

LEZIONE OPEN DAY 15 SETTEMBRE 2018
DI
VINCENZO LOPILATO

Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: configurabilità, tipologie, natura giuridica, rapporti con la responsabilità civile per violazione dell'interesse legittimo

Nota: parte del testo in esame è tratto dal *Manuale di diritto amministrativo* di V. Lopilato, Giappichelli, in corso di pubblicazione.

Nota2: nel testo, per comodità di studio, sono riportati anche gli estremi delle sentenze esaminate e parti testuali della motivazione di alcune di esse. Si tenga conto che la trattazione della responsabilità precontrattuale presuppone la conoscenza di altri istituti che saranno oggetto di trattazione durante il corso seguendo l'ordine sistematico di analisi.

1. Premessa.

La questione relativa alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione richiede necessariamente un previo inquadramento del sistema di formazione dei contratti tra privati e dei contratti della pubblica amministrazione.

2. Contratti tra privati e formazione del contratto: cenni.

Nel diritto privato esistono plurimi modelli contrattuali.

Nell'impostazione del codice del 1942 il **contratto di diritto comune** è stato configurato come un contratto tra soggetti che si pongono in una posizione paritaria, con conseguente irrilevanza degli *status* soggettivi. Si utilizza la qualificazione di **contratto tra eguali**.

Per l'influsso del diritto europeo sono state elaborate nuove categorie che si caratterizzano per la presenza di una parte debole: contratti dei consumatori, di impresa asimmetrici, con i risparmiatori e con gli utenti. Si utilizza la qualificazione di **contratto tra diseguali**.

Il codice civile, agli artt. 1326-1342 cod. civ., disciplina il **procedimento generale di formazione** del contratto di diritto comune.

Le parti sono libere di seguire **lo schema formativo** che più si adatta a realizzare i loro interessi, potendo decidere di concludere subito il contratto mediante lo scambio immediato di proposta e accettazione ovvero di **formare in modo progressivo** la loro volontà attraverso il ricorso a trattative nell'ambito delle quali si possono inserire "intese precontrattuali" o "contratti preparatori" di diversa natura.

È consentito, inoltre, ai contraenti creare, nell'esercizio della propria **autonomia procedimentale** (art. 1322 cod. civ.) e ferma restando l'osservanza delle prescritte norme imperative a tutela del principio dell'accordo, **schemi atipici** di formazione della volontà contrattuale.

Il procedimento di formazione del contratto **non è finalizzato a scegliere il contraente**, essendo questo un profilo di autonomia rimesso, salvo eccezioni, alle parti, ma è diretto solo a consentire la corretta formazione della volontà negoziale che **definisce il contenuto sostanziale del contratto** stesso. Le parti sono anche libere di stabilire, in coerenza con la nozione di causa concreta, la funzione del contratto e, dunque, lo scopo che si intende perseguire, fermi i divieti posti da norme imperative.

In questa fase precontrattuale, le parti sono titolari della **libertà negoziale** di non stipulare il contratto ovvero di stipularlo con determinati contenuti. Tuttavia tale libertà deve essere esercitata nel rispetto di **regole di condotta** che pongono puntuali limiti al fine di evitare che la stessa tramodi in un **abuso della libertà negoziale** ai danni dell'altro contraente.

Queste regole di condotta sono rappresentate dalla **buona fede** e, secondo l'orientamento prevalente nella giurisprudenza sino al 2016, dalla diligenza.

La regola della buona fede impone alle parti, in ossequio al principio costituzionale di solidarietà contrattuale (art. 2 Cost.), di comportarsi in maniera leale durante tutta la fase di formazione del contratto.

La giurisprudenza e in alcuni casi anche il legislatore hanno provveduto a **tipizzare** regole di condotta che rappresentano la concretizzazione della regola della buona fede.

2.1. Contratti della pubblica amministrazione: procedimento a doppio stadio e regole di validità e regole di condotta.

I contratti della pubblica amministrazione presentano alcuni profili di differenziazione rispetto ai contratti di diritto civile.

Essi sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50).

