



PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. CONTRATTI DELLA P.A.

TRIBUNALE SALERNO, SEZ. I, 18 MARZO 2011.

La clausola con cui la pubblica amministrazione escluda la propria responsabilità precontrattuale in ordine al mancato perfezionamento o alla mancata approvazione del contratto, si risolve in una clausola di esonero della responsabilità, contrastante con il disposto dell'art. 1229 c.c., la cui nullità va sostenuta non soltanto con riguardo all'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave, bensì anche con riguardo all'esonero da responsabilità per colpa lieve, dovendosi riferire il corretto adempimento, nella fase procedimentale di scelta del contraente, degli obblighi di correttezza e buona fede della p.a. e di tutela dell'affidamento ingenerato nei terzi, ad esigenze di ordine e di interesse pubblico, che trovano fondamento nei principi costituzionali predicati dall'art. 97 cost., cui deve ispirarsi l'azione amministrativa.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI SALERNO**

Il TRIBUNALE DI SALERNO, I sezione civile, in composizione monocratica nella persona del dott. A Scarpa, all'udienza del 18 marzo 2011, fatte precisare le conclusioni, ha ordinato la discussione orale della causa nella stessa udienza, a norma dell'art. 281 sexies c.p.c., ed ha pronunciato al termine della discussione la seguente

SENTENZA

nella causa n. 2759/03 R .G. in materia di risarcimento danni, vertente tra P X, G Y, A Z, IDA Y, Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S., C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S., rappresentati dall' Avv. S. Perongini
ATTORI

e

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, AGENZIA DELLE ENTRATE, Direzione Regionale per la Campania e Ufficio di Sala Consilina, rappresentati dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno
CONVENUTI

dando lettura del dispositivo e dalla esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione nei termini che seguono.



Fatto

P X, G Y, A Z, IDA Y, Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S., C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S., con citazione del 17 ottobre 2002, hanno convenuto il Ministero DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE e l'Agenzia delle Entrate, chiedendo la dichiarazione di responsabilità di tutte le amministrazioni convenute per la condotta contraria a buona fede mantenuta nel corso delle trattative finalizzate alla conclusione di contratto di locazione relativo ad immobile sito in via Nazionale di Sala Consilina, già oggetto di precedente locazione a far tempo dal 1982; e ciò alla luce dello schema di contratto predisposto dapprima il 2 novembre 1998 e poi il 24 luglio 2000, mai consacrato in apposita stipulazione di locazione. Gli attori, nelle varie qualità, chiedevano quindi il risarcimento dei danni pari al costo delle opere eseguite nella previsione della formalizzazione dell'accordo prefigurato con lo schema di contratto. Il Ministero e le Agenzie delle Entrate opponevano l'infondatezza della domanda, invocando apposita clausola dello schema di contratto che esonerava l'Amministrazione da ogni risarcimento anche in base all'art. 1337 c.c. derivante dal mancato perfezionamento o dalla mancata approvazione del contratto.

Espletata CTU, all'udienza odierna la causa è stata decisa.

1) La causa in esame avrebbe dovuto essere proposta dagli attori, e così è stata trattata in seguito a mutamento del rito a norma dell'art. 426 c.p.c., alla stregua del rito previsto per le controversie in materia di locazione, ex art. 447 bis c.p.c. Nella causa si controverte infatti della mancata formalizzazione di un contratto di locazione per l'ingiustificato recesso dell'Amministrazione dalle trattative in corso, e si chiede dagli attori la condanna della PA al risarcimento dei danni. Quindi trova applicazione l'art. 447 bis c.p.c., che si riferisce a tutte "le controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani...", ossia alle controversie comunque riferibili a un contratto di locazione, che attengano cioè non solo alla sua esistenza, validità ed efficacia ma altresì a tutte le altre sue possibili vicende.

2) Quanto alla legittimazione passiva del Ministero DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE ovvero della Agenzia delle Entrate, è facile osservare come la presente controversia fosse stata instaurata ben dopo l'entrata in vigore del d.l. 300/1999. Con tale decreto vennero istituite le agenzie delle entrate, le quali hanno personalità di diritto pubblico, godono di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale (art. 61), sono rappresentate dai rispettivi direttori (art. 68) e possono avvalersi del patrocinio dell'avvocatura dello Stato (art. 72); le dette agenzie non si possono qualificare come organo o amministrazione statale ad ordinamento autonomo, mentre il Ministero DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE non conserva la legittimazione processuale o la difesa per il tramite dell'avvocatura dello Stato. Con la conseguenza che il Ministero DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE è ormai privo di legittimazione sostanziale e processuale circa i rapporti sorti successivamente alla creazione delle Agenzie delle entrate. Nella specie, rispetto alla domanda di affermazione della responsabilità precontrattuale, la legittimazione passiva va individuata in capo alla Direzione Regionale delle Entrate per la



Campania, questa apparendo avere la veste di contraente legittimata a gestire la procedura di stipula della locazione de qua.

3) Veniamo al merito.

3a) La clausola contrattuale invocata dalla difesa erariale, per la quale l'Amministrazione escludeva la propria responsabilità in ordine al mancato perfezionamento o approvazione del contratto (tale, in pratica, da subordinare la conclusione del contratto ad una condizione meramente potestativa), si risolve senz'altro in una clausola di esonero della responsabilità, contrastante con il disposto dell'art. 1229 c.c. L'art. 1229 c.c. è infatti applicabile anche ai contratti della pubblica amministrazione (cfr. Cass. III, 20.3.1982 n. 1817) e devono perciò ritenersi nulle le clausole inserite nei contratti pubblici che si risolvano in un esonero dell'amministrazione dalla responsabilità contrattuale e precontrattuale. La nullità di simili patti di esonero dalla responsabilità va sostenuta, se riferita a comportamenti mantenuti nella fase di scelta del contraente, non soltanto con riferimento all'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229 primo comma), bensì anche con riferimento all'esonero da responsabilità per colpa lieve (art. 1229 secondo comma), dovendosi riferire il corretto adempimento, nella fase procedimentale di scelta del contraente, degli obblighi di correttezza e buona fede della p.a. e di tutela dell'affidamento ingenerato ad esigenze di ordine e di interesse pubblico, che trovano fondamento nei principi costituzionali predicati dall'art. 97 cost., cui deve ispirarsi notoriamente l'azione amministrativa.

3b) Quanto poi alla responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 cod. civ., a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali debbono comportarsi secondo buona fede, va premesso quanto segue. Trattasi di una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita, a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, dall'art. 1337 cod. civ.. Pertanto la sussistenza di tale responsabilità, la risarcibilità del danno e la sua valutazione debbono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056 cod. civ., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione.

Al riguardo va osservato che l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043 quale componente necessaria del fatto illecito, è implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa. Quest'ultima, infatti, è sempre presente quando il comportamento dannoso violi una regola di condotta posta da una norma di legge, e tale è (ex art. 1337 cod. civ.) la regola violata quando nelle trattative contrattuali non ci si comporti secondo buona fede. Ne consegue che, una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337 cod. civ., non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, nè la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussista l'elemento psicologico necessario, ex art. 2043 cod. civ., affinché possa esservi responsabilità precontrattuale (cfr. in proposito Cass. 18 gennaio 1988, n. 340; 17 gennaio 1981, n. 430).

Circa l'elemento oggettivo della responsabilità ex art. 1337 cod. civ., va osservato che esso presuppone l'esistenza di trattative che, per serietà e conclusione, abbiano determinato l'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto (Cass. 11 settembre 1989, n.



3922) - avendo riguardato gli elementi essenziali di questo (Cass. 30 marzo 1990, n. 2623) ed avendo portato ad un sostanziale accordo su di essi - conclusione alla quale una parte si sia sottratta ingiustificatamente, non ostante la disponibilità dell'altra parte ad accedere alle sue richieste sui punti della trattativa ancora in discussione. L'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e dalle caratteristiche della responsabilità precontrattuale che, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e il principio secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Non essendo stato stipulato il contratto, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale, non essendosi ancora acquisiti i diritti che sarebbero nati dal contratto e non potendo quindi essi essere lesi. L'interesse giuridico leso, a seguito dell'illecito precontrattuale in discorso è quello al corretto svolgimento delle trattative ed il danno che ne consegue è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute: il cosiddetto "interesse negativo" ("id quod interest contractus initum non fuisset"). Entro tale limite, peraltro, il soggetto al quale è addebitabile una responsabilità per culpa in contrahendo risponde di tutti i danni causati all'altra parte che siano in stretta dipendenza dalle trattative e dall'affidamento nella conclusione del contratto (Cass., 12 marzo 1993, n. 2973; 21 gennaio 1985, n. 226). Tale danno può essere liquidato anche in via equitativa (Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649).

3c) Si pone in specie la questione della responsabilità precontrattuale della P.A..

La giurisprudenza solo con la sentenza n. 1675/1961 delle SS. UU. della Cassazione riconobbe la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo alla Pubblica amministrazione, affermando che compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente.

Il limite fondamentale di questa prima - pur importante - pronuncia fu quello di ritenere sussistente la culpa in contrahendo della Pubblica amministrazione in caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata (c.d. pura), cioè solo nei casi in cui la Pubblica amministrazione si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto

Si ammette oggi pacificamente la configurabilità di una responsabilità precontrattuale a carico anche della P.A., poichè anche a suo carico grava l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 c.c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative, perchè con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela.

Per quanto detto, infatti, il modello civilistico della responsabilità precontrattuale si applica, con i necessari adattamenti, anche all'attività della pubblica amministrazione.

La presenza di un procedimento negoziale accanto ad un procedimento amministrativo ha consentito il definitivo superamento della impostazione tradizionale, seguita inizialmente



dalla Cassazione, secondo cui non era consentito all'autorità giudiziaria sindacare la condotta della p.a. perché ciò avrebbe comportato l'invasione di spazi di discrezionalità riservati all'amministrazione stessa. Una volta, infatti, che si scinde l'iter procedimentale che precede la stipulazione del contratto, deve ritenersi che la verifica giudiziale abbia 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 p.a. è obbligata ad osservare le regole di condotta della buona fede e della diligenza in relazione alle quali non sussistono limiti di sindacato connessi allo status pubblicistico di una delle parti.

In secondo luogo, la presenza di un modello formativo della volontà negoziale predeterminato nei suoi profili procedimentali mediante la scansione degli atti sopra indicati, che vede normalmente la presenza di più soggetti potenzialmente interessati al contratto, non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale. Si è, infatti, in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. E, una volta che si riconosce l'autonomia del momento negoziale rispetto a quello pubblicistico non sussistono valide ragioni per ritenere che la buona fede e la diligenza non operino sin dalla fase di inizio del predetto "contatto" che si ha con la esternazione dell'invito ad offrire. Del resto, anche nel diritto civile il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale.. Sul piano applicativo ciò implica, avuto riguardo alla fattispecie in esame, che la valutazione giudiziale deve avere ad oggetto la condotta della p.a. sia prima che dopo la scelta del contraente. Appare opportuno, però, puntualizzare che 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 rilevare sul piano dell'accertamento della sussistenza di un effettivo pregiudizio patrimoniale.

Infine, è indubbio che le ragioni di interesse pubblico possono imporre di assumere, anche sul piano negoziale, determinate condotte soprattutto in ordine alla decisione di non concludere il contratto. Tale valutazione può funzionare da "causa esterna" idonea a giustificare il recesso. Ma ciò non toglie che l'amministrazione sia obbligata in ogni caso, nell'interrompere le trattative, a non abusare della propria libertà negoziale dovendo pur sempre osservare un comportamento leale e diligente nei confronti dei privati coinvolti dall'iniziativa assunta dalla p.a. stessa.

In conclusione, l'esistenza di un procedimento amministrativo che doppia quello negoziale, la predefinizione di regole formative caratterizzate, tra l'altro, dalla normale pluralità delle parti, la possibile incidenza di valutazioni di interesse pubblico nell'esercizio del potere di recesso, se certamente determinano una deviazione dagli schemi ordinari in ragione del particolare status di uno dei contraenti e la conseguenziale necessità di adattamento delle regole civilistiche, non sono idonei ad escludere la generale operatività delle regole di



condotta in relazione a tutto il procedimento negoziale antecedente la stipulazione del contratto.

Alla luce di quanto sin qui esposto può dirsi, in sintesi, che in presenza di un contratto della pubblica amministrazione: a) la violazione di norme imperative, che pongono "regole di validità" a tutela di interessi pubblici, può dare luogo alla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, con possibile responsabilità civile per violazione dell'interesse legittimo; b) la violazione di norme imperative, che pongono "regole di condotta" da osservarsi durante l'intero svolgimento del procedimento negoziale a tutela della libertà contrattuale, può dare luogo a responsabilità precontrattuale.

È bene, infine, aggiungere che le predette regole "di validità" e "di condotta" operano su piani separati: non è necessaria la violazione delle prime per aversi responsabilità precontrattuale; la inosservanza delle seconde non può determinare la invalidità del contratto. Quest'ultima può aversi soltanto quando l'abuso della libertà contrattuale si attua, in presenza di determinate categorie contrattuali caratterizzate dalla "debolezza" (informativa o economica) di una delle parti del rapporto, nella fase di determinazione del contenuto del contratto da stipulare e in virtù di una testuale previsione legislativa di nullità.

4) Dimostrata la astratta configurabilità della responsabilità precontrattuale, occorre adesso stabilire quale fattispecie di responsabilità venga in rilievo nel caso in esame.

Le norme di riferimento sono rappresentate, come già sottolineato, dagli artt. 1337 e 1338 cod. civ.

La prima, 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".

La seconda, 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 Corte di Cassazione riconosce l'esistenza anche di una terza fattispecie, inquadrabile anch'essa nell'ambito della norma di carattere generale di cui al citato art. 1337, 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 (si veda, per tutte, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725).

La vicenda in esame è inquadrabile nello schema per primo esposto: gli attori si lamentano del fatto che l'Amministrazione finanziaria abbia interrotto le trattative finalizzate alla stipula della locazione in violazione delle regole di buona fede. L'amministrazione dovrebbe, pertanto, rispondere a titolo di "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto".

A questo punto è necessario valutare quali sono gli elementi che devono sussistere perché possa dirsi integrata la predetta fattispecie di cui all'art. 1337 cod. civ.



Sul punto deve ritenersi che le regole di condotta, applicate al caso in esame, impongono di ancorare 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 lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.

Occorre ora verificare se l'Amministrazione finanziaria abbia violato le predette regole di condotta nel momento in cui ha deciso di non perfezionare la fattispecie consensuale.

Risulta dagli atti che le ragioni della mancata stipula della locazione siano da rinvenire nella mancata autorizzazione da parte della Direzione Centrale dell'Agenzia delle Entrate per l'intera consistenza dei locali, volendosi escludere dall'Amministrazione, melius re perpensa, la superficie di mq. 246 sita nel piano seminterrato; ciò dopo che erano stati eseguiti i lavori di adattamento richiesti dall'Amministrazione medesima, sotto il costante controllo della aspirante conduttrice, dopo che era stato determinato e vistato il canone congruo per l'intero immobile, accettato dai locatori, e dopo che i lavori stessi erano stati collaudati, proponendo di seguito la Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate un nuovo e ben inferiore canone locatizio (euro 97.309,16 a fronte di euro 167.175,36 inizialmente determinati) come applicabile per una diversa tipologia edilizia.

è necessario a questo punto stabilire se il recesso dall'iniziale accordo, comunicato dalla Direzione Regionale delle Entrate nel maggio 2003, ed "imposto" da ragioni di pubblico interesse, abbia violato le regole di condotta che devono improntare l'azione di entrambe le parti, sia privata che pubblica. In altri termini, occorre stabilire se sussistono i requisiti che integrano la descritta fattispecie della "responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto".

Innanzitutto, è certo che gli attori avessero maturato un affidamento meritevole di tutela al perfezionamento dell'atto consensuale, che si è iniziato a formare - in linea con i principi generali sopra esposti - sin dal momento della pubblicazione del bando di invito alla presentazione di offerte di locali da destinare a sede dell'Ufficio delle Entrate di Sala Consilina.

è altrettanto certo che l'amministrazione finanziaria sia receduta dalle trattative in presenza di una "giusta causa", rappresentata dalla non congruità del canone inizialmente determinato e dalla presenza di una clausola di recesso in favore dei locatori. Tuttavia, queste giustificazioni, opposte prima della stipulazione della locazione, attengono tutte a circostanze ed elementi dell'accordo che erano in precedenza conosciuti dall'amministrazione e perciò la condotta della p.a. non può ritenersi non conforme alle regole della diligenza. Sul punto la difesa erariale ritiene che nessun addebito possa essere rivolto all'amministrazione in quanto nello schema di contratto sottoscritto gli aspiranti locatori erano stati informati circa la necessità che di conseguire le necessarie approvazioni. Tale specificazione contenuta nel predetto atto non è tuttavia sufficiente ad esonerare da responsabilità la pubblica amministrazione e a ritenere specularmente non meritevole di



protezione l'affidamento dei privati. L'amministrazione finanziaria, infatti, prima di sollecitare i lavori di adeguamento dell'immobile di proprietà degli attori, e prima ancora di sottoporre agli stessi uno schema di contratto recante una misura di canone, ben avrebbe potuto verificare il proprio interesse a conseguire in godimento l'intero complesso immobiliare, comprensivo della superficie di mq. 246 allocata al piano seminterrato, e subito avrebbe potuto anche valutare la convenienza dell'affare alla luce della facoltà pattizia di recesso in favore dei locatori. In altri termini, la Agenzia delle Entrate avrebbe dovuto verificare la convenienza e la congruità della locazione, come inizialmente definita nello schema di contratto, prima di coinvolgere inutilmente i privati nella realizzazione di costose opere di adeguamento. Gli attori, conseguentemente hanno legittimamente fatto affidamento sulla stipula del contratto alle iniziali condizioni preventivate.

