo, inciso. Più nello specifico, il terzo acquirente ripone fiducia nel fatto che l'immobile «goda di tutti i requisiti giuridici idonei alla circolazione giuridica». In altri termini, un provvedimento amministrativo favorevole (illegittimo) oltre che incidere negativamente sulla posizione giuridica vantata dal privato destinatario, rifletterebbe i suoi effetti anche nei confronti di soggetti terzi. Invero, la pubblica amministrazione se, da un lato, segue lo schema «norma-potere-effetto» nei confronti del destinatario del provvedimento favorevole, dall'altro, segue lo schema «norma-fatto-effetto» nei confronti dei soggetti terzi. In quest'ultimo caso, la pubblica amministrazione non è titolare di un potere quanto, piuttosto, di un dovere di buona fede e correttezza «o, comunque, di un rispetto del principio del *neminem laedere* secondo un comportamento mero, non riconducibile al potere, neanche mediamente».

Bibliografia

AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2017.

ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955.

BANFI F.T., *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, in *Giur. Dir. civ.*, 2018.

BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV.

BIANCA C. M., *Diritto civile 3. Il contratto*, Milano, 2000.

BORGIA C., *Oltre il dogma dell'immunità della pubblica amministrazione anche in punto di responsabilità precontrattuale*, in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2018.

BUFFONE G., BIEZUS E., *La responsabilità precontrattuale*, in L. Viola, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Avellino, 2007.

BURTI A., Nota a Cons. St., sez. III, 24 novembre 2017, ord., n. 5492, *Nodi irrisolti sulla responsabilità precontrattuale*, in www.iurisprudenzia.it, 2019.

CARINGELLA F. e BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, Barletta, 2016.

CARINGELLA F., DE MARZO G., *Il contratto, III*, in *Manuale di diritto civile*, Varese, 2008.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Barletta, 2016.

CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

CARRESI F., *Il contratto*, Milano, 1987.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Varese, 2016.

CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Varese, 2012.

CIPPITANI R., *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, in *Giur. Amm*, 2019.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017.

COMITO F., *Danno da provvedimento favorevole: riparto di giurisdizione, natura, responsabilità*, in www.diritto.it, 2017.

CUSUMANO C., *L'attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in www.diritto.it.

D'ACRI A, R., *L'affidamento e la sua tutela*, in A. Liberati, *La responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, Trento, 2009.

D'ANCONA S., *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio, riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm. TAR*, 2008, n. 5, p. 1521.

D'ANGELO L., *Le sezioni unite scrivono un nuovo capitolo sull'illecito della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice amministrativo?* in *Dejure*, 2011.

DE MAURO A., *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra, S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007.

DE NICTOLIS R., *Il risarcimento dei danni cagionati dalla Pubblica Amministrazione*, Roma, 2006.

DEL CORE S., *I comportamenti della pubblica amministrazione: la responsabilità precontrattuale*, in A. Cariola, G. D'Allura e F. Florio, *I comportamenti della pubblica amministrazione*, Catania, 2007.

DELL'ORFANO A., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Roma, 2017.

FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie, e casistica*, Milano, 2010.

FERRARIO A.L., *Giurisdizione amministrativa in materia di contratti della pubblica amministrazione: la giurisdizione esclusiva si arresta al provvedimento di aggiudicazione*, in *DeJure*, 2018.

FERRI L., *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1987.

FINESSI A., *Offerta e accettazione*, in P. G. Monateri, E. del Prato, M. R. Marella, A. Somma, C. Costantini, *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007.

FOA' S., *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*, in *De Jure*, 2018.

FOLLIERI E., *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1985.

FORTINGUERRA F., *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in A. De Mauro, F. Fortinguerra e S. Tommasi, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p. 44 ss.

FRATINI M. e IORIO F., *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, in *De Iustitia*, 2017.

FRATINI M., *Manuale di civile*, Lecce, 2011.

GAETANI C., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimentale legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Riv. Dir. amm.*, 2015, n.9, par. 2.

GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 2, 10239.

GALLO P., *Trattato del contratto, Tomo I, La formazione*, Torino, 2010.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Trento, 2017.

GIAGNONI L., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Giur. Amm.*, 2018.

GIAGNONI L., *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*, in *Giur. Amm.*, 2018.

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.

GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1939.

GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016.

GIOVAGNOLI R., *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Varese, 2010.

GIOVANNINI G., *La formazione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Varese, 2018.

GRAZIOSETTO L., *L'affidamento incolpevole e l'estensione del sindacato del giudice ordinario*, in *Riv. Giur. Amm.*, 2019, n. 3.

GUCCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957.

ILACQUA A., *La Responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione evoluzioni giurisprudenziali*, in *Riv. Dir. amm.*, 2019.

LALLI A., *Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2016.

LIBERATI A., *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, II, Padova, 2009.

LIBERATI A., *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, II, Padova, 2009.

LIBERATI A., *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici*, Trento, 2009.

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni trenta all'alternanza*, Varese, 2001.

MUSIO I., *Responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, I, diretto da P. Stanzione, Trento, 2012.

RACCA G. M., PONZIO S., *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in A. Angeletti, R. Caranta, M. Protto, *Diritto Amministrativo, Responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1963.

RECUPERO BRUNO G., *La prova dell'inadempimento: ripartizione dell'onere tra creditore e debitore. Breve commento a SS.UU. 13533 del 30 ottobre 2001*, in www.diritto.it.

RICHTER G. S., *La responsabilità precontrattuale*, in P. Cendon, *La responsabilità civile, II*, Torino, 1998.

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo, II*, Napoli, 1989.

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Milano, 2018.

SAVOJA M., *La responsabilità precontrattuale ed il risarcimento del danno*, in P. Cendon, *Impresa, Mercato, Società*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, diretto da P. Cendon, Trento, 2014.

SCOCA F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, n. 1999, p. 4051.

SCUMACE B., *Lucro cessante e interesse negativo*, in *Itinerari della giurisprudenza*, 2018, n. 4, p. 467.

SCURO N., SCURO U., *Il contratto a formazione progressiva*, Varese, 2009.

SESSA V. M., *Un passo in avanti verso il diritto paritario. Note sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nella giurisprudenza dell'Adunanza plenaria*, in www.giustamm.it, 2018.

TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2013.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016.

TRIMARCHI M., *Dalla responsabilità precontrattuale alle regole del rapporto amministrativo accessorio*, in *Riv. Dir. amm.*, 2018.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972.