L'analisi dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione impone di verificare come si ricostruisce il rapporto tra norme imperative di diritto pubblico e autonomia negoziale.

Il principio di legalità, nelle sue declinazioni di legalità-indirizzo e legalità-garanzia, opera per tutta l'attività amministrativa, compresa quella che si svolge mediante moduli consensuali.

In relazione al **principio di legalità-indirizzo** (di valenza sostanziale), esso impone che l'attività contrattuale sia funzionalizzata al perseguimento di uno scopo di interesse pubblico. Si tratta di quello che può essere definito "interesse pubblico finale", il quale sta alla base della determinazione dell'amministrazione di realizzare un'opera, fornire un bene o svolgere un servizio.

L'amministrazione, per la sua peculiare posizione, non può, pertanto, decidere di stipulare un contratto per perseguire "scopi liberi", ma deve perseguire gli "scopi imposti" dalla legge. È, pertanto, evidente la diversità che sussiste rispetto ai contratti di diritto civile.

In relazione al **principio di legalità-garanzia** (di valenza procedimentale), esso impone il rispetto di precise regole procedurali, la cui elaborazione è stata guidata, nel corso degli anni, dall'esigenza di tutelare interessi pubblici differenti.

Tali regole sono imposte per assicurare, sul versante europeo, l'interesse pubblico alla **tutela della concorrenza** che, nella specie, è essenzialmente strumentale a garantire la libera circolazione delle persone e delle merci. A livello normativo le libertà europee sono tutelate mediante la previsione di procedure di gara che contemplano metodi di scelta del contraente idonei ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici del settore (cd. concorrenza "per il mercato").

Sul versante interno, vengono in rilievo anche gli **interessi pubblici all'imparzialità e al buon andamento**, i quali devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. e pongono limiti alle modalità di scelta del contraente che non può essere individuato liberamente dall'amministrazione, ma deve essere selezionato mediante procedura di garanzia.

È, pertanto, evidente, anche in questo caso, la diversità rispetto ai contratti di diritto privato, le cui regole procedurali perseguono gli interessi delle parti e che, fermo il

rispetto delle norme imperative, possono essere definite dalle parti stesse.

Occorre adesso stabilire quale sia la natura delle regole procedimentali, di rilevanza esterna, che sono finalizzate a tutelare gli interessi pubblici sopra indicati.

Tali interessi, che muovono l'azione di uno dei contraenti (la pubblica amministrazione), nella prospettiva civilistica, sono meri motivi che, in quanto tali, non sono giuridicamente rilevanti. Ne consegue che il contratto resterebbe valido anche qualora la pubblica amministrazione agisse senza provvedere alla cura concreta di tali interessi.

L'unico modo, nella prospettiva in esame, per garantire l'osservanza dei vincoli che caratterizzano l'azione dell'ente pubblico è quello di ipotizzare l'esistenza di atti amministrativi che precedono la stipulazione del contratto: tali provvedimenti sono stati individuati nell'ambito della cd. **procedura di evidenza pubblica**, che accompagna gran parte dei contratti della pubblica amministrazione.

Secondo l'orientamento tradizionale, la procedura di scelta del contraente si caratterizza per la presenza di **due procedimenti paralleli**: un procedimento diretto alla formazione della volontà contrattuale, disciplinato, salvo specifiche deroghe, dalle norme di diritto privato e un procedimento amministrativo, retto da norme di diritto pubblico, attraverso il quale l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse per le quali intende concludere quel determinato contratto, nonché i motivi per i quali vuole scegliere una determinata controparte. Quest'ultimo procedimento "doppia" la procedura negoziale ed è formato da provvedimenti amministrativi che garantiscono, come detto, l'osservanza del pubblico interesse che connota l'azione dell'amministrazione.