È vero che la correttezza nelle trattative, ai fini della configurazione della responsabilità precontrattuale va valutata tenendo conto dei rapporti reciproci; laddove, nel caso in cui contraente sia la Pubblica Amministrazione, vanno tenuti presenti i vincoli che gravano, a norma di legge, sull'attività contrattuale di questa, ma la difesa erariale non ha dedotto alcuna convincente motivazione che potesse giustificare la rottura delle trattative nell'ottobre 2001, dopo oltre tre anni di negoziati per la stipula del contratto, dopo una prolungata anticipata occupazione dell'immobile locato da parte dell'aspirante conduttrice e dopo la sottoscrizione di una minuta di accordo già nell'ottobre 2000.

Deve, pertanto, riconoscersi la responsabilità precontrattuale della p.a. da mancata conclusione del contratto per avere la stessa leso con colpa la libertà negoziale degli attori.

5- Accertata la sussistenza del "fatto lesivo" occorre valutare se lo stesso sia stato idoneo a determinare un pregiudizio patrimoniale.

Come è noto, in materia di responsabilità precontrattuale è risarcibile il solo interesse negativo e cioè l'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili. Più precisamente, è risarcibile sia il danno emergente, rappresentato dalla spesa inutilmente sostenute, sia il lucro cessante, rappresentato dalle altre occasioni favorevoli perse. La prova di tali danni spetta, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità civile, alla parte lesa.

In relazione al danno emergente, gli attori hanno depositato documentazione che è stata oggetto di integrazione peritale.

Per quanto detto, condividendosi le conclusioni raggiunte dal CTU nella sua relazione, vanno quantificate in euro 320.540,26 le spese inutilmente sopportate dalla C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S. ed in euro 304.114,04 le spese inutilmente sopportate dalla Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S., nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto di locazione, al fine di adeguare l'immobile alle esigenze rappresentate dall'Amministrazione finanziaria (cfr. quadro riassuntivo di Relazione integrativa CTU del 30 ottobre 2009).

Nessuna spesa sostenuta risulta riferibile invece in proprio agli altri attori P X, G Y, A Z, IDA Y, e quindi le loro rispettive domande vanno rigettate. A differenza infatti di quanto implicitamente assunto dagli attori in citazione, non sussiste affatto una solidarietà attiva in



un unico credito risarcitorio tra i comproprietari cui è appartenuto o appartiene l'immobile, insorgendo piuttosto un autonomo diritto di ciascuno dei medesimi al ristoro del pregiudizio causato al proprio patrimonio, nei limiti della rispettiva effettiva e dimostrata partecipazione alle spese.

In relazione, inoltre, al lucro cessante, gli attori non hanno provato i danni che ritengono di avere subito. Nella specie, come già sottolineato, l'unica voce di danno risarcibile è rappresentata dalle occasioni di locazione perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi poi inutili, ma tale voce di danno non è stata dimostrata.

Le somme di euro 320.540,26 e di euro 304.114,04, in relazione all'epoca di effettuazione dei lavori, risultano indicate in valori monetari aggiornati al 1° gennaio 2001; tali importi vanno quindi liquidati all'attualità, tenuto conto dell'intervenuta svalutazione, in euro 391.029,85 in favore della C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S. ed in euro 370.991,36 in favore della Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S. attuali al momento . Può farsi ricorso al tasso degli interessi al 3 % annuo (stimato ragionevole alla luce dell'intervenuta inflazione) per risarcire, in termini di lucro cessante, il danno imputabile al ritardo con cui le danneggiate ottengono la disponibilità dell'equivalente pecuniario del debito di valore dedotto in lite. Tali interessi al tasso del 3 % annuo dovranno calcolarsi anno per anno nell'arco del suddetto ritardo, con decorrenza dal 25 ottobre 2001, e in riferimento ai singoli momenti in cui le somme, originariamente stimabili negli importi originari con espressione monetaria attuale al momento di insorgenza dell'obbligo risarcitorio, si sono poi incrementate via via nominalmente fino agli importi liquidati all'attualità in base ai coefficienti ISTAT.

Le spese processuali vengono liquidate in dispositivo e regolate secondo il principio di soccombenza nei rapporti tra le due società attrici e la convenuta Direzione Regionale dell'Agenzia delle Entrate, compensando per intero le stesse spese nei rapporti tra le altre parti .

P.Q.M.

Il Tribunale di Salerno, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, definitivamente pronunciando in ordine alla domanda proposta da P X, G Y, A Z, IDA Y, Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S., C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S. nei confronti del MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE e della AGENZIA DELLE ENTRATE, Direzione Regionale per la Campania e Ufficio di Sala Consilina,

condanna l'AGENZIA DELLE ENTRATE, Direzione Regionale per la Campania, al risarcimento dei danni subiti dalla Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S. e dalla C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S., danni liquidati secondo valori monetari attuali, come in motivazione, quanto alla prima nella somma di euro 370.991,36, e quanto alla seconda nella somma di euro 391.029,85, oltre interessi decorrenti dal 25 ottobre 2001 al tasso del



3% annuo e calcolati sul valore delle somme originarie via via rivalutate secondo gli indici ISTAT con riferimento a ciascuna annualità;
dichiara il difetto di legittimazione passiva del MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE e dell' AGENZIA DELLE ENTRATE Ufficio di Sala Consilina;
rigetta le domande proposte da P X, G Y, A Z, IDA Y;
condanna l'AGENZIA DELLE ENTRATE Direzione Regionale per la Campania a rimborsare alla Z IMMOBILIARE DI Z A & C. S.A.S. ed alla C.P. IMMOBILIARE DI X P. & C. S.A.S. le spese processuali sostenute, che liquida in euro per esborsi, euro per diritti ed euro per onorari, oltre rimborso forfetario spese generali, IVA e contr. Cassa prev avv., con distrazione in favore del difensore ex art. 93 c.p.c.;
pone definitivamente a carico della Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale per la Campania, il compenso liquidato in favore del CTU con decreto del 7 maggio 2007, posto a carico provvisorio degli attori;
compensa per intero nei rapporti tra le altre parti le spese processuali sostenute
Così deciso in SALERNO il 18 marzo 2011; si provveda all'immediato deposito in cancelleria.

Il Giudice
Dott. A Scarpa

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, TRA NORME E ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI.

ANNAMARIA GIULIA PARISI

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. La decisione del Tribunale in epigrafe: il fatto; le prospettive. — 2. Il potere discrezionale della p. a. Insindacabilità delle decisioni e interesse pubblico. — 3. L'attività negoziale della p. a. nell'orientamento - giurisprudenziale e dottrinale - successivo a Cass. S. U., n. 1675/1961. Atti di diritto pubblico e atti di diritto privato. — 4. Natura giuridica della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. — 5. Responsabilità da contatto sociale. Responsabilità da contatto amministrativo. Responsabilità da contatto amministrativo qualificato. — 6. La decisione del 22 luglio 1999 n. 500 e la fine del "dogma" dell'irresponsabilità della p. a. Il risarcimento del danno. — 7. I presupposti necessari per il risarcimento del danno imputabile a responsabilità precontrattuale della p. a. — 8. La quantificazione del danno e la valenza patrimoniale della *culpa in contraendo*. — 9. Le modifiche introdotte dal Legislatore. Il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e il Codice del nuovo processo amministrativo.



1. La decisione in epigrafe appare coerente con il costante orientamento delle Corti - di merito e di legittimità – che, nel silenzio del Legislatore, nell'arco di oltre mezzo secolo ha dato vita ad una sorta di consolidata disciplina di origine giurisprudenziale in ordine alla responsabilità della pubblica amministrazione, in bilico tra legittimità/illegittimità dei provvedimenti; liceità/illiceità del comportamento, rilevanza/irrelevanza della c. d. pregiudiziale amministrativa.

Su tale complesso di principi incide oggi il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, con il Codice del nuovo processo amministrativo.

La decisione del Tribunale in epigrafe.

Gli attori, nelle varie qualità, hanno convenuto il Ministero delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate chiedendo la dichiarazione di responsabilità delle citate amministrazioni per condotta contraria a buona fede tenuta nelle trattative finalizzate a un contratto di locazione di immobile – sito in Sala Consilina - in base allo schema contrattuale predisposto prima in data 2.11.1998 e successivamente in data 24.07.2000. Gli attori chiedono il risarcimento dei danni pari al costo delle opere eseguite nella previsione della formalizzazione del contratto, peraltro non avvenuta, per l'ingiustificato recesso dell'Amministrazione dalle trattative.

Le Amministrazioni convenute oppongono l'infondatezza della domanda, invocando apposita clausola dello schema di contratto che esonerava l'Amministrazione da ogni risarcimento, anche in base all'art. 1337 c.c., derivante dal mancato perfezionamento o dalla mancata approvazione del contratto.

In premessa il giudice di merito precisa che gli attori avrebbero dovuto proporre la causa in base all'art. 447 bis c. p. c., concernente le controversie in materia di locazione, a seguito del mutamento del rito a norma dell'art. 426 c. p. c., e detta causa così è stata esaminata: infatti l'art. 447 bis c. p. c. richiamato *si riferisce a tutte "le controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani..."*, ossia *alle controversie comunque riferibili a un contratto di locazione, che attengano cioè non solo alla sua esistenza, validità ed efficacia, ma altresì a tutte le altre sue possibili vicende*.

La Corte chiarisce, di seguito, quanto alla legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia delle Entrate, che la controversia è stata instaurata con citazione del 17 ottobre 2002, ben dopo l'entrata in vigore del d.l. 300/1999 che ha istituito le Agenzie delle entrate, le quali hanno personalità di diritto pubblico, godono di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale (art. 61); sono rappresentate dai rispettivi direttori (art. 68) e possono avvalersi del patrocinio dell'avvocatura dello Stato (art. 72). Le medesime agenzie non possono qualificarsi come organo o amministrazione statale ad ordinamento autonomo. Per sua parte, il Ministero dell'Economia e delle Finanze non conserva la legittimazione processuale o la difesa per il tramite dell'avvocatura dello Stato, con la conseguenza che detto Ministero è ormai privo di legittimazione sostanziale e processuale circa i rapporti sorti successivamente alla creazione delle Agenzie delle Entrate. Talché, nella specie, rispetto alla domanda di affermazione della responsabilità precontrattuale, la legittimazione passiva va individuata



in capo alla Direzione Regionale delle Entrate per la Campania, in veste di contraente legittimata a gestire la procedura di stipula della locazione *de qua*.

Passando al merito, *in primis* la Corte precisa subito che la clausola contrattuale invocata dalla difesa erariale per la quale l'Amministrazione escludeva la propria responsabilità in ordine al mancato perfezionamento o approvazione del contratto, tanto da subordinare, in pratica, la conclusione del contratto ad una condizione meramente potestativa, si risolve indubbiamente in una clausola di esonero da responsabilità, contrastante con il disposto dell'art. 1229 c.c.¹ Detto articolo è applicabile anche ai contratti della pubblica amministrazione, anche alla luce della decisione della Suprema Corte n. 1817 del 20.3.1982², per cui sono da ritenersi nulle le clausole inserite nei contratti pubblici che si risolvano in un esonero dell'amministrazione dalla responsabilità contrattuale e precontrattuale.

Prima prospettiva. Nullità delle clausole di esonero della responsabilità della p. a. ex art. 1229 c. 1 c. c. — Il giudice di merito, andando oltre la citata decisione della Cassazione, che richiamava nella massima il primo comma dell'art. 1229 c. c., in quanto definiva *nulle ed inoperanti le clausole di esonero della responsabilità della p. a. <a norma dell'art. 1229 comma 1 c.c.>*, *nella parte in cui si riferiscano ad ipotesi di colpa grave o dolo*, ribadisce che “la nullità di simili patti di esonero dalla responsabilità va sostenuta, se riferita a comportamenti mantenuti nella fase di scelta del contraente, non soltanto con riferimento all'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave (art. 1229 primo comma), bensì anche con riferimento all'esonero da responsabilità per colpa lieve (art. 1229 secondo comma), dovendosi riferire il corretto adempimento, nella fase procedimentale di scelta del contraente, degli obblighi di correttezza e buona fede della p. a. e di tutela dell'affidamento ingenerato, *ad esigenze di ordine e di interesse pubblico, che trovano fondamento nei principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost.*³, *cui deve ispirarsi notoriamente l'azione amministrativa.*”

¹ Cfr. art. 1229 c. c. - Clausole di esonero da responsabilità. **I.** È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. **II.** È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

² Cfr., Cass. Sez. III, 20.3.1982, n. 1817, in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 3, nella cui massima si stabilisce che *anche nei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, devono ritenersi nulle ed inoperanti le clausole di esonero della responsabilità dell'amministrazione medesima, a norma dell'art. 1229 comma 1 c.c., nella parte in cui si riferiscano ad ipotesi di colpa grave o dolo.*

³ Cfr. art. 97 Cost.: I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.



Seconda prospettiva. La valutazione della condotta contraria a buona fede. — Passando alla valutazione della condotta contraria a buona fede nelle trattative ascritte all’Agenzia convenuta, configurabile – secondo gli attori - per la violazione del precetto posto dall’art. 1337 c. c., il giudice riafferma che *si tratta di una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita, a tutela del corretto svolgimento dell’iter di formazione del contratto, dall’art. 1337 c. c.* Di talché, “la sussistenza di tale responsabilità, la risarcibilità del danno e la sua valutazione debbono essere vagliate alla stregua degli artt. 2043 e 2056 c. c., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell’illecito in questione”.

La Corte precisa che l’elemento soggettivo, richiesto dall’art. 2043 quale componente necessaria del fatto illecito, è implicito nella violazione dell’obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa, che è *sempre presente quando il comportamento dannoso violi una regola di condotta posta da una norma di legge*, e tale è, con riferimento all’art. 1337 c. c., la regola violata quando nelle trattative contrattuali non ci si comporti secondo buona fede. Quindi, una volta accertato *l’obiettivo contrasto tra il comportamento dell’agente e l’obbligo di correttezza imposto dall’art. 1337 cod. civ.*, non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell’intenzione di arrecare pregiudizio all’altro contraente, perché sussista l’elemento psicologico necessario, *ex art. 2043 cod. civ.*, affinché possa esservi responsabilità precontrattuale: e ciò anche alla luce delle decisioni della Cassazione del 17 gennaio 1981, n. 430⁴ e del 18 gennaio 1988, n. 340⁵. Nella prima decisione, infatti, la Suprema Corte rammenta come, in base all’art. 1337 c. c., *l’obbligo di correttezza sostanzia ogni rapporto obbligatorio e domina nelle trattative contrattuali*, per cui si riscontra responsabilità precontrattuale qualora si ravvisi un comportamento idoneo a suscitare nell’altro contraente un *ragionevole affidamento nella conclusione del contratto*, seguito invece dall’*interruzione delle trattative senza giustificato motivo*; nella seconda, la S. C. precisa come *l’obbligo di correttezza e di buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo*, talché non è

⁴ Cfr., Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 1981, n. 430, in *Giust. civ. Mass.* 1981, fasc. 1, che chiarisce che: *la mala fede che, ponendosi in contrasto con l’obbligo generale di correttezza, inteso in senso oggettivo, che sostanzia ogni rapporto obbligatorio e domina anche nelle trattative contrattuali, è atta a sostenere la responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 c.c. quando si concretizzi in un comportamento idoneo a far sorgere nell’altro contraente il ragionevole affidamento nella futura conclusione del contratto, seguito dall’interruzione delle trattative senza giustificato motivo.*

⁵ Cfr., Cass. civ., Sez. III, 18 gennaio 1988, n. 340, in *Giust. civ. Mass.* 1988, fasc. 1: “Agli effetti della configurabilità della responsabilità precontrattuale prevista dall’art. 1337 c.c., l’obbligo di correttezza e di buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo, sicché non è necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, determinato dall’intenzione di uno dei contraenti di arrecare pregiudizio all’altro, ma è sufficiente anche il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che senza giusto motivo ha interrotto le trattative, eludendo così le aspettative della controparte, che, confidando sulla conclusione del contratto, è stata indotta a sostenere spese o ha rinunciato ad occasioni più favorevoli.”



necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il *comportamento non intenzionale o meramente colposo* della parte che *senza giusto motivo* ha interrotto le trattative. Naturalmente, è necessario che il legittimo affidamento ingenerato nella controparte abbia indotto quest'ultima a sostenere delle spese o a rinunciare ad occasioni anche più favorevoli, confidando nella conclusione del contratto.

Del medesimo tenore anche altra sentenza – citata dal giudice di merito-, laddove il Supremo Consesso chiarisce ancora che “la responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c. c., coprendo - nei limiti del cosiddetto *interesse negativo* - tutte le conseguenze immediate e dirette della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli art. 1223 e 2056 c.c., si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalla rinuncia a stipulare altro 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, che ha lasciato cadere le dette trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse”⁶.

E analogamente, nella più risalente decisione del 21 gennaio 1985, n. 226: “*Colui al quale è addebitabile una responsabilità per culpa in contrahendo risponde di tutti i danni causati all'altra parte che siano in stretta dipendenza delle trattative e della prospettiva di una futura conclusione del contratto.*” Laddove, specificamente, la Corte ha reputato che *fra tali danni sono da considerare anche le spese che, in vista di un promesso apporto, la parte aveva affrontato*⁷.

Quanto all'elemento oggettivo della responsabilità, ex art. 1337 cod. civ., esso si fonda 1) sull'esistenza di *trattative che, per serietà e concludenza, hanno determinato l'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto*⁸; 2) sulla circostanza che le trattative stesse *hanno riguardato elementi essenziali del contratto*⁹ e 3) sul *raggiungimento di un sostanziale accordo su detti*

⁶ Cfr., Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 483.

⁷ Cfr., Cass. civ., Sez. III, 21 gennaio 1985, n. 226, in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 1.

⁸ Cfr., Cass. civ., Sez. II, 11 settembre 1989, n. 3922, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 8-9: “La responsabilità precontrattuale - la quale presuppone che il contratto non sia stato concluso e comunque non validamente concluso - può configurarsi tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, per cui se lo svolgimento di queste ultime è, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento sulla conclusione del contratto, la parte che violi l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (il cui accertamento costituisce apprezzamento di merito che sfugge al controllo della Cassazione) è tenuto nei confronti dell'altra parte al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo.”

⁹ Cfr., Cass. civ., 30 marzo 1990, n. 2623, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 3, da cui la massima: *La responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., può concepirsi in rapporto alle semplici trattative se lo svolgimento delle stesse, per serietà e concludenza, come nel caso in cui le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che si propongono di stipulare, sia stato tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, sicché*



elementi sostanziali, cui una parte si sia sottratta ingiustificatamente, nonostante la disponibilità dell'altra parte ad accedere alle sue richieste sui punti della trattativa ancora in discussione.

Terza prospettiva. La determinazione dell'ammontare del danno. — Il Tribunale rileva che la determinazione dell'ammontare del danno tiene conto necessariamente della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità precontrattuale che, nel caso di ingiustificato recesso dalla trattativa, implica il coordinamento tra il principio in base al quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e il principio secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente; talché l'interesse giuridico leso, a seguito dell'illecito precontrattuale, è solo quello relativo al corretto svolgimento delle trattative. Il danno che ne consegue è quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute: rileva, quindi, il c. d. *interesse negativo*, vale a dire *id quod interest contractus initum non fuisset*.

Il Tribunale ricorda, altresì, come, in analoghe fattispecie riguardanti la responsabilità precontrattuale, la S. C. ha richiamato specificatamente *la facoltà del giudice* (riconducibile all'art. 115 c. p. c.) *di ricorrere, anche senza richiesta della parti, alla liquidazione equitativa del danno*, in relazione ad elementi non dimostrabili o difficilmente dimostrabili in base alle regole probatorie, e quindi determinabili solo in relazione alle peculiarità del caso singolo¹⁰.

Quarta prospettiva. Configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a. Il giudice passa quindi alla trattazione della questione riguardante la configurabilità della responsabilità precontrattuale a carico della p.a., che in giurisprudenza è stata accertata già con la sentenza n. 1675/1961 delle Sezioni Unite, ove si è affermato che, nella fattispecie, *il compito del giudice di merito non è quello di valutare se il soggetto amministrativo sia stato un corretto amministratore, bensì se sia stato un corretto contraente*.

Il limite fondamentale di questa prima – e fondamentale – pronuncia della Cassazione fu quello di ritenere sussistente la *culpa in contrahendo* della Pubblica amministrazione in caso di recesso senza giustificato motivo da una trattativa privata

la parte che successivamente interrompa le trattative medesime senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo.

¹⁰ E tale facoltà è esercitabile "...anche quando la parte interessata abbia indicato specifici titoli di danno, in quanto solo una prova analitica delle singole voci deve essere valutata prima di procedere alla liquidazione equitativa (nella specie il giudizio riguardava un'ipotesi di responsabilità c.d. precontrattuale)". Cfr., Cass. civ. Sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Giust. civ. Mass.* 1994, fasc. 12 [Classific.: Trattative e responsabilità precontrattuale - Valutazione e liquidazione con criteri equitativi].



“pura”, cioè solo nei casi in cui la p. a. si spoglia dei propri poteri pubblicistici ed opera come un qualunque altro soggetto. Tuttavia oggi, ribadisce la Corte di merito, si ammette pacificamente la configurabilità di una responsabilità precontrattuale a carico anche della p.a., poiché anche su di essa grava l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 c. c. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative, dato che con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela.

L'impostazione tradizionale seguita inizialmente dalla Cassazione, secondo cui non era consentito all'autorità giudiziaria sindacare la condotta della p.a. *perché ciò avrebbe comportato l'invasione di spazi di discrezionalità riservati all'amministrazione stessa*, è stata superata in considerazione della presenza di un procedimento negoziale accanto ad un procedimento amministrativo. Una volta scisso l'iter procedimentale che precede la stipulazione del contratto, la verifica giudiziale ha ad oggetto la condotta posta in essere dall'amministrazione nella sua veste di "contraente" e non anche in quella di "amministratore". Dunque l'esistenza di un procedimento amministrativo non esclude l'autonomia del momento procedimentale negoziale nel corso del quale la p.a. è obbligata ad osservare le regole di condotta della buona fede e della diligenza: anche in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico.

Talché, riconosciuta l'autonomia del momento negoziale rispetto a quello pubblicistico, non sussistono valide ragioni per ritenere che la buona fede e la diligenza non operino sin dalla fase di inizio del predetto "contatto" che si ha con la esternazione dell'invito ad offrire, e la valutazione giudiziale deve avere ad oggetto la condotta della p. a. sia prima che dopo la scelta del contraente. E se è indubbio che le ragioni di interesse pubblico possono imporre di assumere, anche sul piano negoziale, determinate condotte, soprattutto in ordine alla decisione di non concludere il contratto, l'amministrazione è obbligata in ogni caso, nell'interrompere le trattative, a *non abusare della propria libertà negoziale, dovendo pur sempre osservare un comportamento leale e diligente nei confronti dei privati coinvolti dall'iniziativa assunta dalla p. a. stessa*.

In conclusione, per il Tribunale, *l'esistenza di un procedimento amministrativo accanto a quello negoziale, e la possibile incidenza di valutazioni di interesse pubblico nell'esercizio del potere di recesso, se certamente determinano una deviazione dagli schemi ordinari in ragione del particolare status di uno dei contraenti e la conseguenziale necessità di adattamento delle regole civilistiche, non sono idonei ad escludere la generale operatività delle regole di condotta in relazione a tutto il procedimento negoziale antecedente la stipulazione del contratto*.

Dunque, si osserva, in presenza di un contratto della p. a., *la violazione di norme imperative, che stabiliscono "regole di validità" a tutela di interessi pubblici, può dare luogo alla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, con possibile responsabilità civile per violazione dell'interesse legittimo; mentre la violazione di norme imperative, che impongono "regole di condotta" da osservarsi durante l'intero svolgimento del*



procedimento negoziale a tutela della libertà contrattuale, può dare luogo a responsabilità precontrattuale. Tali regole, rispettivamente, “di validità” e “di condotta”, operano su piani separati: non è necessaria la violazione delle prime per aversi responsabilità precontrattuale; l’inosservanza delle seconde non può determinare la invalidità del contratto.

Quinta prospettiva. Valutazione della tipologia di responsabilità configurabile a carico della p. a. nel caso di specie e accertamento del fatto lesivo. — Tanto premesso, il Tribunale passa a valutare l’effettiva sussistenza, nel caso in esame, della responsabilità dell’amministrazione finanziaria e la sua precisa fattispecie. Le norme di riferimento sono, come si è detto, gli artt. 1337 e 1338 c. c.

La prima disposizione, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella fase di formazione del contratto, disciplina specificamente la “responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto”.

La seconda norma, che in base alle regole della correttezza impone alla parte che sia a conoscenza dell’esistenza di una causa di invalidità del contratto di informarne la controparte, disciplina la “responsabilità precontrattuale da contratto invalido”.

La Suprema Corte inquadra all’interno della prima figura di responsabilità, ex art. 1337 c. c., anche un *tertium genus* di responsabilità, “la responsabilità precontrattuale da contratto valido” che ricorre quando uno dei contraenti non assolve ad oneri informativi diversi da quelli concernenti le “cause di invalidità” del contratto¹¹.

Il giudice ritiene che nel caso di specie la responsabilità ascrivibile all’amministrazione convenuta sia inquadrabile nel primo degli schemi delineati, come *responsabilità precontrattuale da mancata conclusione del contratto*.

Perché possa ritenersi integrata la fattispecie di cui all’art. 1337 c. c., il giudizio finale di responsabilità deve essere ancorato alla sussistenza di *un elemento positivo*, quale risulta essere l’*affidamento senza colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente*; e di *un elemento negativo*, rappresentato dalla *manca di una giusta causa*, in quanto,

¹¹ Il Tribunale fa riferimento esplicito a Cass. civ. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 3, 547, con nota di GRECO; in *Giur. comm.*, 2008, 2, II, 344, con nota di GOBBO; in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775, con nota di FEBBRAJO; in *Riv. dir. comm.*, 2008, 1-2-3, II, 17 e in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 2, II, 133, con nota di BOVE. [Classificazione: Intermediazione finanziaria - Obblighi di informazione - Violazione - Nullità virtuale - Annullamento - Responsabilità precontrattuale - Responsabilità contrattuale - Sussistenza]. “*La violazione dei doveri di informazione del cliente che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d’investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d’intermediazione finanziaria*”.



per l'appunto, il recesso dalle trattative determina responsabilità precontrattuale quando le stesse sono interrotte in assenza di una giusta causa con lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.

Dagli atti rileva che la mancata stipula per il recesso dell'amministrazione finanziaria è dovuta al diniego di autorizzazione, da parte della Direzione Centrale dell'Agenzia delle Entrate, all'affitto dell'intera consistenza dei locali, in quanto detta Amministrazione, *melius re perpensa*, ha determinato di escludere dall'accordo la superficie di mq. 246 sita nel piano seminterrato, con la riduzione conseguente del canone di locazione - già determinato e vistato - dai previsti euro 167.175,36, ad euro 97.309,16: e ciò dopo che erano stati eseguiti -e collaudati- i lavori di adattamento dall'Amministrazione stessa richiesti.

Il requisito dell'affidamento legittimo, meritevole di tutela, ingenerato nella parte attrice è certamente sussistente.

Appare, similmente, “giusta” la causa del recesso, consistente nella non congruità del canone inizialmente determinato, unitamente alla clausola di recesso prevista a favore dei locatori: tuttavia, tali circostanze ed elementi dell'accordo erano conosciuti in precedenza dall'Amministrazione e perciò la sua condotta non può ritenersi conforme alle regole della diligenza.

Quanto alla specificazione – nell'atto preliminare – della necessità di conseguire le necessarie approvazioni, non può ritenersi sufficiente ad esonerare da responsabilità la p. a. e quindi, specularmente, a ritenere non meritevole di protezione l'affidamento dei privati. Infatti, l'amministrazione convenuta, prima di sollecitare i lavori di adeguamento dell'immobile di proprietà degli attori, e prima ancora di sottoporre agli stessi uno schema di contratto recante una misura di canone, “ben avrebbe potuto verificare il proprio interesse a conseguire in godimento l'intero complesso immobiliare, comprensivo della superficie di mq. 246 allocata al piano seminterrato”, e avrebbe potuto anche valutare per tempo “la convenienza dell'affare alla luce della facoltà pattizia di recesso in favore dei locatori”. Tanto, evitando di coinvolgere inutilmente nella realizzazione di costose opere di adeguamento gli attori, che – conseguentemente – “hanno legittimamente fatto affidamento sulla stipula del contratto alle iniziali condizioni preventivate”. E pur tenendo conto dei vincoli che gravano, a norma di legge, sull'attività contrattuale della p. a., la difesa erariale non ha dedotto alcuna convincente motivazione che potesse giustificare la rottura delle trattative nell'ottobre 2001, dopo oltre tre anni di negoziati per la stipula del contratto, dopo una prolungata anticipata occupazione dell'immobile locato da parte dell'aspirante conduttrice e dopo la sottoscrizione di una minuta di accordo avvenuta già nell'ottobre 2000.

Deve, pertanto, riconoscersi la responsabilità precontrattuale della p.a. da mancata conclusione del contratto per avere la stessa lesa con colpa la libertà negoziale degli attori.



Sesta prospettiva. Valutazione del pregiudizio patrimoniale. — Considerato che in materia di responsabilità precontrattuale è risarcibile il solo interesse negativo e cioè l'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili, vanno risarciti, per il giudice, il danno emergente, rappresentato dalla spesa inutilmente sostenute, ed il *lucro cessante*, rappresentato dalle altre occasioni favorevoli perse.

La prova di tali danni spetta, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità civile, alla parte lesa: In relazione al danno emergente, gli attori hanno depositato documentazione che è stata oggetto di integrazione peritale.

In relazione, inoltre, al lucro cessante, gli attori non hanno provato i danni che ritengono di avere subito. Nella specie, come già sottolineato, l'unica voce di danno risarcibile è rappresentata dalle occasioni di locazione perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi poi inutili, ma tale voce di danno non è stata dimostrata.

P.Q.M.

Il Tribunale di Salerno...condanna l'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale per la Campania, al risarcimento dei danni... rimborsare alla Z Immobiliare DI Z A & C. S.A.S. ed alla C.P. Immobiliare DI X P. & C. S.A.S. le spese processuali sostenute...

Così deciso in Salerno il 18 marzo 2011...

2. L'inammissibilità di un sindacato di merito del giudice ordinario sull'attività della pubblica amministrazione sancito dall'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248¹², è stata alla base del costante orientamento di dottrina e giurisprudenza che per lungo tempo hanno escluso che gli atti preparatori alla stipula di un contratto posti in essere dalla p. a. potessero essere soggetti alle disposizioni di cui agli artt. 1337 e ss. c. c. relative alla responsabilità precontrattuale.

Tanto, in quanto l'ammissione di un sindacato di merito da parte del giudice ordinario nei confronti dell'attività negoziale e dell'attività in genere della p. a. implicava altresì la valutazione giudiziale del comportamento discrezionale che è sua propria prerogativa: ovvero, come è stato nitidamente rilevato, riconsegnava al giudice ordinario la competenza a stabilire *se la pubblica amministrazione si fosse comportata da buon amministratore*¹³.

Un ruolo non secondario nel consolidamento dell'opinione tradizionale aveva svolto, peraltro, la considerazione circa la supremazia dell'interesse pubblico su cui la p.

¹² “Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio...(omissis)” : cfr. art. 4, c. 1, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. - *Legge sul contenzioso amministrativo*.

¹³ Cfr. M. B. DUPUIS, *La responsabilità precontrattuale*, in P. CENDOM, *Trattati*, II: P. GAROFOLI - A. LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Milano, 2005, p. 719.



a. fondava il suo stesso potere discrezionale, che le conferiva la più ampia facoltà di pervenire, oppure no, alla stipula del contratto o di recedere dalle trattative, senza incorrere in alcun tipo di responsabilità¹⁴.

Parte della dottrina considerava l'insindacabilità dell'ampio potere discrezionale della p. a. - che dunque poteva recedere in qualunque momento dalla trattativa negoziale - una sorta di contrappeso ai limiti imposti per legge all'autonomia nella scelta dei contraenti dalle procedure di concorso o di evidenza pubblica¹⁵.

Quindi veniva a configurarsi una vera e propria presunzione di correttezza circa i comportamenti della pubblica amministrazione, che, nel bilanciamento tra i due interessi da tutelare - l'interesse pubblico e quello alla prosecuzione delle trattative - mirava a soddisfare l'interesse pubblico prevalente, sacrificando, senza alcun obbligo di risarcimento, l'interesse ritenuto di rango inferiore¹⁶.

Talché, la p. a., grazie al potere discrezionale attribuitole - in virtù di norme di azione - di approvare o rifiutare il contratto, poteva anche optare per il recesso se era venuto a modificarsi il proprio apprezzamento dell'interesse pubblico.

Ne derivava altresì l'insindacabilità dell'applicazione della disposizione di cui all'art. 1338 c. c. all'operato della p. a., data l'impossibilità stessa di configurare un qualsivoglia affidamento del privato in una sicura conclusione del contratto, alla luce delle norme e della prassi negoziale consolidata.

Tra l'altro, la stessa Suprema Corte, in decisione assai risalente, definiva il sindacato della giurisdizione ordinaria sulla conduzione delle trattative da parte della pubblica amministrazione *una indebita ingerenza nell'esercizio dei poteri discrezionali ad essa attribuiti*¹⁷.

D'altra parte, un eventuale giudizio di valutazione sulla condotta negoziale tenuta dalla p. a. implicava un sindacato sulle scelte amministrative e, di fatto, sulle scelte politiche¹⁸.

Diversamente e in tempi più recenti la giurisprudenza ha ritenuto che nella fase delle trattative il comportamento prenegoziale posto in essere dalla p. a. fosse equiparabile, e quindi valutabile, alla stregua della condotta di una qualsiasi parte contraente.

L'orientamento giurisprudenziale conseguente alla fondamentale decisione delle Sezioni Unite n. 1675/1961, già richiamata dal Tribunale di Salerno nella sentenza di cui al § 1, è stato presto seguito dalla dottrina, che ha ammesso che nella fase della

¹⁴ In tal senso, M. B. DUPUIS, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 719 s.

¹⁵ In tal senso, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 595.

¹⁶ Ho espresso questa e taluna delle riflessioni che seguono in: A. G. PARISI, *Responsabilità precontrattuale e Pubblica Amministrazione*, in P. STANZIONE - A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2006, p. 1046 ss.