Più in particolare, le regole poste dalle norme di diritto pubblico, che disciplinano il procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto, sono "**regole di validità**" che si rivolgono direttamente agli atti e ai provvedimenti amministrativi e non al contratto. Le regole poste dalle norme di diritto privato, che disciplinano il procedimento negoziale che precede anch'esso la stipulazione del contratto, sono, invece, "**regole di condotta**" che si rivolgono direttamente al contratto e la cui violazione, sussistendo determinati presupposti, potrebbe determinare responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

Il Codice dei contratti pubblici prevede cinque diverse procedure di scelta: *i*) procedura aperta; *ii*) procedura ristretta; *iii*) procedura negoziata, la quale può essere competitiva con negoziazione ovvero senza previa pubblicazione del bando di gara; *iv*) dialogo competitivo; *v*) partenariato per l'innovazione (art. 3; 59 e ss.).

3. La responsabilità precontrattuale: quadro normativo.

La responsabilità precontrattuale è disciplinata dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ.

L'art. 1337 cod. civ. prevede che *«le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede»*.

L'art. 1338 cod. civ. prevede che *«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»*.

L'analisi della struttura e della funzione di tale forma di responsabilità presuppone la previa qualificazione della natura della forma di responsabilità in esame, la quale, a sua volta, presuppone l'illustrazione del contenuto delle disposizioni in esame e, pertanto, delle tipologie di fattispecie configurabili.

3.1. Ammissibilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

L'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione riteneva che non fosse neanche astrattamente configurabile tale responsabilità, in quanto non era consentito all'autorità giudiziaria sindacare la condotta della pubblica amministrazione perché ciò avrebbe comportato l'invasione di spazi di discrezionalità riservati all'amministrazione stessa (Cass. civ., sez. un., 5 agosto 1992, n. 9892).

La scissione del procedimento in una fase negoziale e in una fase amministrativa ha consentito il definitivo superamento di questa impostazione: la verifica giudiziale ha, infatti, ad oggetto la condotta posta in essere dall'amministrazione nella sua veste di **contraente** e non anche in quella di **amministratore**. In altri termini, l'esistenza di un procedimento amministrativo non esclude l'autonomia del momento procedimentale negoziale nel corso del quale la pubblica amministrazione è obbligata ad osservare le regole di condotta della buona fede, in relazione alle quali non sussistono limiti di sindacato connessi allo *status* pubblicistico di una delle parti.

La previsione di particolari regole che presiedono alla fase di formazione del contratto comporta, comunque, delle peculiarità nella ricostruzione del complessivo sistema.

4. Tipologie di responsabilità e obblighi di informazione: rapporti tra regole di condotta e regole di validità

L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione distingue tre diverse fattispecie.

La prima fattispecie è contemplata dall'art. 1337 cod. civ., che, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, disciplina la “**responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto**”. Tale norma ancora il giudizio finale di responsabilità alla sussistenza di due elementi: uno positivo, rappresentato dall'affidamento senza colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente; l'altro negativo, rappresentato dalla mancanza di una giusta causa. In altri termini, il recesso dalle trattative determina responsabilità precontrattuale quando le stesse sono interrotte in assenza di una giusta causa con conseguente lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.

La seconda fattispecie è contemplata dall'art. 1338 cod. civ., che, ritenendo contrario alle regole della correttezza il comportamento della parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne informa l'altra parte, disciplina la “**responsabilità precontrattuale da contratto invalido**”.

La terza fattispecie, di elaborazione giurisprudenziale, inquadrabile nell'ambito della norma di carattere generale di cui al citato art. 1337, è rappresentata dalla “**responsabilità precontrattuale da contratto valido**”, che ricorre quando uno dei contraenti non assolve ad oneri informativi diversi da quelli aventi ad oggetto le cause di invalidità del contratto (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725)

In presenza di quest'ultima fattispecie, possono venire in rilievo, **in primo luogo**, quelli che vengono definiti “vizi incompleti” del contratto e, cioè, la omessa comunicazione di elementi che incidono sulla formazione della volontà negoziale ma che da soli non sono sufficienti ad integrare una vera e propria causa di invalidità (quale può essere la condotta di chi induce in errore l'altra parte senza, però, che tale errore possa essere qualificato, ai sensi dell'art. 1428 cod. civ., come essenziale).