¹⁷ Cfr. Cass., 12 maggio 1951, n. 1912, in *Giust. civ.*, 1951, III, 1.

¹⁸ Sul tema, cfr. M. B. DUPUIS, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 720.



formazione del contratto la pubblica amministrazione non agisce *iure imperi*, bensì *iure privatorum*.

3. La dottrina, dunque, giunge a distinguere, nell'attività negoziale della p. a., una fase pubblicistica - che è quella in cui propriamente si forma la volontà del soggetto pubblico – nella quale all'altro contraente è riconosciuta la tutela dei soli interessi legittimi, ed una fase privatistica, in cui vige un'indubbia *par condicio* tra le due parti ed in cui vengono tutelati e garantiti tanto la libertà contrattuale che i diritti soggettivi di cui è titolare il contraente privato.

Ed ecco che il giudice ordinario viene a valutare l'attività amministrativa prenegoziale in base alle medesime norme di correttezza e buone fede che regolano il corrispondente ambito del diritto civile¹⁹: peraltro, l'accertamento della buona fede della p. a., in quanto espressione di un dovere estraneo al contratto, sfugge alla cognizione dell'autorità amministrativa di controllo e verte unicamente sul dovere civilistico della medesima amministrazione di agire da corretto contraente.

Illuminante in proposito la Suprema Corte:

“ (omissis)...La responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'Ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c. c. Pertanto, spetta al giudice ordinario accertare, sia pure con estrema cautela, la sussistenza della suddetta responsabilità, qualora la P.A., con il suo comportamento, abbia ingenerato nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento, poi andato deluso in ordine alla conclusione del contratto. L'accertamento della buona fede della PA sfugge, infatti, in quanto espressione di un dovere estraneo al contratto, alla cognizione dell'autorità amministrativa di controllo ed, inoltre, non è rivolto a stabilire se la PA si sia comportata da corretto amministratore, compito questo che esula dai poteri del giudice ordinario, ma verte unicamente sull'adempimento del dovere civilistico della stessa amministrazione di agire da corretto contraente (Cass. nn 93/1977, 4942/1960). In particolare, nella prospettiva dei principi anzidetti la Corte ha valutato, con estrema cautela, ai fini che interessano, i comportamenti della P.A. appartenenti *alla sfera delle manifestazioni attuate all'esterno*, e con esclusione di ogni accertamento di corretta amministrazione, appartenente alla sfera interna delle determinazioni della stessa P.A., pervenendo al risultato - immune dagli errori logico-giuridici ed adeguatamente motivato - che *quando sono nettamente prevalse negli organi comunali le esigenze di correttezza*

¹⁹ Cfr., sul tema, M. B. DUPUIS, op. loc. u. cit.



*amministrativa, esse si sono estrinsecate in forme non coincidenti con la correttezza che deve essere osservata nella fase precontrattuale*²⁰.

In realtà la Cassazione, fin dagli anni '70, nell'ambito dell'attività negoziale posta in essere dalla p. a. ha costantemente rilevato una fase pubblicistica e una fase privatistica.

E infatti nella decisione n. 2972/1974 la Suprema Corte osservava che, nell'attività contrattuale di evidenza pubblica, per ben valutare la posizione soggettiva del contraente privato, "...è necessario distinguere ...tra i procedimenti amministrativi rivolti a disporre in ordine alla stipula del contratto, a determinare la scelta del contraente e, dopo la stipulazione, ad assoggettare il contratto ai necessari controlli, e l'attività privatistica vera e propria dell'amministrazione, attinente al perfezionamento e all'operatività del contratto medesimo". Talché, "nel mentre, con riferimento alla sfera pubblicistica, il privato è titolare di un mero interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, per quanto concerne, invece, l'ambito privatistico dell'attività della p. a. e, più precisamente, il dovere della medesima di comportarsi in buona fede, e secondo i principi della lealtà e della correttezza, nella fase delle trattative contrattuali al privato compete un vero e proprio diritto soggettivo, la cui lesione importa un obbligo di risarcimento a carico dell'amministrazione stessa a titolo di responsabilità precontrattuale"²¹.

In effetti, il consolidarsi dell'orientamento che attribuisce al giudice la facoltà di sindacare la correttezza dell'attività imprenditoriale, con riferimento soprattutto a quella svolta - in connessione con l'esercizio di poteri discrezionali - da enti pubblici, si evidenzia in primo luogo in materia di assunzioni, promozioni, provvedimenti disciplinari: un ambito fino ad allora riferito al potere di *autoriorrganizzazione* di un ente, per cui non venivano riconosciuti al dipendente diritti soggettivi, ma solo interessi legittimi tutelabili dinanzi al giudice amministrativo²².

Il precedente orientamento giurisprudenziale veniva sovvertito dalla decisione a Sezioni Unite della Suprema Corte, che riconosceva espressamente *l'azionabilità davanti al giudice ordinario dell'interesse legittimo del dipendente a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'ente pubblico*²³. Così la massima: "In materia di promozioni, in ipotesi di lavoro alle dipendenze di un ente pubblico, nel caso in cui la materia sia regolata in modo da attribuire al datore margini di discrezionalità circa la scelta della procedura da adottarsi e le modalità d'esplicazione della procedura stessa, l'esercizio di tale potere, in quanto

²⁰ Cass. civ., Sez. I, 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Mass. Giur. It.*, 1987.

²¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 21 ottobre 1974, n. 2972, *Centro elettr. di docum.*, 371415

²² Sul tema, cfr. O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1987, I, p. 188 ss.

²³ Cfr. Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 11; in *Foro it.*, 1979, I, c. 2548, con nota di BARONE; in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 1025; in *Giust. civ.*, 1980, I, 1, c. 440, con nota di DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati"*.



potere privato, è sindacabile dal giudice ordinario quale giudice del rapporto di lavoro. Oggetto di tale sindacato è la conformità alle regole precostituite e al principio di correttezza contrattuale del comportamento tenuto nell'attività di valutazione dei requisiti dei promuoventi e della scelta effettuata sulla base dei requisiti stessi.”

In questa decisione la clausola di buona fede rileva quale strumento che evidenzia il dovere di imparzialità e trasparenza che si concretizza, nella fattispecie, nel giudizio comparativo dei titoli e delle capacità dei candidati alla promozione, sempre nel rispetto dei poteri discrezionali previsti²⁴.

Nella giurisprudenza successiva anche la sentenza della Suprema Corte del 30 novembre del 1979²⁵ investe il dovere del datore di lavoro di motivare le scelte effettuate ed i provvedimenti adottati *anche nel caso essi siano affidati in toto alla sua facoltà discrezionale*, con un'ulteriore specificazione del principio di buona fede, ai fini della verifica dei suddetti provvedimenti alla luce di correttezza, logicità e imparzialità.

L'orientamento giurisprudenziale sin qui delineato trova applicazione in numerose altre decisioni, non senza esercitare notevole influenza sugli orientamenti dottrinali.

Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale, la giurisprudenza specifica ulteriormente il ruolo della buona fede ed il generale dovere di cooperazione, finalizzato al conseguimento dello scopo contrattuale perseguito dalle parti. Tale dovere di cooperazione, riconducibile ai fondamenti etico – sociali del nostro ordinamento e inteso quale garanzia dell'essenziale rispetto della persona umana, instaura e rafforza la connessione tra regolamento contrattuale e perseguimento delle comuni finalità delle parti.

Così la Suprema Corte: “È contrario a buona fede e determina responsabilità precontrattuale il comportamento della p. a. che impone all'altro contraente l'esecuzione della prestazione, consistente nella redazione di un progetto particolareggiato di riassetto

²⁴ La sentenza esaminata ha posto le basi delle decisioni numerose successive sulla materia. Tra le tante, si fa riferimento a: Cass. Sez. un., 17 dicembre 1979, n. 6564, in *Foro it.*, 1980, I, c. 53; Cass. Sez. un., 4 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. it.* 1980, I, c. 426 e in *Not. giuris. lav.*, 1980, p. 164; Cass., 10 gennaio 1980, n. 215, in *Not. giuris. lav.*, 1980, p. 174; Cass., 10 luglio 1980, n. 4136, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2423; Cass. Sez. un., 14 ottobre 1980, n. 5800, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 524; Cass. Sez. un., 5 gennaio 1981, n. 1, in *Foro it.*, 1981, I, c. 15; Cass., 29 giugno 1981, n. 4250, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 181; Cass., 8 febbraio 1982, n. 755, in *Foro it.*, 1983, I, p. 114; Cass., 5 maggio 1982, n. 2800; Cass., 22 maggio 1982, n. 3149; Cass. Sez. un., 23 marzo 1983, n. 2023-2032; Cass., 27 maggio 1983, n. 3675, in *Foro it.*, 1984, I, c.1541; Cass., 22 febbraio 1985, n. 1603, in *Lavoro e prev. oggi*, 1985, p. 2402; Cass., 20 aprile 1985, n. 2621, in *Risparmio*, 1986, p. 167; Cass. Sez. un., 10 gennaio 1986, n. 63, in *Giur. it.*, 1987, I,1, c. 742; Cass., 4 aprile 1986, n. 2358 e 2358; Cass., 28 gennaio 1987, n. 815. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Pret. Livorno, 28 giugno 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 684; Pret. Sortino, 20 novembre 1984, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 401. *Adde*, C. ZOLI, *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II, pp. 423 ss.

²⁵ Cass. civ., 30 novembre 1979, n. 6274, in *Giur. it.*, 1980, I, c. 817.



di un'opera pubblica, prima dell'approvazione del contratto allo scopo di subordinare l'emanazione del decreto approvativo all'accettazione del progetto da parte dei competenti organi, se poi l'approvazione stessa non segua, ancorché per causa diversa dalla mancata accettazione del progetto (nella specie: l'approvazione era stata impedita dall'entrata in vigore, nelle more della procedura, del piano regolatore che aveva reso non più realizzabile l'opera prevista)²⁶.

Nella medesima decisione la Suprema Corte non manca di evidenziare, in questo caso, l'abuso: "L'esecuzione anticipata dei contratti della p. a. può essere autorizzata, prima dell'approvazione, solo nei casi di urgenza, con provvedimento positivo espresso: ne segue che è configurabile la responsabilità precontrattuale della p. a. ove questa, in pendenza dell'approvazione, pretenda ed ottenga l'esecuzione anticipata del contratto stesso, imponendo una penale e l'esonero dall'incarico, senza diritto al compenso, qualora il contratto non sia eseguito nel termine assegnato (nella specie: era stato conferito ad un architetto l'incarico della progettazione di massima e del riassetto di un'opera pubblica: la p. a. aveva preteso l'esecuzione del contratto prima del parere del consiglio di stato e, successivamente, aveva sottoposto, agli organi consultivi e tecnici, non tanto lo schema di contratto, quanto il progetto predisposto dal professionista e ciò per 5 anni, finché, senza che fosse intervenuta l'approvazione del contratto originario, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo piano regolatore generale, l'opera pubblica non era più realizzabile."²⁷

Ancora negli anni '90, peraltro, la Corte d'Appello rileva che la p. a. non incorre in responsabilità precontrattuale, qualora abbia ben evidenziato come l'aggiudicazione dell'appalto-concorso sia subordinato a condizione: *Ove la stazione appaltante abbia comunicato al privato partecipante ad appalto-concorso la subordinazione dell'aggiudicazione all'approvazione del progetto da parte di apposita commissione, il provvedimento negativo di quest'ultima non determina responsabilità precontrattuale della p. a.*²⁸

È ravvisabile invece la responsabilità precontrattuale della p. a., la cui condotta rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, nel caso *Università degli Studi di Roma versus Soc. Sopin*, deciso nel 1993 dalla Suprema Corte: "Appartiene alla giurisdizione ordinaria la controversia promossa dal privato al fine di ottenere il riconoscimento della responsabilità precontrattuale, nei propri confronti, della p.a., qualora l'attore, a seguito di esaurimento dell'esecuzione di un contratto di appalto, nell'ambito di un rapporto di diritto privato, abbia continuato a svolgere prestazioni in favore dell'amministrazione stessa, contemporaneamente intraprendendo, con essa, trattative, poi non andate a buon fine, per l'attribuzione di un nuovo appalto"²⁹.

²⁶ Cfr. Cass. civ., 23 maggio 1981, n. 3383, in *Foro It.*, 1982, I, 2012, con nota di MARINI, e in *Resp. Civ. e Prev.*, 1982, 768

²⁷ Cfr., Cass. civ., 23 maggio 1981, n.3383, cit., in *Giust. Civ.*, 1981, I, 1921.

²⁸ Cfr. App. Roma, 17 aprile 1990, in *Foro It.*, 1990, I, 2953.

²⁹ Cfr., Cass. civ., Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10296, in *Mass. Giur. It.*, 1993.



Al contrario, quando il contraente privato esegue spontaneamente la prestazione confidando nella conclusione e nella approvazione di un contratto con la p. a., ed in mancanza persino della regolarizzazione di un accordo in forma scritta, - qui richiesta *ad substantiam* -, non può certo invocare la responsabilità della p. a. In tal senso decide la Suprema Corte nel caso *Ditta Ridentour v. Reg. Puglia*: “Il contraente che, sebbene non richiestone, esegue la prestazione prima dell'approvazione del contratto da parte della p. a. con la quale l'abbia stipulato e quindi prima che la stipulazione stessa venga regolarizzata nella forma scritta, *ad substantiam* per i contratti delle amministrazioni pubbliche, non può far valere, qualora non sopravvenga tale formale stipulazione e, conseguentemente, il contratto resti nullo per difetto della forma suddetta, alcuna responsabilità della controparte per *culpa in contrahendo*, derivando l'invalidità del negozio da disposizioni generali, da presumersi note agli interessati, così da escludere l'ipotizzabilità di un affidamento incolpevole della parte adempiente; né è legittimato ad esperire un'azione di arricchimento indebito salvo che l'amministrazione abbia riconosciuto l'utilità della prestazione ricevuta con la concreta utilizzazione di essa, senza che rilevi, a tale ultimo riguardo, che l'atto di riconoscimento manchi delle prescritte approvazioni o controlli, atteso che questi possono condizionare l'efficacia degli atti amministrativi sul piano negoziale e non già la loro operatività quali dichiarazioni di scienza ed accertamento”³⁰.

4. Rileva, dunque, come dottrina e giurisprudenza abbiano iniziato ad ammettere la configurabilità di fattispecie di responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione nel momento in cui hanno superato il “dogma” della discrezionalità amministrativa³¹.

La dottrina comunque non è concorde sulla problematica riguardante la natura giuridica della responsabilità precontrattuale della p. a.

³⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 20 agosto 1992, n. 9682, in *Mass. Giur. It.*, 1992, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1992, 1466, e in *Giur. It.*, 1993, I,1, 2160.

³¹ Così, V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, in *Foro It.*, 2002, I, 5. *Contra*, cfr. R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. ammin.*, 2003, 705 ss., per il quale, peraltro, “una volta emersa l'esigenza di una tutela, anche risarcitoria, dell'affidamento generato da precedente comportamento, positivo o negativo, della p. a., non si ravvisa l'esigenza di scegliere la responsabilità precontrattuale quale modello prevalente della responsabilità della p. a. in quanto lo schema della responsabilità precontrattuale appare troppo rigido e stretto per costituire il modello prevalente delle molteplici ipotesi di responsabilità della p. a.”



L'opinione dominante³² ritiene che essa si configuri come responsabilità extracontrattuale in quanto, non essendo ancora posto in essere un contratto, essa consegue alla violazione di obblighi e di regole di comportamento corretto.

Altri, invece, anche se il contratto è ancora in formazione, considerano già esistente un vincolo tra le parti, e quindi identificano la *culpa in contraendo* con la responsabilità contrattuale³³. Tale opinione si fonda su varie argomentazioni: lo stesso art. 1337 c. c., peraltro, farebbe riferimento alla lesione di un vincolo giuridico, in quanto, 1) se riferito alla responsabilità aquiliana, risulterebbe pleonastico con riferimento all'art. 2043 c. c.; 2) la responsabilità non connessa a un vincolo contrattuale potrebbe derivare solo da fatto illecito, e infine, 3) *la responsabilità extracontrattuale presupporrebbe violazione di diritti assoluti, mentre quelli in gioco nel caso di trattative sono di tipo relativo*.

Non manca, infine, autorevole opinione che ha ritenuto la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c. c. un nuovo *genus*, non riconducibile a nessuna delle due nozioni di responsabilità civile individuate dagli artt. 1218 e 2043 c. c.³⁴

Anche la giurisprudenza costante condivide l'opinione dominante in dottrina, e assimila la *culpa in contraendo* alla responsabilità extracontrattuale.

Ne deriva una notevole conseguenza in termini di prescrizione e di onere della prova: infatti, conformemente alla regola della responsabilità aquiliana, è applicabile il termine breve di prescrizione ex art. 2947 c. c., ed è il danneggiato che deve provare il fatto lesivo, ossia la malafede della p. a.

Così la giurisprudenza di legittimità: "(omissis)...La responsabilità precontrattuale si ha quando l'interruzione delle trattative risulti priva di ogni ragionevole giustificazione, così da sacrificare arbitrariamente il logico affidamento che la controparte possa avere fatto nella conclusione del contratto, tenuto conto del modo, della durata e dello stato delle trattative e che la stessa rientra nel *genus* della responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che anche la prova della malafede del recedente deve essere provata da chi agisce per il risarcimento del danno...(omissis)", da cui la massima: "La responsabilità precontrattuale, che, tra l'altro, ricorre quando l'interruzione delle trattative sia priva di ogni ragionevole giustificazione

³² Per tutti: C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 161.

³³ Cfr., per tutti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 36; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 115; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja e Branca*, 1970, p.215. *Adde*, in tema di responsabilità precontrattuale, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, 2, Padova, 1994; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, Milano, 1993; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese preliminari*, Milano, 1990; L. LAMBO, *Obbligo legale di contrarre: "default" e responsabilità (precontrattuale?)*, in *Danno e resp.*, 1999, 421.

³⁴ Cfr., R. SACCO, *Culpa in eligendo e culpa aquilia, culpa in contrahendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, 86; ma *adde*, ID., *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, 1975, p. 219, e R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993.



così da sacrificare arbitrariamente il logico affidamento della controparte sulla conclusione del contratto, essendo riconducibile alla più ampia categoria della responsabilità extracontrattuale, presuppone anche la prova, a carico di colui che agisce per il risarcimento del danno, della malafede del recedente³⁵.

Altra decisione della Suprema Corte ribadisce l'applicabilità del termine breve di prescrizione, in conformità alla regola della responsabilità aquiliana: "(omissis)...La responsabilità precontrattuale, appunto perché sorge prima che un contratto venga ad esistenza (anche se fatta valere dopo la conclusione del contratto stesso) non può essere che una responsabilità extracontrattuale, con la conseguente applicabilità, fra gli altri effetti che conseguono da tale qualificazione, della prescrizione quinquennale". Da cui la massima: "La responsabilità c. d. precontrattuale, ex art. 1337 c. c., rientra nel *genus* della responsabilità da fatto illecito e può, quindi, farsi valere in giudizio solo entro il termine di prescrizione quinquennale, di cui all'art. 2947 c.c."³⁶.

La dottrina più recente sembra ritenere ammissibile il ricorrere di responsabilità precontrattuale per la p. a. anche nella formazione di contratti che rientrano in ambito pubblicistico, ossia risultano inerenti alla scelta e quindi alla determinazione della volontà della parte pubblica.

Una prima argomentazione appare però ricreare la nota distinzione tra atti amministrativi tipicamente connotati dalla discrezionalità, e momenti negoziali, ai primi solitamente strettamente intrecciati: la responsabilità precontrattuale della p. a. quindi si verrebbe a configurare in conseguenza della violazione della correttezza e della buona fede con riguardo agli atti di carattere negoziale, che è poi il solo ambito soggetto alla giurisdizione del g. o.

Tuttavia taluni, in considerazione del fatto che la responsabilità precontrattuale della p. a. viene assimilata alla responsabilità extracontrattuale, osservano che più volte la medesima p. a. è stata condannata a risarcire il danno causato per ritardi od omissioni compiuti nello svolgimento della propria attività amministrativa, per negligenza o imperizia.

Il giudice è intervenuto, infatti, dai primi decenni del secolo scorso ad oggi, a tutela di situazioni incise per condotta anche semplicemente colposa della p. a., che è tenuta comunque, anche nell'esercizio del suo potere discrezionale, a rispettare il limite esterno costituito dal principio generale e assoluto del *neminem laedere*.

Il giudice, in tali casi, non valuta l'apprezzamento e la scelta dell'interesse pubblico o dei mezzi idonei a soddisfarlo, ma ha cura che l'esecuzione di tali atti avvenga in modo adeguato, e non con imperizia, imprudenza o negligenza.

In tal senso la recente decisione di una Corte di merito: "Al fine di accertare la responsabilità precontrattuale di una pubblica amministrazione per l'ingiustificato

³⁵Cfr. Cass. civ., Sez. II, 1° febbraio 1995, n. 1163, in *Mass. For. It.*, 1995.

³⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Giust. civ.* 1991, I, 113; in *Rass. giur. Enel* 1991, 492; in *Foro it.* 1991, I, 184; in *Resp. civ. e prev.* 1990, 809; e in *Rass. avv. Stato* 1990, I, 235



recesso dalle trattative instaurate per la stipula di una convenzione, deve sussistere una condotta non solo violativa del precetto di buona fede in senso oggettivo, nelle sue ramificazioni della lealtà e della salvaguardia, bensì contraria al dovere di diligenza gravante sul contraente pubblico³⁷.

Pertanto l'intervento giurisdizionale a tutela dell'integrità fisica dei cittadini ha per oggetto le scelte gestionali della p.a., e ricorre più frequentemente nel settore dei servizi pubblici, anche se spesso si risolve in un esame riguardante le scelte tecniche, nell'ambito emergente della 'discrezionalità tecnica'.

Altre volte il giudice interviene, però, in ambito decisamente amministrativo, a sindacare l'attività discrezionale della p. a., in particolare quando la lesione sia stata causata da provvedimenti amministrativi posti in essere in violazione del diritto comunitario.

Se, dunque, è risultato ammissibile, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, il sindacato del giudice ordinario circa il rispetto del limite della discrezionalità imposto dal principio generale del *neminem laedere*, potrebbe altresì configurarsi il sindacato sul rispetto della buona fede e dei legittimi affidamenti anche nella fase pubblicistica dell'attività negoziale della p. a., con il sorgere di responsabilità precontrattuale³⁸.

Il privato contraente è comunque titolare di interessi legittimi nella stessa fase pubblicistica dell'attività negoziale svolta dalla p. a.

Così la giurisprudenza della Suprema Corte: "La disciplina privatistica prevista dall'art. 1326 c. c. in tema di promessa di vendita non è trasponibile nel procedimento amministrativo di assegnazione di lotti facenti parte di aree di sviluppo industriale; in tale procedimento l'amministrazione, ferma restando - ovviamente - la configurabilità di una sua eventuale responsabilità precontrattuale, non può assumere alcun impegno di irrettabilità dell'assegnazione, e - conseguentemente - di rinuncia ai propri poteri di autotutela³⁹.

E nella decisione n. 9892/1993: *Una responsabilità precontrattuale della p.a. per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. non è configurabile con riguardo allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell'ambito del quale l'aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde difettano le condizioni strutturali per la configurabilità di «trattative»*

³⁷ Cfr. Trib. Venezia, 09/12/2002, in *Gius*, 2003, 13, 1512

³⁸ Sulla responsabilità precontrattuale quale responsabilità per inadempimento degli obblighi di correttezza, modello prevalente della responsabilità della p. a., cfr. R. GAROFOLI - G. M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, *passim*.

³⁹ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 1° marzo 1993, in *Giur. Amm. Sic.*, 1993, 54.



*fra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole della buona fede, come stabilito dalla citata norma*⁴⁰.

Rileva, peraltro, una successiva decisione della Corte amministrativa siciliana: “Nel caso in cui l'amministrazione intenda espletare una *gara non formale* (nella pratica variamente denominata: *gara ufficiosa, gara esplorativa, gara conoscitiva, licitazione privata ufficiosa*, locuzioni tutte sostanzialmente equivalenti) tale gara, presentando il tratto della preregolazione dell'attività concorsuale ma mancando del vincolo a contrarre con il vincitore, è destinata a concludersi non con una «aggiudicazione», ma con una semplice «individuazione» del miglior offerente con il quale l'amministrazione si riserva di contrarre a trattativa privata in un momento successivo. In tale ipotesi deve riconoscersi: a) la piena libertà dell'amministrazione di non dare poi corso all'affidamento dei lavori ovvero di riaprire "la trattativa" (*recte*: la gara esplorativa), con conseguente inesistenza, nel concorrente risultato miglior offerente, di situazioni soggettive suscettibili di tutela dinanzi al giudice amministrativo, salvo i casi in cui l'amministrazione avesse ritenuto di giustificare la propria determinazione con motivi illegittimi, e salvo, ovviamente - eventuali profili di responsabilità precontrattuale da far valere dinanzi al giudice ordinario; b) il vincolo dell'amministrazione, derivante dalla pre-regolazione concorsuale autoimpostasi, a stipulare con il miglior offerente ove non avesse ritenuto di avvalersi della libertà sub a), con conseguente insorgere in quest'ultimo di un interesse pretensivo alla stipulazione del contratto e di un interesse oppositivo ad un'eventuale illegittima stipulazione del contratto stesso con altro partecipante alla gara esplorativa; c) l'intrinseca inidoneità della gara esplorativa a concludere l'«iter» della trattativa privata, in quanto, non esistendo in tesi una formale aggiudicazione, l'incontro delle volontà dei contraenti si verifica solo al momento dell'eventuale stipulazione del contratto”.⁴¹

Interessante una sentenza del 1996 del Consiglio di Stato – sul caso Min. trasp. *versus* Soc. Icarus e altri, in tema di subconcessioni, che precisa come l'espressione del potere discrezionale da parte della p. a., *indipendentemente dalla diversa configurazione del rapporto di responsabilità precontrattuale fra le parti private*, è tale da *degradare la posizione giuridica della controparte a mero interesse legittimo*: “L'atto di assenso ministeriale alla convenzione fra il concessionario di un'opera pubblica ed il subconcessionario, costituisce espressione del potere discrezionale dell'amministrazione che si pone come atto impeditivo dell'ulteriore perfezionamento della fattispecie negoziale di subconcessione, tale da degradare la posizione giuridica del subconcessionario ad interesse legittimo, indipendentemente dalla diversa configurazione del rapporto di responsabilità precontrattuale fra le parti private. Rispetto all'esercizio di tale potere sussiste una

⁴⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 ottobre 1993, n.9892, in *Mass. Giur. It.*, 1993.

⁴¹ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 1° agosto 1994, n.281, in *Giur. Amm. Sic.*, 1994, 507.



posizione di interesse legittimo, tutelabile davanti alla giurisdizione del giudice amministrativo.”⁴²

Sul finire degli anni '90 la Suprema Corte ribadisce la necessità della corretta individuazione dei soggetti legittimati ad impegnare l'ente, perché possa venire a configurarsi responsabilità precontrattuale a carico della pubblica amministrazione: “Nella materia convenzionale, ai fini della riferibilità all'ente pubblico di determinati atti e della imputabilità allo stesso delle conseguenze da essi derivanti in tema di responsabilità precontrattuale, non è sufficiente - attesa (nella fattispecie) l'impossibilità di identificare i soggetti legittimati ad impegnare l'ente - affermare l'esistenza in via presuntiva di rapporti di delegazione da parte di chi aveva la rappresentanza legale in base a supposte prassi meramente orali, senza applicare correttamente i principi sull'onere della prova sotto un triplice aspetto: a) se le persone di cui trattasi siano dotate, per la loro qualificazione funzionale nella struttura organica dell'ente o in virtù di un preciso rapporto esterno istituito in conformità a previsione di legge: b) se, in concreto, il loro comportamento sia tale da ingenerare nell'interlocutore il giustificato convincimento di trovarsi in presenza di una spendita del nome dell'ente; c) se infine, l'ente - in persona dell'organo a ciò legittimato - è a conoscenza dell'operato di tali soggetti e delle modalità con cui esso viene a manifestarsi”.⁴³

5. L'ampliamento dell'ambito di incidenza dell'obbligo di buona fede anche per l'amministrazione pubblica è pressoché contemporaneo all'emersione di un nuovo *genus* di responsabilità precontrattuale: *la responsabilità da contatto*.

Il configurarsi di tale tipo di responsabilità a carico della p. a. è specificato in una recente ed inedita decisione di un tribunale amministrativo, per il quale *il diritto del privato non si risolve unicamente in facoltà attive, ma viene viceversa conformato dalla legge in modo "relazionale", nel senso che il suo esercizio è subordinato ad un "contatto necessario" con la pubblica amministrazione*⁴⁴.

La cennata responsabilità incombe sull'attività della p. a., generando un orientamento dottrinale e giurisprudenziale favorevole al contraente privato, già dopo un semplice contatto.

Derivato dalla elaborazione dottrinale tedesca e francese, tale *genus* di responsabilità è inerente alla considerazione che all'avvio di un procedimento viene a

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro Amm.*, 1996, 1271, 3386, con nota di PELLIZZER; in *Giust. Civ.*, 1996, I, 2130; in *Foro It.*, 1996, III, 375, con nota di FRACCHIA, e in *Giur. It.*, 1996, III,1, 518.

⁴³ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 25 marzo 1997, n.2609, in *Cons. Stato*, 1997, II, 2141, con nota di CORONA.

⁴⁴ Cfr. T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 22.01.2003, n. 113, in *Studium juris*, 2003, 999, con nota di MASERA.



configurarsi tra la p. a. e il soggetto privato *una relazione qualificabile come contatto*: ne deriva, per l'amministrazione stessa, un preciso *obbligo di salvaguardia della posizione del privato*⁴⁵. Tanto, anche in seguito all'entrata in vigore della l. 241/90 che ha di fatto introdotto nell'ordinamento italiano il principio della natura partecipativa del procedimento amministrativo, cui consegue l'obbligo per la p. a. di comunicare l'inizio di un iter procedimentale ai soggetti interessati che hanno diritto di parteciparvi⁴⁶.

Tale relazione tra p. a. e soggetto privato genera, per buona parte della dottrina, una trama di diritti e doveri reciproci - pure in assenza di un rapporto giuridico - sostanzialmente inerenti alla protezione della sfera giuridica della controparte: talché, verrebbe a configurarsi, per la p. a., in mancanza del rispetto di tali obblighi - essenzialmente di informazione e di avviso, e, in genere, della tutela dell'affidamento e dell'interesse del privato al conseguimento del bene della vita - una sorta di responsabilità precontrattuale⁴⁷.

L'opinione è comunque variegata, dato che non manca chi colloca la responsabilità da contatto amministrativo al confine tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale⁴⁸, talora anche in ambito decisamente contrattuale.

Peraltro, la nozione di responsabilità da contatto amministrativo va oltre la nozione più semplice di responsabilità da contatto sociale, pur essendo entrambe fondate sull'obbligo del *neminem laedere*, e si determina in quella più specifica di *responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, con riferimento alla supremazia della posizione della p. a., che permane nel rapporto con il soggetto privato.

Nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata la responsabilità della p. a. per l'adozione di atti illegittimi può dunque configurarsi quale "responsabilità da contatto qualificato", nel cui ambito trovano applicazione regole particolari di imputazione soggettiva della responsabilità, e, per il Consiglio di Stato, "nel senso che l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della p. a., sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un errore scusabile".

La prima teorizzazione della responsabilità da contatto appare nella decisione n. 589/1999 della Corte di Cassazione, che vede, peraltro, nel rapporto tra paziente e medico ospedaliero l'origine di un rapporto contrattuale di fatto: "La responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente

⁴⁵ Così, A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, I, Milano, 2005, p. 15.

⁴⁶ Sul tema, cfr. S. CATTANEO, Nota a sentenza T.A.R. Puglia, Bari, 17.05.2001, n. 1761, in *Urban. e appalti*, 2001, 1229.

⁴⁷ Cfr., R. TOMMASI, *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 246 ss. *Adde*: S. CATTANEO, Nota a sentenza, cit., 1229.

⁴⁸ Cfr., per tutti, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 1998, 654.



gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal "contatto" sociale". E, più specificamente: *La responsabilità del medico ospedaliero dipendente ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata su un contratto intervenuto tra le parti, ma su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente*⁴⁹.

Assai simile è tuttora l'orientamento del supremo Consesso, come può ravvisarsi in una più recente decisione sulla medesima materia, ove si precisa che in capo all'ente ospedaliero si configura una vera e propria responsabilità contrattuale, mentre il sanitario svolge il ruolo di *ausiliario necessario del debitore*: "Il rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto, fa sì che la responsabilità civile dell'ente ospedaliero venga inquadrata nella responsabilità contrattuale che può conseguire sia all'inadempimento delle obbligazioni che sono direttamente a carico dell'ente debitore (art. 1218 c.c.), sia all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario (art. 1228 c.c.), il quale assume la veste di ausiliario necessario del debitore"⁵⁰.

Dunque la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno sottolineato che *il rapporto amministrativo costituisce un'ipotesi qualificata di contatto sociale* tra la p. a. e i soggetti privati interessati⁵¹. E in tale rapporto, in virtù di norme specifiche e di criteri che moderano il potere discrezionale della p. a., viene a prodursi e a rafforzarsi un obiettivo affidamento del privato nel legittimo comportamento dell'amministrazione e nella positiva conclusione del procedimento stesso⁵².

Per il Consiglio di Stato, lontano dal convincimento della S. C., la responsabilità della p.a. per adozione di provvedimenti illegittimi (riservata alla cognizione del giudice amministrativo dall'art. 7, l. n. 205/2000, modificativa dell'art. 35 d. lgs. n. 80 del 1998),

⁴⁹ Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n.589, in *Foro It.*, 1999, I, 3332, con nota di DI CIOMMO e di LANOTTE; in *Giur. It.*, 2000, 740, con nota di PIZZETTI; in *Mass. Giur. It.*, 1999; in *Giust. Civ.*, 1999, I; in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, con nota di FORZIATI, in *Contratti*, 1999, con nota di GUERINONI; in *Corriere Giur.*, 1999, con nota di DI MAJO; e in *Danno e Resp.*, 1999, con nota di CARBONE.

⁵⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2005, n. 2042, ined.

⁵¹ Cfr., A. LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 729.