In secondo luogo, possono venire in rilievo elementi diversi da quelli che attengono alla formazione della volontà negoziale, che possono avere natura variegata. In quest'ultimo caso, la portata dell'**obbligo di informazione** è strettamente correlata alla natura delle parti: *i*) in presenza di contratti tra eguali, tale obbligo ha minore pregnanza e non ricomprende fatti che attengono, ad esempio, alla convenienza economica dell'affare ovvero che implicano un costo; *ii*) in presenza di contratti tra diseguali, quale, ad esempio, quello che intercorre tra professionista e consumatore, tale obbligo ha maggiore pregnanza

e può ricomprendere anche fatti che normalmente non devono essere comunicati. Tali fatti sono spesso oggetto di specifici doveri posti da leggi di settore che hanno provveduto alla tipizzazione del dovere generale di buona fede. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli obblighi di informazione previsti dagli artt. 48-49 del Codice del consumo, in materia di contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali.

Le Sezioni unite della Corte di Cassazione (sentenze 12 dicembre 2007, n. 26724 e 26725), che si sono occupate degli obblighi informativi nella fase di formazione dei contratti di intermediazione finanziaria, hanno ritenuto necessario distinguere tra **regole di condotta e regole di validità**.

In questa prospettiva, la violazione di una regola di condotta comporta l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale e contrattuale.

Secondo la Cassazione, la ragione giustificativa di tale orientamento risiede nel convincimento che *«i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»*.

In definitiva, venendo in rilievo un concetto giuridico indeterminato, si è voluto evitare il rischio di assegnare un compito troppo incisivo al giudice che potrebbe, in mancanza di parametri certi, applicare il rimedio forte della nullità e andare ad incidere sulla valenza dell'autonomia negoziale nei suoi rapporti con norme imperative in un ambito caratterizzato da una posizione di parità delle parti. In altri termini, si è voluto evitare un eccessivo ampliamento della nozione di norme imperative.

Si è, pertanto, escluso che la violazione delle norme imperative che fanno riferimento alla regole di condotta della buona fede possa dare luogo a nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., secondo cui *«il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente»*.

In presenza delle fattispecie di responsabilità fin qui esaminati viene risarcito il cd. **interesse negativo**.

La somma risarcitoria può coprire, pertanto, il danno emergente, costituito dalle spese inutilmente sostenute e il lucro cessante, costituito dalle occasioni perdute. Nella terza fattispecie di responsabilità da contratto valido la determinazione del danno è costituita, però, dalla differenza tra il valore della prestazione dedotta nel contratto e quella che sarebbe stata dedotta in assenza del comportamento contrario a buona fede.

4.1. Le peculiarità delle tipologie di responsabilità della pubblica amministrazione: formazione progressiva, momento di rilevanza della responsabilità e obblighi di informazione.

Si tratta di accertare se le tipologie di responsabilità sin qui descritte siano applicabili interamente alla pubblica amministrazione.

La giurisprudenza e la dottrina hanno individuando le seguenti peculiarità.

La prima peculiarità attiene alla stessa previsione legislativa di un procedimento pubblicistico di scelta del contraente, il quale impone necessariamente che anche la volontà negoziale **si formi in modo progressivo** nel rispetto di determinate regole procedurali predefinite, non derogabili dalle parti, che articolano normalmente l'*iter* formativo in un invito ad offrire della pubblica amministrazione, cui segue la proposta della controparte e l'accettazione finale della stessa pubblica amministrazione. L'aggiudicazione è l'atto finale di scelta del contraente, che individualizza il rapporto.

La seconda peculiarità riguarda il **momento di rilevanza della responsabilità precontrattuale** e cioè il momento a partire dal quale si può configurare la responsabilità precontrattuale della p.a.

Un primo orientamento limita l'operatività delle regole di condotta alle procedure

negoziata, ovvero, in presenza, di una procedura non negoziata, alla fase successiva alla scelta del contraente (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1864).