⁵² Sulla teoria della *responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., 654 ss. ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1997, 177 e ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, cit., 1005; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per la lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, 969 e ss.; D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270; S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi interessi legittimi*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2037; L. MONTESANO, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. ammin.*, 2001, 592 ss.



pur restando inserita nel sistema dell'illecito aquiliano ex art. 2043 ss. c.c., è assimilabile alla responsabilità precontrattuale ovvero a quella da "contatto sociale" (in ragione del contatto qualificato che si realizza tra l'amministrazione e l'interessato nel contesto del procedimento finalizzato all'emanazione del provvedimento), ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, correlato alla colpa dell'apparato, per violazione di canoni di correttezza e buona fede oggettiva nella fase appunto di formazione dell'atto, che può ritenersi presunta (ancorché non *in re ipsa*) a fronte dell'illegittimità dell'atto stesso⁵³.

Presupposto dell'instaurarsi di un contatto giuridicamente significativo è l'obbligo di buona fede, preesistente anche alle stesse trattative⁵⁴, e in tale obbligo l'esercizio di poteri discrezionali da parte della p. a. trova un limite invalicabile⁵⁵.

In questa nuova configurazione della già cennata *amministrazione partecipata* l'affidamento ingeneratosi all'avvio del procedimento viene ad essere tutelato *a prescindere dalla sicura acquisizione del bene della vita*⁵⁶.

Talché l'interesse al rispetto delle regole procedurali si configura come la vera essenza dell'interesse legittimo ed assume «un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita», configurando un danno conseguente alla violazione di obblighi relativi al «contatto» amministrativo qualificato.

6. Taluno definisce “storica” la decisione n. 500 del 22 luglio 1999 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite, ma è da tutti condiviso il fatto che essa abbia operato nell'ordinamento giuridico italiano, in materia di responsabilità per danni arrecati

⁵³ Cfr. *Cons. Stato*, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giust. civ.* 2002, I, 2673, con nota di MORELLI e in *Foro amm.* 2001, 2008.

⁵⁴ In tal senso R. TOMMASI, *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 246.

⁵⁵ Cfr. R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 705 ss.

⁵⁶ Così, A. LIBERATI, op. loc. u. cit. Sulla responsabilità precontrattuale quale modello prevalente della responsabilità della p. a., cfr. R. GAROFOLI - G. M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno*, cit., ove la responsabilità della p. a. viene a configurarsi come responsabilità per inadempimento degli obblighi di correttezza. *Adde*: G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, p. 168: «l'azione amministrativa, che è l'esercizio della potestà, e l'azione del privato, che è l'esercizio dell'interesse legittimo, vanno riguardati alla stregua dei comportamenti precontrattuali, che sono governati, oltre che dalle regole giuridiche interne all'azione pubblica (le regole della discrezionalità), anche dalle regole proprie della responsabilità precontrattuale, adattate, però, alla specificità dell'azione pubblica». Cfr. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, in *Foro It.*, 2002, I, 5.



nell'esercizio dell'attività amministrativa, una vera e propria rivoluzione copernicana che ha costituito a lungo *ius receptum* nel nostro ordinamento⁵⁷.

Grande è stata l'influenza esercitata dalla decisione 500/1999 sulla giurisprudenza e sulla dottrina, per la quale in sostanza essa *rappresenta l'abbandono solenne della generale irresponsabilità dello Stato*⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. S. RODRIGUEZ, *Dopo la sentenza "figlia" della 500/1999/SU, l'intervento del Consiglio di Stato. Il dibattito continua* (Nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in *Giur. It.*, 2004, 421). Si ritiene opportuno a tal punto inserire breve e apprezzabile sintesi storica operata da CAIANIELLO: *Il criterio sostanzialistico di riparto fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi fu invece, starei per dire, «inventato» dalla Corte di cassazione nel noto caso Laurens* (cfr. Cass., Sez. Un., 24 giugno 1891, in *Foro it.*, 1891, 964), per cui, dopo incertezze della giurisprudenza, nel successivo svolgimento della dottrina e della giurisprudenza ed in modo definitivo dal 1930 (cfr. M. D'AMELIO-SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, 181. *Adde*: Cons. St., ad. plen., 14 giugno 1930 n. 1, in *Giur. it.*, 1930, III, 150; e Cass., sez. un., 15 luglio 1930 n. 2680, in *Giur. it.*, 1930, I, 964) si consolidò l'indirizzo secondo cui la regola di riparto fra le due giurisdizioni andasse osservata con riferimento ad entrambi i profili del *petitum* e della causa *petendi*, cioè alla situazione soggettiva, diritto o interesse, in base al quale veniva proposta l'azione, c.d. *petitum sostanziale*. Questo criterio di riparto fondato sulla distinzione diritti soggettivi-interessi legittimi fu costituzionalizzato dagli art. 24 e 103, cost. del 1948, ma, chiaro nell'enunciazione, risultò di difficile applicazione pratica risolvendosi per lo più in una petizione di principio. Ecco perché a partire dalla fine degli anni '40 si fece strada nella giurisprudenza delle Sezioni Unite il criterio di riparto fondato sulla dicotomia inesistenza del potere-cattivo esercizio del potere che radicava nel primo caso la giurisdizione del giudice ordinario e, nel secondo, quella del giudice amministrativo (Cass., Sez. Un., 4 luglio 1949 n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, 926). Questa regola di riparto non trova ovviamente applicazione per gli interessi pretensivi rispetto ai quali vi è sempre la giurisdizione del giudice amministrativo, ma solo nelle ipotesi in cui l'atto amministrativo abbia inciso su di una originaria posizione di diritto soggettivo (interessi oppositivi). La regola stessa presuppone l'idea della degradazione o affievolimento dei diritti soggettivi nel senso che, anche se l'atto amministrativo abbia violato un diritto soggettivo, il solo esercizio del potere autoritativo, ancorché illegittimo, lo degrada o affievolisce o lo estingue, che dir si voglia, innestandosi di conseguenza una vicenda di interessi legittimi che radica la giurisdizione del giudice amministrativo. Ma dalla regola appena enunciata discende come corollario la consacrazione del principio secondo cui il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo solo se venga dedotta l'inesistenza in radice del potere esercitato, mentre non può disapplicarlo quando ne venga dedotta l'illegittimità per uno dei tre vizi (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge), perché in questo caso si è in presenza non di inesistenza in radice del potere bensì del suo cattivo esercizio, rispetto al quale il giudice ordinario difetta di giurisdizione. Di conseguenza solo dopo l'annullamento dell'atto per uno dei tre motivi di illegittimità, che ripristina il diritto soggettivo, quest'ultimo giudice può essere adito per il risarcimento e le restituzioni. Questa regola ha resistito esattamente cinquant'anni (dal 4 luglio 1949 al 22 luglio 1999) per cui dobbiamo chiederci se, a seguito della Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, l'indirizzo debba ritenersi superato e con esso azzerata tutta la costruzione che dal ricordato caso *Laurens* del 1891, aveva portato la Cassazione ad attribuire al giudice ordinario la giurisdizione in materia di diritti soggettivi ed a quello amministrativo le controversie in materia di interessi legittimi. (V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, Nota a Cass. civ., Sez. Unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro Amm.*, 1999, 2034).

⁵⁸ Così B. DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, nota a Cass. civ., Sez. unite, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro Amm.*, 1999, 2007. Non manca, in visione comparatistica, il richiamo all'*arrêt Blanco* che, nell'esperienza francese, avrebbe



In realtà anche il nuovo orientamento giurisprudenziale si inquadra nell'alveo di quella nuova *vision* dell'amministrazione partecipata che si propone di tutelare la possibile controparte debole e gli affidamenti dei privati interessati. Ed è opinione consolidata che tale salvaguardia, che obbliga la p. a. ad un comportamento procedimentale corretto, implica il rispetto della clausola generale di buona fede in cui si concretizza soprattutto quel principio di solidarietà sociale che costituisce la trama stessa e il valore della Costituzione italiana.

Il rispetto di tale clausola è determinante anche per la definizione dei casi di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale o da contatto amministrativo qualificato ascrivibile alla p. a.

Si riporta la massima della decisione 500/1999 relativa alla problematica pregressa circa il difetto di giurisdizione in caso di richiesta di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo:

“La giurisprudenza della S. C. si è costantemente espressa nel senso del difetto di giurisdizione rispetto alle domande di risarcimento per il danno arrecato al titolare di un interesse legittimo; tale impostazione era giustificata sul presupposto dell'esaurimento della tutela erogabile secondo l'ordinamento, in quanto il giudice amministrativo poteva fornire la tutela rimessa al suo potere, mentre non poteva essere proposta la domanda di risarcimento davanti al giudice ordinario, non essendo prevista dall'ordinamento l'invocata tutela. L'ulteriore corso della giurisprudenza della S.C. ha ammesso l'instaurabilità della controversia su pretesa al risarcimento dei danni causati al titolare di interessi legittimi, spettando al giudice di merito stabilire se la pretesa potesse o meno essere soddisfatta. Tuttavia tale impostazione non implicava il superamento del principio secondo il quale la risarcibilità era limitata ai soli diritti soggettivi. Tale superamento (espresso dalla giurisprudenza relativa al risarcimento per la lesione all'integrità del patrimonio, alla libera determinazione negoziale, per la perdita di opportunità (*chance*), di aspettativa di natura patrimoniale nei rapporti familiari) è avvenuto identificando nell'art. 2043 c.c. una clausola generale in base alla quale è risarcibile la lesione di qualunque interesse, rilevante per l'ordinamento⁵⁹.

La Suprema Corte, nella citata sentenza, precisa: *Posto che ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato, va affermata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti leso, per effetto*

operato una analogia inversione di tendenza (cfr. *Trib. conflits*, 8/2/1873, Blanco, (1er suppl., 61, concl. David), pur nelle sostanziali diversità dell'oggetto della contenzioso: richiesta di danni relativa ad un comportamento materiale, per l'*arrêt Blanco*, e relativa ad un'attività provvedimento soluzioni prospettate, per la decisione della Corte italiana. Cfr., sul tema: V. B. DELFINO, *La responsabilità extracontrattuale dei soggetti pubblici in Francia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 560.

⁵⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 22 luglio 1999, n.500, in *Foro Amm.*, 1999, 1990, con note di DELFINO e di CAIANIELLO; in *Resp. Civ. e Prev.*, 1999, 981 e in *Comuni d'Italia*, 1999, 1602.



*dell'attività illegittima e colpevole della p.a. (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; a tale stregua, la contestazione circa la risarcibilità degli interessi legittimi non dà luogo a questione di giurisdizione, ma attiene al merito*⁶⁰.

La S. C. non si pone, peraltro, in rottura con la tradizionale riconduzione della responsabilità precontrattuale della p. a. nel grande alveo della responsabilità extracontrattuale:

“Ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto: pertanto il destinatario di un atto illegittimo della p.a., che sia stato posto in essere con dolo o colpa e che sia stato causa di un danno ingiusto - diretta conseguenza del provvedimento - ha titolo al risarcimento dei danni, anche se titolare *non di un diritto soggettivo ma di un interesse giuridicamente rilevante* (omissis)”⁶¹.

Non diversamente la Suprema Corte, in una decisione di poco risalente, dettava la definizione della responsabilità precontrattuale della p. a. con riferimento alla responsabilità aquiliana: “Nell'ipotesi in cui l'Inps abbia illegittimamente ammesso un assicurato alla contribuzione volontaria con conseguente nullità del rapporto previdenziale insorto e invalidità dei contributi versati, è tenuto a risarcire il danno a titolo di responsabilità extracontrattuale, dovendosi, in particolare, ravvisare nella specie gli elementi di quella ipotesi di responsabilità aquiliana cosiddetta "precontrattuale", regolata dall'art. 1338 c.c. (norma applicabile con interpretazione estensiva, ancorché il rapporto assicurativo non abbia natura contrattuale) che prevede l'obbligo di risarcimento per la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne abbia dato notizia alla controparte, ingenerando un incolpevole affidamento nella validità del contratto stesso”⁶².

Già la decisione 500/1999 aveva collegato la nozione di danno ingiusto alla colpa della p. a. consistente nell'inosservanza, nell'iter procedimentale, dei principi di imparzialità e correttezza:

“La valutazione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo spetta al giudice ordinario al fine di qualificare il danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante. Il giudice ordinario deve accertare non solo

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 22 luglio 1999, n. 500, cit., in *Banca Borsa*, 2000, II, 10 e in *Rass. Adv. Stato*, 2000, I, 408, con nota di LINGUITI.

⁶¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 22/07/1999, n. 500, cit. in *Studium juris*, 1999, 1136; in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1221, con note di AGRIFOGLIO e di CASTRONOVO; in *Corriere Giur.*, 1999, 1367, con note di DI MAJO e di MARICONDA e in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1067, con nota di PROTTO.

⁶² Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 5 giugno 1998, n. 5570, in *Mass. Giur. It.*, 1998.



l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma anche la colpa della p.a., consistente nell'inosservanza dei principi d'imparzialità e correttezza di buona amministrazione⁶³.

Anche la disciplina del risarcimento del danno imputabile a responsabilità precontrattuale della p.a. è stata investita dal rinnovamento introdotto nella regolamentazione della materia in discorso dalla decisione 500/1999. È dunque ammissibile, anche per il Consiglio di Stato, una autonoma indagine circa la responsabilità della p. a.: “La responsabilità patrimoniale della p.a., pur quando si ricollegli all'illegittimo esercizio di funzioni amministrative, implica, secondo i principi di diritto comune in tema di illecito, un'autonoma indagine circa la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, posto che questa non è insita nel mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, e richiede piuttosto un accertamento puntuale in ordine al rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono ispirarne la condotta”⁶⁴.

Per taluni la responsabilità precontrattuale è assimilata alla responsabilità da contatto amministrativo: e ciò in quanto il contatto tra p. a. e soggetto privato risulta giuridicamente significativo proprio perché fondato sull'obbligo di buona fede, che è certamente preesistente anche alle trattative.

Vi è, altresì, chi sostiene che nella fase precontrattuale o di contatto amministrativo, proprio la vigenza di un dovere di buona fede ancora indeterminato, in quanto *erga omnes*, non può dar luogo ad alcuna obbligazione di risarcimento, data la necessità della individuazione del soggetto destinatario della medesima obbligazione⁶⁵.

Se oggi per la S. C. è *jus receptum* l'applicazione anche alla p. a. di responsabilità precontrattuale per inosservanza del dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative, ex art. 1337 c. c., precedentemente, per decenni, prima dell'orientamento determinato dalla decisione del 22 luglio 1999, l'applicazione della disposizione del codice è stata generalmente limitata alle sole procedure svolte dalla p. a. con trattativa privata. Tale prassi era fondata sull'assunto che gli interessati alla gara non andavano ancora considerati come possibili, futuri contraenti, ma come semplici partecipanti. Infatti, con orientamento costante, la Cassazione rilevava come i concorrenti ad una gara d'appalto, non conoscendo le offerte degli altri, erano di fatto impossibilitati ad esprimere una valutazione preventiva circa l'esito favorevole del procedimento, e, quindi, non erano nella condizione di invocare un legittimo affidamento nella conclusione del contratto.

Oggi il sindacato del giudice ordinario e la determinazione di responsabilità sono comunque ammessi nella fase delle trattative, perché è dato acquisito per dottrina e giurisprudenza che esso ha come oggetto la condotta della p. a. in veste di contraente *iure privatorum*. In tale ambito, infatti, la p. a. ha sempre l'obbligo di rispettare il dovere di

⁶³ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite., n.500/1999, cit.

⁶⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12/01/2005, n.45, in *Foro amm. CDS* 2005, 1, 78.

⁶⁵ Cfr. R. TOMMASI, *Il nuovo diritto privato*, cit., p. 246.



buona fede oggettiva e i principi della lealtà e della correttezza, talché il privato nella fase delle trattative contrattuali è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo: la lesione di tale diritto comporta il risarcimento del danno a carico della p. a.

7. Le prime decisioni della Suprema Corte che hanno riconosciuto il diritto di un soggetto privato al risarcimento del danno subito per responsabilità precontrattuale della p. a. – peraltro richiamate nella decisione del Tribunale di Salerno di cui in premessa -, hanno di fatto contribuito alla definizione di alcuni presupposti necessari perché si configuri per la p. a. l'obbligo di risarcimento: primo fra tutti, conformemente, l'esistenza del danno e la sua qualificabilità come danno ingiusto.

Il secondo presupposto è costituito dalla violazione dell'obbligo di buona fede da parte della p. a., ex art. 1337 c. c.: *La pubblica amministrazione, in quanto tenuta ad un comportamento secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c. c., nella fase delle trattative e della formazione del contratto con il privato può essere chiamata a rispondere dei danni subiti da quest'ultimo, a seguito di atti sleali e scorretti dei suoi funzionari o dipendenti, nell'indicata fase, a titolo di responsabilità precontrattuale*⁶⁶.

Terza condizione necessaria: la sicura riferibilità del comportamento lesivo a funzionari della p. a. e, più precisamente, all'apparato della pubblica amministrazione:

“La responsabilità della p.a. conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi va inserita nel sistema dell'illecito delineato dagli art. 2043 e ss. c.c., per cui l'imputazione della responsabilità non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, ma va estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma dell'*Amministrazione intesa come apparato*, configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi⁶⁷.”

Ultimo presupposto necessario: l'effettiva esistenza di trattative concrete e del legittimo affidamento della controparte nella presunzione della prosecuzione delle trattative e della conclusione di un contratto.

Così la Suprema Corte: “Incorre nella responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. la parte che, dopo aver suscitato in altri un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, recede ingiustificatamente dalle trattative. Tuttavia - perché le trattative siano considerabili affidanti - è necessario che nel corso di esse le parti abbiano

⁶⁶ Cfr. Cass. Civ., 25 maggio 1985, n. 3178, in *Mass. Giust. Civ.*, 1985.

⁶⁷ Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Riv. amm. R. It.* 2001, 701 con nota di BUONVINO, in *Riv. corte conti* 2001, f. 5, 243 e in *Studium Juris* 2002, 112.



preso in considerazione almeno gli elementi essenziali del contratto, come ad esempio la natura delle prestazioni o l'entità dei corrispettivi”⁶⁸.

La p. a. può esser chiamata a rispondere anche di dolo omissivo, ex art. 1338 c. c., se ha mancato di informare la controparte circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto.

La dottrina, sull'esempio della più recente giurisprudenza, ritiene che l'attività precontrattuale della p. a. non rientri nell'azione *iure imperii*: pertanto, nella fase delle trattative il comportamento della p. a. può esser valutato dal giudice alla stregua della condotta di qualsiasi privato contraente che è tenuto ad agire nel rispetto della buona fede oggettiva e della correttezza.

Il risarcimento del danno va riconosciuto nei limiti del c. d. *interesse negativo*. Così il G. A.: “Una ingiustificata interruzione delle trattative è fonte di responsabilità precontrattuale anche in capo alla p.a., essendo anch'essa soggetta, nelle fasi di selezione del contraente e perfezionamento dell'accordo, al generale obbligo di buona fede ed al limite costituito dal principio di tutela dell'affidamento del contraente medesimo. Il danno risarcibile consiste nella misura del c.d. *interesse negativo*, costituito tanto dalle spese sostenute, quanto dalle occasioni contrattuali perse in esito alla partecipazione alla gara. Il giudice, in applicazione del disposto di cui all'art. 35 comma 2 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, dovrà, pertanto, assegnare alla p.a. un termine per formulare una offerta di risarcimento da raggugiarsi, nel “quantum”, al parametro dell'interesse negativo”⁶⁹.

Quanto all'*interesse negativo*, rileva la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale ex artt. 1337-1338 c. c., per cui la violazione del dovere di buona fede nelle trattative, ossia di quel particolare interesse appartenente all'ambito relazionale quale è l'interesse alla libertà negoziale, è da ricondurre alla lesione dell'obbligo generale del *neminem laedere*.

Detta responsabilità sorge prima che un contratto esista di fatto, e non attiene alla prestazione di cui al vincolo contrattuale, tantomeno *sotto il limitato profilo dell'effetto negoziale (e non già finale)*: e ciò, in quanto *l'elemento differenziale tipico* [tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale] viene ad essere *non la predeterminazione o la predeterminabilità dei soggetti nei confronti dei quali sussiste l'obbligo, ma la fonte, contrattuale o meno, di quell'obbligo*⁷⁰.

La giurisprudenza della Suprema Corte, peraltro, è costante nel ribadire che in ipotesi di responsabilità precontrattuale la liquidazione del danno va operata tenendo conto delle caratteristiche di detta responsabilità, talché non possono essere risarciti i danni che sarebbero derivati dall'inadempimento del contratto, *atteso che quest'ultimo non si*

⁶⁸ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 1996, n. 2057, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 348 e in *Foro it.* 1996, I, 2065.

⁶⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, in *Urbanistica e appalti* 2000, 1249 con nota di BUSATTA.

⁷⁰ Cfr., Cass, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4039, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 5



è concluso e che l'interesse leso - cioè l'affidamento - consiste nel cosiddetto "interesse negativo", da intendersi come *l'id quod interest contractus initum non fuisset*, contrapposto all'interesse positivo all'adempimento. Il danno così delimitato comprende le spese inutilmente sopportate in vista della conclusione del contratto <danno emergente>, e la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione - con altri soggetti - di un contratto altrettanto vantaggioso <lucri cessante>⁷¹.

La Suprema Corte è costante nel suo orientamento ad includere nel danno risarcibile anche il pregiudizio economico derivante dalla rinuncia a stipulare un contratto avente contenuto non necessariamente simile o identico, ma anche del tutto diverso rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative⁷²,

Quanto alla *culpa in contraendo*, la Corte, nella decisione del 23 febbraio 2005, ribadisce che le condizioni per la sua sussistenza – ex artt. 1337 e 1338 – sono: 1) l'esistenza di trattative che, per serietà e conclusione, abbiano determinato l'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto; 2) che durante le trattative stesse siano stati definiti gli elementi essenziali del contratto e che su di essi si sia raggiunto un sostanziale accordo; 3) che sia riscontrabile violazione della buona fede in senso oggettivo, intesa come lealtà di condotta verso la controparte, senza che vi sia necessità di dare particolare prova della mala fede o dell'intenzione di arrecare pregiudizio, talché il recesso dalle trattative non avvenga senza giusto motivo.

Per il Consiglio di Stato, la ricostruzione del rapporto tra p.a. precedente e privato come contatto sociale qualificato permette di delineare l'effettiva dimensione

⁷¹ Cfr., Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 4; e in *Vita not.* 2005, 977, (Classificazione: Obbligazioni e contratti - Trattative e responsabilità precontrattuale - Danno risarcibile - Liquidazione - Applicabilità dell'art. 1223 c.c. - Conseguente spettanza del danno emergente e del lucro cessante - Peculiarità della responsabilità precontrattuale – Criteri). *In tema di responsabilità precontrattuale la liquidazione del danno va operata applicando l'art. 1223 c.c., essendo pertanto riconoscibili sia il danno emergente, sia quello da lucro cessante. La liquidazione deve, peraltro, avvenire tenendo conto delle caratteristiche di detta responsabilità, onde non possono essere risarciti i danni che sarebbero derivati dall'inadempimento del contratto, atteso che quest'ultimo non si è concluso e che l'interesse leso - cioè l'affidamento - consiste nel cosiddetto "interesse negativo". Il danno per lucro cessante può essere costituito anche dal pregiudizio economico derivante dalla rinuncia alla stipulazione di un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello per cui si sono svolte le trattative, tenuto conto che l'art. 1337 c.c. tutela non tanto l'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla iniziata, con conseguente perdita di occasioni favorevoli.*

⁷²Cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 483: “La responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c., coprendo nei limiti del cosiddetto interesse negativo tutte le conseguenze immediate e dirette della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 1223 e 2056 c.c., si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalla rinuncia 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, che ha lasciato cadere le dette trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse”.



dell'eventuale danno ingiusto, in quanto i comportamenti positivi e negativi della p.a., parametrati sulle regole (generali e speciali) che governano il procedimento amministrativo, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mercé l'intermediazione del procedimento stesso, di talché il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile ed all'onere della prova dell'imputazione soggettiva⁷³.

Ne deriva un pieno ed autonomo configurarsi del momento del risarcimento del danno⁷⁴.

Infatti, il risarcimento della lesione subita dal privato per violazione, da parte della p. a., dell'art. 1337 c. c. viene valutato autonomamente per la salvaguardia dell'affidamento ingenerato con la sua partecipazione alla selezione pubblica.

E la responsabilità precontrattuale della p. a. viene ad essere ridefinita nei termini di responsabilità da *contratto amministrativo qualificato*: "Deve (...) trovare riconoscimento, nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata, quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra Amministrazione e privato (nel caso specifico, partecipante ad una selezione pubblica), prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, che può anche qualificarsi, secondo la prospettazione, in parte condivisibile, di una recente tesi dottrinale, in termini di responsabilità da "contatto amministrativo" qualificato. Il principio dell'affidamento, che esprime l'obbligo di correttezza e di buona fede (in senso oggettivo) nei rapporti tra P.A. e cittadino, dalla sua prima connotazione nel senso del tendenziale "non venire *contra factum proprium*", si sviluppa così fino a trovare applicazione all'interno del procedimento; il che appare del resto naturale ove si consideri che il nucleo nozionale dell'interesse legittimo, anche nella sua versione più formale, consiste proprio nella *pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa*. La violazione di tale pretesa (con valenza di reciprocità) genera di per sé un obbligo risarcitorio, a prescindere dal fatto che si verta in presenza di un'attività discrezionale, ovvero vincolata, e dunque a prescindere anche dall'accertamento della spettanza del bene della vita, oggetto di tutela, peraltro di non agevole enucleazione, nella prospettiva dell'utilità finale. Circa la misura del risarcimento, è opportuno evidenziare come detta *responsabilità da contatto*, nei termini sopra descritti, sia *funzionalmente omogenea alla responsabilità*

⁷³ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239 in *Foro amm.* 2001, 2008.

⁷⁴ Sul risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale della p. a., cfr. F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, 80.



precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., finora ravvisata in giurisprudenza in ipotesi simili a quelle rientranti nella tipica casistica civilistica (si vedano, a titolo di esempio, T.A.R. Lombardia, Sez. III, 9/3/2000, n. 1869, e 31/7/2000, n. 5130), e che comunque potrebbe utilmente essere invocata, per la sua specificità, solo in presenza di un'attività diretta alla stipulazione di un contratto. Tale indicazione, al di là delle importanti conseguenze sistematiche che il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo ha imposto alla tematica della responsabilità precontrattuale della P.A., a parere del Collegio vale anche a circoscrivere il risarcimento, in caso di responsabilità da contatto, nei limiti del c.d. *interesse negativo*, identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, ed invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell'occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi (in termini T.A.R. Sardegna, 17/2/1999, n. 169). Merita osservare ancora come la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile solamente nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, d'altro canto scongiura il rischio di una iperprotezione della ricorrente, nell'ipotesi in cui questa, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento⁷⁵.

Talché, a prescindere dalla sussistenza di un ambito di attività discrezionale e persino dall'accertamento della "spettanza del bene della vita", l'obbligo risarcitorio è originato dalla violazione dell'affidamento del privato. Tale affidamento, coincidendo, di fatto, con la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, viene a costituire, nella fattispecie, il nucleo concreto della stessa nozione di interesse legittimo⁷⁶.

Alla tutela dell'affidamento del privato corrisponde, dunque, specularmente, l'obbligo di buona fede oggettiva e di correttezza nelle trattative cui è tenuta anche la pubblica amministrazione.

In tal senso il Consiglio di Stato: "Poiché la mancanza di fondi costituisce una circostanza oggettivamente impeditiva della realizzazione dell'opera, il principio di correttezza esige che, nel momento in cui è stato accertato o poteva essere accertato il venir meno della copertura finanziaria, il Ministero dei lavori pubblici disponesse il rinvio della gara. Ma il Ministero non ha adottato alcuna iniziativa in questo senso e, in particolare, non ha informato della carenza di fondi il Consorzio S..., tenuto a svolgere le funzioni di stazione appaltante (art.11 della convenzione), neppure quando questo, con nota del 14 novembre 1995, comunicava l'intento di procedere "alla fase realizzativa, tramite indizione della gara di appalto, nei modi concordati e ai sensi delle

⁷⁵ Cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Dir. & Formazione* 2001, 336 e in *Urbanistica e appalti* 2001, 1226.

⁷⁶ Cfr., E. ROLANDO, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 752.



norme vigenti in materia". Siffatto comportamento, del quale non è stata fornita alcuna giustificazione, concreta una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali e, per conseguenza, determina il configurarsi, a carico del Ministero, della responsabilità di cui al citato art. 1337 c. c. nei confronti della società appellante, che, per parte sua, ha partecipato alla gara avendo pieno titolo a confidare sulla affidabilità degli atti di gara, adottati dal concessionario in nome e per conto del Ministero (art.10 della convenzione 27 dicembre 1990 e atto aggiuntivo del 15 luglio 1991). Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente "interesse contrattuale negativo"⁷⁷.

La stessa ingiustizia del danno, richiesta, per norma, come presupposto parimenti necessario deriva quindi dalla violazione del principio di buona fede operata dalla p. a. nella conduzione del procedimento.

Ne consegue che il giudice non porrà attenzione all'interesse soggettivo all'acquisizione del bene cui tende il privato, ma procederà all'obiettiva analisi dei comportamenti di entrambe le parti contraenti: quella pubblica e quella privata, perfettamente equiparate nella soggezione alle citate norme del codice civile.

8. Anche la quantificazione del danno è conforme alla nozione delineata di responsabilità precontrattuale⁷⁸. Essa, come si è già osservato, è connessa essenzialmente al c.d. interesse negativo, per cui sarà valutato il danno emergente, derivante dalle spese sostenute per partecipare alla gara, e il lucro cessante, conseguente alla perdita dell'opportunità di partecipare ad altre procedure di concorso.

⁷⁷ Cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Dir. e Formazione*, 2003, 1054.

⁷⁸ Per GIAMMARINO, l'indennizzabilità del pregiudizio economico "non va ricercata nelle norme sul procedimento amministrativo, ma nel codice civile, nelle norme sulla fase precontrattuale. In questa fase, la norma dell'art. 2043 c.c. cede alla norma dell'art. 1337 c.c. (sulla responsabilità delle parti nelle trattative che precedono il contratto, ma che possono anche non avere esito in un atto costitutivo di effetti giuridici. L'obbligo di ciascuna parte non è quello di concludere il contratto, dato che un obbligo di tale specie nasce solo (art. 2932 c.c.) se la parte vi si assoggetta con un apposito patto (art. 1351 c.c.): è l'obbligo della correttezza nello svolgimento delle trattative. Dato che l'obbligo ex art. 1337 c.c. non può in alcun modo incidere la libertà di decidere se arrivare o no alla stipula del contratto, la sua violazione comporta la risarcibilità del c.d. interesse negativo (a non impegnarsi in trattative inutili) (17) e non della perdita dei vantaggi conseguibili col contratto". (Cfr. L. GIAMMARINO, *Strumenti di tutela dell'impresa partecipante alla gara di appalto pubblico*. Nota a trib. Rovereto, 17/7/98, in *Giur. Merito*, 1999, 370).



Taluno rileva che la lesione dell'affidamento del soggetto privato nella correttezza del comportamento della p. a. non è suscettibile di un'agevole quantificazione patrimoniale, va quindi valutata in stretta connessione con la specificità dell'ambito in cui è stata prodotta.

Per la giurisprudenza la responsabilità precontrattuale della p. a. si concretizza essenzialmente in due ipotesi: nel procedimento ad evidenza pubblica propedeutico alla stipula di un contratto, o in una procedura concorsuale: talché, la lesione dell'affidamento può essere adeguatamente apprezzata solo rapportandola al caso concreto.

Parte della dottrina ritiene meglio determinabile il valore patrimoniale del danno in discorso se lo si prospetta come derivante da perdita di *chance*, nella convinzione che solo in tal modo si possa attribuire una adeguata valenza patrimoniale alla *culpa in contrahendo* imputabile alla p. a.: tale opinione giunge anche a ravvisare nella nozione di danno da perdita di *chance* la principale categoria risarcitoria in ambito di responsabilità precontrattuale da contatto amministrativo⁷⁹.

Così, in proposito, un Tribunale Amministrativo Regionale: "L'adozione di una procedura anomala e la conseguente perdita per la ricorrente della possibilità di aggiudicarsi la gara costituisce una perdita di *chance* risarcibile alla stregua dei principi enunciati nella sentenza della Cass. n. 500/99/S.U., secondo cui anche la lesione dell'interesse legittimo è fonte di responsabilità aquiliana, qualora lo stesso sia correlato ad un interesse sostanzialmente meritevole di tutela secondo l'ordinamento"⁸⁰.

La perdita di *chance* costituirebbe, quindi, un danno emergente dal valore patrimoniale quantificabile e corrispondente alla perdita dell'opportunità o della possibilità di conseguire tale risultato, in quanto la *chance* va considerata *una ricchezza suscettibile di valutazione patrimoniale facente parte del patrimonio dell'individuo*.

Peraltro la *chance*, comunemente intesa come la semplice speranza o possibilità di conseguire un risultato favorevole, è cosa ben diversa dal risultato sperato cui si tende.

Diversa opinione individua nel danno da *chance* un'ipotesi di lucro cessante, in quanto essa non è un valore già disponibile per il soggetto, bensì un possibile, futuro guadagno⁸¹.

La giurisprudenza ha provveduto, per taluno correttamente⁸², a negare l'accostamento del danno da responsabilità precontrattuale al danno da perdita di *chance*: "La pretesa dell'Amministrazione di rispondere del danno solo nella misura della perdita di *chance* e delle spese sopportate dalla parte danneggiata non può essere accolta. La tesi,

⁷⁹ Sul tema, cfr. Cfr. M. B. DUPUIS, *Responsabilità precontrattuale*, in P. GAROFOLI - A. LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, t. II, Milano, 2005, p. 727 s.

⁸⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 23 dicembre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, 310 con nota di CARBONE.

⁸¹ Cfr. M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di "chance"*, in *Riv. Giur. Circolaz. e Trasp.*, 2000, 662.