Si afferma, infatti, che prima di tale momento non sia possibile individuare una trattativa idonea a fare sorgere affidamenti tutelabili. In altri termini, occorre che venga individuato il soggetto contraente mediante l'aggiudicazione ovvero mediante una trattativa negoziata perché sia configurabile la responsabilità precontrattuale.

Un secondo orientamento ritiene, invece, che non sia possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il contatto sociale viene individualizzato. Una volta che si riconosce l'autonomia del momento negoziale rispetto a quello pubblicistico, infatti, non sussistono valide ragioni per ritenere che la buona fede non operi sin dalla fase di inizio del predetto contatto che si ha con la esternazione dell'invito ad offrire. L'opposto orientamento, invece, impone di scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità. La valutazione del momento procedimentale in cui si è realizzata la violazione e la circostanza che il soggetto che la fa valere non sia stato scelto come contraente, se non rileva sul piano dell'astratta configurabilità della fattispecie lesiva, può, tuttavia, rilevare sul piano dell'accertamento della sussistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale (Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

Il Consiglio di Stato (sez. III, ordinanza 24 novembre 2017, n. 5492), preso atto di questo contrasto, ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria, optando per la prima ricostruzione tradizionale.

La questione è stata decisa dall'Adunanza plenaria (Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5) che ha aderito al secondo orientamento che amplia lo spettro di operatività della responsabilità precontrattuale.

In particolare, si è affermato che la buona fede, quale proiezione del principio costituzionale di solidarietà contrattuale (art. 2 Cost.), tutela non la formazione del contratto ma la libera determinazione negoziale della parte. A dimostrazione dell'assunto si richiamano una serie di fattispecie come interpretate dalla Corte di Cassazione: *i*) la previsione stessa di una responsabilità precontrattuale da contratto valido; *ii*) la possibilità di configurare tale responsabilità anche in capo al terzo (e, dunque, ad un soggetto che non è parte di una trattativa); *iii*) la previsione delle cd. lettere di *patronage* deboli, che sono una forma atipica di garanzia che si sostanzia in informazioni che un soggetto (normalmente una società capogruppo) indirizza ad una banca per indurla a concedere un finanziamento ad un terzo (nell'esempio la società facente parte del gruppo), con la conseguente responsabilità in caso di informazioni incomplete o false. Per queste ragioni si è ritenuto che la responsabilità precontrattuale, potendo prescindere dalla sussistenza di vere e proprie trattative, sia configurabile anche prima dell'aggiudicazione.

L'Adunanza plenaria ha ritenuto, inoltre, che la responsabilità precontrattuale *«possa derivare non solo da 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.

Nella sentenza si afferma che *«se pur meritorie siano le preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva, esse non possono, quindi, essere affrontate introducendo aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, ma vanno superate attraverso una rigorosa verifica, da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno»*.

In particolare, l'Adunanza plenaria ha individuato due ordini di limiti all'operatività della responsabilità.

Il primo ordine di limiti attiene agli stessi ulteriori elementi costitutivi che devono sussistere. In particolare occorre: «a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

Il secondo ordine di limiti attiene alla natura del procedimento nel cui ambito occorre calare il suddetto sistema di responsabilità. In particolare, si ritiene che rileva: «a) il tipo di procedimento di evidenza pubblica che viene in rilievo (anche tenendo conto dei diversi margini di discrezionalità di cui la stazione appaltante dispone a seconda del criterio di aggiudicazione previsto dal bando); b) lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara; c) il fatto che il privato abbia partecipato al procedimento e abbia, dunque, quanto meno presentato l'offerta (in assenza della quale le perdite eventualmente subite saranno difficilmente riconducibili, già sotto il profilo causale, a comportamenti scorretti tenuti nell'ambito di un procedimento al quale egli è rimasto estraneo); d) la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'onere di ordinaria diligenza richiamato anche dall'art. 1227, comma 2, cod. civ., da parte del privato dei vizi (di legittimità o di merito) che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela (anche tenendo conto del tradizionale principio civilistico, secondo cui non può considerarsi incolpevole l'affidamento che deriva dalla mancata conoscenza della norma imperativa violata); e) la cd. affidabilità soggettiva del privato partecipante al procedimento (ad esempio, non sarà irrilevante verificare se avesse o meno i requisiti per partecipare alla gara di cui lamenta la mancata conclusione o, a maggior ragione, l'esistenza a suo carico di informative antimafia che avrebbero comunque precluso l'aggiudicazione o l'esecuzione del contratto)».

La **terza** peculiarità attiene alla rilevanza degli obblighi di informazione.

La fattispecie concreta di più frequente ricorrenza attiene all'omessa informazione circa la disponibilità dei fondi pubblici necessari per realizzare l'opera.

La Corte di Cassazione ha affermato che in presenza di norme «che l'amministrazione è tenuta istituzionalmente a conoscere ed applicare in modo professionale (come, ad esempio, quelle che disciplinano il procedimento di scelta del contraente), essa ha l'obbligo di informare il privato delle circostanze che potrebbero determinare la invalidità o inefficacia e, comunque, incidere negativamente sulla eseguibilità del contratto, pena la propria responsabilità per culpa in contrahendo, salva la possibilità di dimostrare in concreto che l'affidamento del contraente sia irragionevole, in presenza di fatti e circostanze specifiche» (Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636).

Si qualifica la pubblica amministrazione come parte in un certo senso “forte”, il che implica, come avviene nell'ambito dei contratti tra professionista e consumatore, il riconoscimento di doveri di informazione più pregnanti rispetto a quelli configurabili nei contratti tra eguali di diritto comune.

6. Natura giuridica, struttura, funzione e regime giuridico.

Alla luce di quanto sin qui esposto si tratta di accertare quale sia la natura giuridica di detta responsabilità, al fine di stabilire anche struttura, funzione e regime giuridico.

In ordine alla **natura giuridica** si sono sviluppati due diversi orientamenti

giurisprudenziali, che sono relativi sia ai rapporti privati sia ai rapporti in cui è parte una pubblica amministrazione.

L'orientamento tradizionale ritiene che tale tipologia di responsabilità sia assimilabile a quella **extracontrattuale**, in quanto manca tra le parti un vincolo negoziale (Cass civ., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477).

In questa prospettiva, la **struttura** è quella della responsabilità civile.

Gli elementi costitutivi sono, pertanto, i seguenti: *i*) elemento oggettivo; *ii*) elemento soggettivo del dolo e della colpa ovvero, nella specie, anche della mala fede; *iii*) il nesso di causalità materiale o strutturale; *iv*) il danno ingiusto, inteso come lesione di una situazione giuridica rilevante (cd. danno evento); *v*) il danno conseguenza, inteso quale pregiudizio subito dalla parte danneggiata, di carattere patrimoniale o non patrimoniale.

La **funzione** generale e prioritaria è compensativa: lo scopo è di reintegrare la sfera giuridica del danneggiato ponendolo, in attuazione del cd. principio di indifferenza, nella situazione in cui si sarebbe trovato senza il fatto illecito. La funzione punitiva è configurabile solo nei casi previsti dalla legge (Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 1660).

Tale qualificazione giuridica ha rilevanti implicazioni sul piano della disciplina, in quanto si applicherà il relativo **regime giuridico** in punto, soprattutto, di prova dell'elemento soggettivo e di durata quinquennale del termine di prescrizione. La giurisprudenza, alla luce di tale qualificazione, ha, inoltre, sempre ritenuto che venga in rilievo, ai fini della configurabilità di tale tipologia di responsabilità, non soltanto la regola di condotta della buona fede ma anche quella della **diligenza** (si utilizza, infatti, l'espressione di *culpa in contrahendo*).

Un orientamento minoritario, sostenuto da una recente e importante sentenza della Corte di Cassazione (Cass civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188), ha affermato, invece, che la responsabilità precontrattuale è assimilabile a quella **contrattuale**.