⁸² Cfr. M. B. DUPUIS, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 727.



invero, presuppone l'inquadramento sistematico della responsabilità per danno da atto amministrativo illegittimo nella figura della responsabilità precontrattuale, che si risolve nel diritto al risarcimento nei limiti del c.d. interesse negativo, ma tale ricostruzione si pone in contrasto con l'indirizzo seguito in proposito dalla più autorevole e recente giurisprudenza. La sentenza n. 500 del 1999, della Corte di Cassazione a SS. UU., ha affermato, come è noto, che, quando sia arrecato un danno non *jure*, ossia inferto in assenza di una causa di giustificazione, ad una posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento meritevole di tutela, indipendentemente dalla qualificazione della stessa in termini di diritto soggettivo, il danneggiato può invocare a suo favore l'applicazione dell'art. 2043 c.c., qualificato come "norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui." All'applicabilità dell'art. 2043 c.c. alla lesione dell'interesse legittimo consegue, evidentemente, che la valutazione del danno risarcibile sia effettuata ai sensi dell'art. 2056 c.c., e quindi, deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, a norma dell'art. 1223 c.c. Va anzi aggiunto che la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239) ha colto alcune peculiarità della responsabilità della p.a. per ingiusta lesione di interessi legittimi, individuando l'esistenza di profili *sui generis* che ne consentirebbero, in taluni casi, l'accostamento alla responsabilità per inadempimento contrattuale. Si è osservato, infatti, che la responsabilità aquiliana presuppone, di regola, una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia derivante da condotte di soggetti non legati da una precedente relazione giuridica, mentre la vicenda procedimentale destinata a concludersi con il provvedimento che amplia la sfera giuridica del privato è caratterizzata dallo svolgimento di un complesso rapporto amministrativo, nel quale sono individuabili particolari obblighi di comportamento del soggetto pubblico. La tesi sembra assai attendibile nelle ipotesi - come quella in esame - nelle quali, ove non avesse adottato un illegittimo provvedimento di aggiudicazione, l'Amministrazione non avrebbe potuto esimersi dall'attribuire il *bonum* al soggetto richiedente, secondo uno schema logico assimilabile all'adempimento. Può ritenersi accertato, quindi, che al titolare dell'interesse legittimo leso non *jure* spetta il risarcimento per tutti i danni che siano conseguenza diretta dell'atto illegittimo⁸³.

In altra decisione, il danno da perdita di *chance* è collegato alla responsabilità precontrattuale della p.a., oltre che alla violazione del dovere di buona fede e degli obblighi di informazione e di avviso: *In caso di gara pubblica il ricorrente può invocare il rispetto delle regole sulla responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. qualora l'amministrazione abbia introdotto una regola di verifica della anomalia delle offerte solo successivamente. La mera possibilità dell'aggiudicazione configura esclusivamente il danno da "perdita di chance" quantificabile nelle spese di partecipazione alla gara oppure nella differenza fra l'utile*

⁸³ Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, in *Riv. trim. appalti* 2003, 213, con nota di CIAGLIA.



presuntivamente ricavabile dal contratto e un coefficiente, determinato dalle parti, di probabilità dell'aggiudicazione (nella specie il tribunale ha fissato la somma dovuta al ricorrente vittorioso nella misura del 3% del costo complessivo del servizio)⁸⁴.

E sul danno da perdita di *chance*⁸⁵, così la Suprema Corte: “Nel caso in cui sia stata introdotta, davanti al giudice ordinario, in un giudizio pendente alla data del 30 giugno 1998, una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della p.a. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica, questi dovrà (1) accertare la sussistenza dell'evento dannoso denunciato, (2) stabilire se il danno sia qualificabile come ingiusto, in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento (a prescindere dalla qualificazione formale di esso come diritto soggettivo), (3) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della p.a., e, infine, (4) se l'evento dannoso sia imputabile a responsabilità della p.a. a titolo di dolo o di colpa. In particolare, ove il danno lamentato consista nella perdita di *chance*, se è vero che la sussistenza di esso si apprezza, secondo un calcolo di probabilità o per presunzione, *tuttavia tale giudizio probabilistico va ancorato a precise circostanze di fatto obiettivamente provate, e a positive regole di esperienza*⁸⁶.”

Per la giurisprudenza amministrativa è ammesso anche il risarcimento in forma specifica del danno in discorso, che offre al privato una possibilità meno aleatoria di verificare le opportunità di vincere la gara⁸⁷: *Premesso che la lesione dell'interesse legittimo consistente nella preclusione alla partecipazione ad una gara di appalto è risarcibile, in caso di impossibilità di reintegrazione in forma specifica, con una somma di denaro commisurata alla perdita di “chance”, non spetta il risarcimento del danno per equivalente laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica la “chance” di partecipare alla gara da rinnovarsi da parte dell'amministrazione, consentendo quindi la soddisfazione piena dell'interesse fatto valere*⁸⁸.

Sul presupposto dell'ingiustizia del danno era già intervenuta la Cassazione, nella decisione 500/1999, offrendo la sua definizione: “Agli effetti della risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si considera “ingiusto” il danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione (*non iure infectum*), che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito all'autore del fatto, perché lesivo di interessi giuridicamente tutelati (*in quanto comunque presi in considerazione da qualche norma di protezione*

⁸⁴ Cfr. T.A.R. Trentino-A. Adige Trento, 12/12/2002, n. 492, ined.

⁸⁵ Sul tema, cfr., R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 581, sulla “indimostrabilità della futura realizzazione della *chance*”. *Adde*: F. ELEFANTE, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione da attività provvedimentale*, cit., *passim*.

⁸⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 23/07/2002, n.10739, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Arch. Civ.*, 2003, 539.

⁸⁷ Peraltro, vi è chi ritiene tale forma di risarcimento più vantaggiosa per il soggetto privato, in quanto mirante al ripristino della situazione. In tal senso, A. LIBERATI, *Danno da perdita di chance*, in P. GAROFOLI - A. LIBERATI, *La responsabilità dalla pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, cit., p. 699.

⁸⁸ Cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Studium Juris* 2002, 671.



anche a fini diversi da quelli risarcitori), quale che sia la qualificazione formale di detti interessi e senza, in particolare, che ne sia determinante la strutturazione come diritti soggettivi perfetti⁸⁹”, differenziando l’interesse pretensivo della parte privata (il danno ingiusto dell’interesse legittimo pretensivo è ravvisabile dopo aver vagliato la consistenza della protezione che l’ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Tale valutazione implica un giudizio prognostico, da formulare in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell’istanza. Una mera aspettativa non è tutelabile mentre è tutelabile la situazione suscettiva di determinare affidamento circa la sua conclusione positiva), dall’interesse oppositivo: “Il risarcimento degli interessi legittimi c.d. oppositivi è stato ammesso dalla giurisprudenza della S.C., *trasfigurando gli stessi interessi in diritti soggettivi* e, relativamente agli interessi legittimi pretensivi, ricorrendo ai principi in tema di risarcimento dei danni conseguenti a reati, giusta l’art. 185 c.p., che non postula l’ingiustizia del danno⁹⁰”.

E, in più recente decisione: “Il diritto al risarcimento del danno ingiusto, lamentato per fatto della pubblica amministrazione è indipendente e autonomo, rispetto alla situazione soggettiva lesa, e ha natura di diritto soggettivo anche quando la lesione sia collegata a una precedente posizione di interesse legittimo. Ne segue, pertanto, che l’azione di risarcimento deve essere proposta davanti al giudice ordinario, fatta eccezione nei casi in cui nella materia rilevante sussista una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa ai diritti patrimoniali consequenziali⁹¹”.

La p. a. non è più imputabile di responsabilità precontrattuale nel momento della stipula del contratto. Per altra opinione, il limite temporale della responsabilità precontrattuale della p. a. va individuato invece nel momento dell’approvazione del contratto: in tale ipotesi l’approvazione va considerata come la condizione di un contratto vincolante, ma non ancora efficace. L’efficacia del contratto quindi costituirebbe il termine della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione⁹².

9. Successivamente alle modifiche del riparto tra le giurisdizioni che hanno devoluto alla competenza esclusiva del giudice amministrativo le controversie involgenti la responsabilità precontrattuale della p.a. nelle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture⁹³, i G. A. pervengono sostanzialmente a quelle conclusioni cui

⁸⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, n. 500/1999, cit.

⁹⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. unite, loc. u. cit.

⁹¹ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 24 settembre 2004, n.19200, in *Guida al Diritto*, 2004, 499.

⁹² Cfr. R. TOMMASI, *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 250.

⁹³ Cfr. l. n. 205 del 2000, che, peraltro, a parere delle Sezioni Unite, *nel devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno avuto riguardo alla sola fase pubblicistica dell’appalto, ha lasciato impregiudicata la giurisdizione*



erano già giunti, gradualmente e non senza fatica, le Corti civili, consolidando una serie di principi sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Oggi, dopo l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo⁹⁴, tali orientamenti devono essere rivisti alla luce della nuova disciplina.

Peraltro il nuovo Codice non affronta espressamente la questione della natura giuridica della responsabilità della p. a., tuttavia, l'art. 30, comma 2, con riferimento al risarcimento del *danno ingiusto*, richiama la figura della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. Talché per la dottrina, la *quaestio* della qualificazione della responsabilità della p. a. appare risolta.

La scelta operata dal legislatore non è priva di implicazioni rilevanti, anche di carattere processuale, a causa del diverso regime giuridico, nell'ordinamento italiano, della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. E ciò, sia per quanto attiene al termine di prescrizione dell'azione - dieci anni nella responsabilità contrattuale e cinque anni in quella aquiliana, ex artt. 2946 e 2947 c. c.- e all'onere della prova - dato che spetta al danneggiato provare la colpa o il dolo dell'autore del danno-, sia per quanto concerne la misura del risarcimento, esteso ora anche ai danni non prevedibili, e la natura del debito, non di valuta, ma di valore, col conseguente diritto alla rivalutazione monetaria e agli interessi legali.

L'art. 30 del nuovo Codice del processo amministrativo attribuisce in via generale la giurisdizione sulle controversie risarcitorie al giudice amministrativo, residuando la giurisdizione del giudice ordinario solo in relazione alla lesione di quelle posizioni giuridiche di diritto soggettivo non connesse all'esercizio di un potere autoritativo da parte della p. a.

Ma la nuova disciplina interviene anche sulla problematica della pregiudiziale amministrativa, che vedeva, sinora, il contrasto giurisprudenziale tra l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il cui favor era rivolto a detta pregiudiziale⁹⁵, e l'orientamento del

del giudice ordinario in ordine alla successiva fase dell'esecuzione del rapporto negoziale (cfr. Cass., S.U., 28.12.2007, n. 27169; Cass., S.U., 18.07.2008, n. 19805; Cass., S.U., 30.07, 2008, n. 20596).

⁹⁴ D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in *G.U.*, 7 luglio 2010, n. 156.

⁹⁵ Cfr., sul tema, A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, 2008, III, 1, laddove si afferma che: "I comportamenti della P.A. che esulano dalla giurisdizione amministrativa esclusiva non sono tutti i comportamenti, ma solo quelli che, tenuto conto dei riferimenti formali e fattuali di ogni concreta fattispecie, non risultano riconducibili all'esercizio di un pubblico potere; altrimenti detto, quando può affermarsi che nella specie sia rilevabile un obiettivo e non meramente intenzionale svolgersi di un'attività amministrativa costituente esercizio di un potere astrattamente riconosciuto alla pubblica amministrazione o ai soggetti ad essa equiparati, sussiste ogni elemento sufficiente ad affermare la giurisdizione amministrativa. Caratterizzante, perciò, non è la legittimità dell'esercizio del potere, che, se fosse richiesta, finirebbe per privare di causa la tutela appunto prevista per i casi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, né lo è il maggiore o minore spessore della illegittimità ovvero della situazione giuridica tutelata; caratterizzante è,



tutto opposto delle Sezioni Unite⁹⁶: anche in una recente pronuncia il Supremo Consesso aveva confermato, invece, il superamento della stessa pregiudizialità, affermando che nel processo amministrativo, così come in quello civile, l'azione di risarcimento del danno “*costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse*”^e, pertanto, “*spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale tutela fare ricorso*”⁹⁷. La Corte ha precisato, altresì, che “*la teoria della pregiudizialità amministrativa*

invece, la mera emersione di un agire causalmente riferibile ad una funzione che per legge appartenga all'amministrazione agente e che per legge questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta.” Talché: “*l'istituto della pregiudizialità amministrativa nei suoi rapporti con la tutela risarcitoria degli interessi legittimi si presenta oggi come questione rilevante e di particolare importanza. Essa si presterà dunque ad essere discussa dalle Sezioni Unite in vista della enunciazione di un apposito principio di diritto, in applicazione dell'art. 363 c.p.c., come già è stato fatto in tema di giurisdizione con la sentenza 28 dicembre 2007 n. 27187, se ne risulterà dimostrato che si tratta di questione che rientra nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, cui l'art. 111, ultimo comma, Cost., assoggetta anche le decisioni del Consiglio di Stato e che l'art. 374, comma 1, in relazione all'art. 362, comma 1, c.p.c., attribuisce alla Corte di cassazione a Sezioni Unite, attraverso il mezzo del ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione*”.

⁹⁶ L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 385. *Adde*: V. FANTI, *La rivoluzione operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 145 ss.; P. CARPENTIERI, *Il nuovo riparto di giurisdizione*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2760 ss.

⁹⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Giust. civ. Mass.* 2008, 12, 1831; in *Foro amm. CDS*, 2008, 10, 2639, con nota di SATTA; in *Dir. & Giust.*, 2009, con nota di P. PATRITO, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 2, 427, in *Foro it.* 2009, 3, I, 731, con nota di PALMIERI; in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3268; in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 460, con nota di GRECO; in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 15; in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 6, I, 1331; in *Foro it.*, 2009, 3, I, 731, con nota di Palmieri; in *Guida, al dir.* 2009, 4, 64, con nota di FORLENZA; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 6, 1310, con nota di PATRITO; in *Foro it.* 2009, 10, I, 2721, con nota di PAGNI. [Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Art. 7 l. n. 205 del 2000 - Attività provvedimento illegittimo della P.A. - Assenza di impugnazione pregiudiziale del provvedimento illegittimo - Domanda risarcitoria autonoma del privato dinanzi al giudice amministrativo - Ammissibilità - Termine di decadenza per l'azione di annullamento - Applicabilità alla domanda risarcitoria - Esclusione - Conseguenze in caso di decisione in senso diverso del giudice amministrativo - Sindacabilità da parte delle Sezioni Unite per motivi attinenti alla giurisdizione - Rifiuto della giurisdizione - Sussistenza.]: *Proposta al g.a. domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del g.a. che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. L'attribuzione al g.a. della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al g.o. e, per altro verso, che spetta, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela (ad es., quella demolitoria), scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito (principio di diritto*



affonda la sua origine in presupposti che l'attuale stadio di evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi mostra non essere più riferibili all'intero spettro di questa...Diversi indici normativi testimoniano della trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto: ciò che è stato puntualmente messo in rilievo dalla dottrina, in riferimento all'impugnazione, con motivi aggiunti, dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso (ex art. 21, comma 1, legge TAR, così come modificato dall'art. 1 della legge 205/2000); riguardo al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (ex art. 21-octies, comma 1, della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 21-bis della l. 11 febbraio 2005, n. 15); e al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio (ex art. 2, comma 5, della l. n. 241/1990, così come modificato dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, in sede di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35⁹⁸).

Dello stesso tenore anche la pronuncia del 2 luglio 2010, che ha cassato la pronuncia – di opposto orientamento - con la quale il Consiglio di Stato aveva respinto una domanda di risarcimento, ritenuto inammissibile il ricorso impugnatorio cui accedeva: “Allorquando il g.a. rifiuta di esercitare la giurisdizione, la sua decisione, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle Sezioni Unite quale giudice del riparto della giurisdizione, se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti.”⁹⁹

Apparentemente il nuovo Codice del processo amministrativo risolve la contrastata questione della pregiudiziale amministrativa con l'aderire alla tesi della S. C., giusta la previsione dell'art. 7, comma 4, in base alla quale l'azione risarcitoria può essere esercitata anche autonomamente¹⁰⁰. Ma tale previsione va letta in combinato disposto con quella del successivo art. 30 [commi 3 e 5], che stabilisce per le domande di

enunciato dalle S.U. nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c.). le Sezioni Unite della S. C. confermano l'orientamento già espresso con le ordinanze nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006, precisando che

⁹⁸L. 14 maggio 2005, n. 80 [Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Delegha al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali], pubbl. in G. U. n. 111 del 14 maggio 2005 – S. O. n. 91.

⁹⁹ Cass. civ., Sez. Un., 2 luglio 2010, n. 15689, in *Giur. it.*, 2010, 730.

¹⁰⁰ Cfr. D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, cit., art. 7, c.4: *Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle Pubbliche Amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.*



risarcimento proposte in via autonoma – quindi senza adire prima il g. a.- un termine assai breve di 120 giorni, decorrenti dalla data del fatto o della sua conoscenza; mentre per le domande da proporre dopo l'azione di annullamento il termine per l'azione di risarcimento si dilata a cinque anni decorrenti dal passaggio in giudicato della relativa sentenza: tanto, con un chiaro effetto disincentivante per le azioni proposte in via autonoma, libere da qualsiasi obbligo connesso con una residuale pregiudiziale amministrativa.

Ma l'effetto dissuasivo del provvedimento di legge è accresciuto dalla previsione di cui all'art. 30, c. 3, secondo accapo: *Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.* Talché – a lato dei dubbi riguardanti la costituzionalità della norma - forse con giusta ragione taluno ha osservato che *la pregiudiziale amministrativa è formalmente negata, ma in realtà essa vive nella sostanza e svuota di effettivo contenuto il principio dell'autonomia dell'azione risarcitoria da quella di annullamento*¹⁰¹.

¹⁰¹L'espressione - che riecheggia quella di Maitland, riguardante le *forms of action* che continuano *to rule us from their graves* – è tratta da G. PALLIGIANO-U. G. ZINGALES, *IL codice del nuovo processo amministrativo*, Milano, 2010, 59. Altra opinione osserva che il provvedimento che introduce l'azione risarcitoria autonoma, assoggettandola a un termine di decadenza di soli 120 giorni ed esponendola alla "ritorsione" della mancata attivazione dei rimedi cassatori contro il provvedimento non aggiunge quasi nulla alla vera tutela del cittadino, ma ingarbuglia soltanto la linearità dei concetti della dogmatica. (Cfr. P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 884).