La tesi in esame si fonda sul fatto che in questo caso esiste tra le parti un **contatto sociale qualificato** che si instaura nell'ambito del procedimento negoziale di conclusione del contratto. Nell'ambito della responsabilità civile non è invece configurabile alcun contatto o, al più, sussiste un contatto "debole" non idoneo ad assurgere eguale rilevanza. Si utilizza l'espressione "responsabilità del passante". Il fondamento di tale responsabilità sarebbe costituito dall'art. 1173 cod. civ., il quale prevede che le obbligazioni derivano, oltre che da contratto o da fatto illecito, da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

Tale affermazione viene inserita nell'ambito di una ricostruzione più ampia effettuata mediante l'indicazione esemplificativa anche delle diverse fattispecie in cui è configurabile un "contatto sociale" che fa sorgere un dovere di prestazione: si richiama la responsabilità del sanitario (oggi, dopo la legge 8 marzo 2017, n. 24 di riforma del sistema non più qualificabile come contrattuale), dell'istituto scolastico e dell'insegnante per danni che l'alunno cagiona a se stesso

Dopo tale disamina, la Corte di Cassazione ha sottolineato come *«le affermazioni giurisprudenziali in ordine ad una responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" muovono – nelle più diverse materie – dalla considerazione di situazioni nelle quali, per effetto del rapporto che si è venuto a creare tra le parti e del conseguente affidamento che ciascuna di esse ripone nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altra, si generano tra le stesse obblighi di protezione che precedono e si aggiungono agli obblighi di prestazione scaturenti dal contratto»*.

In questa prospettiva, la **struttura** è assimilabile a quella della responsabilità contrattuale. Elementi costitutivi della responsabilità contrattuale sono: *i*) l'elemento oggettivo costituito dalla stipulazione di un contratto o anche altro atto o fatto idoneo a fare sorgere un rapporto giuridico; *ii*) l'elemento soggettivo del dolo o della colpa e, nella specie, anche della colpa (su questo aspetto si v. oltre); *iii*) la lesione di una posizione giuridica

costituita da un dovere specifico di prestazione e un diritto soggettivo relativo (diritto di credito) in capo al creditore; iv) il danno conseguenza, costituito dai pregiudizi subiti afferenti all'interesse positivo.

La **funzione** è anche in questo caso compensativa (Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1).

L'adesione a questa diversa qualificazione giuridica ha rilevanti implicazioni pratiche, in quanto, si applicherà il **regime giuridico** della responsabilità contrattuale, con conseguente presunzione di responsabilità e durata decennale del termine di prescrizione.

Tale assimilazione non è completa in quanto rimangono le seguenti **peculiarità**.

La prima peculiarità attiene alla posizione soggettive che vengono in rilievo.

In presenza di una responsabilità contrattuale sorgere sempre un **dovere di prestazione** cui si correla un **diritto di credito**.

In presenza di una responsabilità precontrattuale le posizioni giuridiche che nascono dal contatto sociale sono, da una parte, il **dovere di protezione senza obbligo primario di prestazione** collegato al **principio di buona fede** che viene violato quando la parte **abusa della sua libertà negoziale**; dall'altra, non un diritto di credito ma una **aspettativa** ad un comportamento dell'altra parte conforme alle stesse regole della correttezza idonea a fondare un **legittimo affidamento** sul rispetto di tali regole.

È bene aggiungere che nell'ambito della più ampia categoria del contatto sociale, come esposto, si collocano anche istituti, quale il rapporto contrattuale di fatto, che fanno sorgere un vero e proprio dovere di prestazione.

La seconda peculiarità è costituita dal fatto che, secondo la Cassazione, non rileverebbe la colpa ma solo la violazione della buona fede.

La terza peculiarità, connessa alla prima, è relativa alla quantificazione del danno, che resta parametrato all'interesse negativo e non a quello positivo: quest'ultimo presuppone, infatti, l'insorgenza di un dovere di prestazione cui commisurare il danno subito.

Parte della dottrina ha espresso taluni **rilevi critici** nei confronti di questo orientamento.

In particolare, si è affermato che la fonte della responsabilità precontrattuale non possa individuarsi nei fatti idonei di cui all'art. 1173 cod. civ., in quanto in questo caso esiste una espressa fonte legale – gli artt. 1337-1338 cod. civ. – che impone doveri di comportamento guidati dalla buona fede.

Si assume, inoltre, che, una volta assimilata la responsabilità precontrattuale a quella contrattuale, dovrebbe rilevare non solo la buona fede, ma anche la colpa.

7. Implicazioni processuali

Sul piano processuale, la responsabilità precontrattuale non è una “materia” ma è essa stessa una forma di tutela.

L'art. 133, lett. e, n. 1 cod. proc. amm. attribuisce alla 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.

Il riferimento alle controversie risarcitorie comporta che anche l'azione in esame, essendo collegata all'esercizio di un potere pubblico, rientra nell'ambito della suddetta giurisdizione esclusiva.

8. Rapporti con la responsabilità civile della pubblica amministrazione

Occorre, infine, stabilire come la responsabilità precontrattuale si correla con la responsabilità civile in generale della pubblica amministrazione.

Sulla natura in generale della pubblica amministrazione si registrano diversi orientamenti.

Un primo orientamento ritiene che essa sia inquadrabile nell'ambito del modello della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.*, con applicazione del relativo regime giuridico (Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271).

Un secondo orientamento, invece, facendo leva sul "contatto" che si instaura, nell'ambito del procedimento amministrativo, tra il privato e la pubblica amministrazione, sostiene che si è in presenza di una responsabilità da contatto sociale qualificato, assimilabile alla responsabilità contrattuale (Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188).

Un ultimo e preferibile orientamento, ritiene che la responsabilità della pubblica amministrazione abbia natura speciale non riconducibile agli indicati modelli normativi di responsabilità, per le seguenti ragioni (Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521).

In primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esistenza di un contatto tra le parti, pubbliche e private, impedisce di ritenere che si sia in presenza della responsabilità di un soggetto non avente alcun rapporto con la parte danneggiata. Si utilizza lo stesso percorso analizzato con riferimento alla responsabilità precontrattuale, con la particolarità che, in questo caso, quando manca il contratto, viene in rilievo un solo procedimento che è quello amministrativo.

In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo.

In definitiva, la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedurali, sostanziali e processuali – rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima.

Anche questo caso, la diversa qualificazione giuridica ha le implicazioni in punto di regime giuridico sopra esaminate con riferimento alla responsabilità precontrattuale.

8.1. Responsabilità civile, responsabilità precontrattuale

Le due forme di responsabilità, precontrattuale e civile per violazione dell'interesse legittimo, possono concorrere in presenza di un contratto pubblico preceduto da un procedimento di evidenza pubblica.

La sussistenza di un doppio procedimento, amministrativo e negoziale, impone, infatti, di rinvenire idonee regole di differenziazione e coordinamento tra i due tipi di responsabilità che possono conseguire alla violazione delle "diverse" regole procedurali.

È pertanto necessario **distinguere la responsabilità da illegittimo esercizio della funzione amministrativa dalla responsabilità da comportamento contrario alle regole della buona fede.**

Nel primo caso, il partecipante alla procedura di gara può, una volta dimostrata la violazione delle regole di diritto pubblico che presiedono allo svolgimento del procedimento amministrativo di scelta del contraente e, dunque, la illegittimità di atti amministrativi, ottenere il risarcimento del danno. Quest'ultimo, pur qualificandosi anch'esso per le ragioni indicate, come di natura sostanzialmente contrattuale, si connota in questo caso, come sottolineato in dottrina, per la commisurazione del pregiudizio alla lesione

dell'interesse positivo e, dunque, al profitto che avrebbe ricavato dal contratto.

Nel secondo caso, invece, la violazione delle sole regole che presiedono allo svolgimento del procedimento negoziale comporta il diritto della parte lesa a chiedere il risarcimento del danno per lesione dell'interesse negativo.

9. Conclusioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, risulta come l'istituto civilistico della responsabilità precontrattuale si applichi anche alla pubblica amministrazione con delle peculiarità che rendono comunque speciale tale forma di responsabilità.

È questa una caratteristica che ricorre in tutti i casi di applicazione di istituti civilistici al diritto amministrativo.