

Premessi cenni sugli obblighi delle parti nel procedimento di formazione del contratto, si esamini la responsabilità precontrattuale della p.a.

Il contratto è l'accordo di due o più parti finalizzato alla regolamentazione di un rapporto giuridico patrimoniale: in quanto negozio giuridico, esige che le parti si determinino con volontarietà e consapevolezza non solo alla stipulazione dell'atto ma anche alla determinazione dell'effetto che, a differenza degli atti giuridici in senso stretto, è rimesso all'autonomia dei contraenti.

Pertanto, l'ordinamento si premura di predisporre gli strumenti idonei alla costruzione di una volontà effettiva delle parti, onerando le stesse di una serie di obblighi reciproci in fase di formazione del contratto, che garantiscano l'adesione consapevole al regolamento negoziale.

Il Codice Civile impiega non casualmente il termine "accordo": in ambito musicale, esso è la combinazione armonica di più suoni emessi simultaneamente, dunque è d'uopo ritenere che perché vi sia accordo, i suoni debbano essere consonanti come le volontà simmetriche.

In alcuni casi, è il Legislatore speciale ad individuare specifici obblighi a carico delle parti, laddove il rapporto tra le stesse sia per natura asimmetrico, come nei contratti tra professionista e consumatore o tra professionisti, di cui uno sia parte debole.

Si pensi agli obblighi di informazione a vantaggio del consumatore di cui agli artt. 6 ss. e 13 ss. d.lgs. n. 206/2005, gli artt. 49 e 48 del medesimo Codice in tema di informazioni precontrattuali rispettivamente nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, e diversi da essi, o ancora gli artt. 67 quater ss. relativamente ai servizi finanziari.

Si considerino, inoltre, l'art. 131 d.lgs. n. 209/2005, nonché l'art. 124 d.lgs. n. 385/93 che obbliga il finanziatore o l'intermediario del credito a fornire al consumatore, prima che sia vincolato da un contratto, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte sul mercato e, dunque, assumere una decisione informata e consapevole alla stipulazione del negozio.

Non da ultimo, l'art. 21 d.lgs. n. 58/98 prevede a carico degli intermediari finanziari una serie di obblighi non solo di informazione ma anche di trasparenza, di clare loqui e di salvaguardia dei diritti dei clienti.

Ma al di là della disciplina di settore, in cui è l'asimmetria ontologica tra le parti a giustificare la specifica disciplina, anche nel "primo contratto" il Legislatore regola una serie di rimedi tesi a riequilibrare un rapporto naturalmente tra pari, ma che degenera nello squilibrio a causa di una condotta scorretta di una parte in danno dell'altra: nell'ipotesi dei vizi della volontà, ad esempio, sanziona con l'annullabilità un comportamento non conforme alle regole di solidarietà; in altri casi prevede l'inefficacia a fronte dell'inserzione di clausole vessatorie ex art. 1341 c.c., o in altri casi ancora, dispone il rimedio risarcitorio, come si evince dall'art. 1338 c.c.

Le parti non sono, però, vincolate esclusivamente ad obblighi di fonte legale ma, come si coglie da un'interpretazione estensiva dell'art. 1374 c.c., anche ad obblighi immanenti all'ordinamento giuridico, ancorati al principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e alla clausola generale di buona fede.

Dall'analisi delle disposizioni del Codice Civile è facile cogliere come in ogni fase del contratto, dalla trattativa all'esecuzione, alle parti sia richiesta una condotta corretta e conforme al principio di buona fede oggettiva.

Ciò posto, è necessario, però, evidenziare che è proprio con riguardo alla fase della formazione del contratto che sono emersi in dottrina i maggiori profili di criticità.

Una volta stipulato il contratto, infatti, è agevole ritenere che una condotta scorretta integri una condotta non diligente e, dunque, sia fonte di responsabilità ex art. 1218 c.c.

Viceversa, nell'ambito delle trattative non sussiste tra le parti alcun vincolo contrattuale, pertanto è emersa la difficoltà non solo di rinvenire la fonte di tale obbligo ma anche di individuarne il rimedio a fronte della sua violazione.

L'art. 1337 c.c., rubricato "trattative e responsabilità precontrattuale" dispone che le parti siano obbligate a comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

La norma, in quanto clausola generale, è indeterminata e dai confini potenzialmente indefiniti, in quanto demanda all'interprete il compito di individuarne il contenuto: l'art. 1338 c.c., infatti, ne costituisce soltanto una delle ipotesi applicative.

D'altronde la scelta del Legislatore è stata consapevolmente orientata in tal senso: nei lavori preparatori al Codice Civile emerse, infatti, la proposta di codificare in modo puntuale clausole e principi generali, ma la soluzione non fu accolta in quanto

un'elencazione tassativa di condotte contrarie a buona fede avrebbe ingabbiato l'interprete, contravvenendo alla stessa natura di clausola generale, che proprio in quanto tale, deve essere suscettibile di applicazione generalizzata.

Di conseguenza, il comportamento corretto richiesto dalla norma può declinarsi nelle più varie forme con l'unico limite dell'apprezzabile sacrificio.

Mentre, però, quando fonti delle obbligazioni siano il contratto o il fatto illecito, l'interprete è in parte comunque orientato nella valutazione dello standard comportamentale esigibile, in quanto parametrato alla figura del contraente o del danneggiante, nel caso della responsabilità precontrattuale, colui che è parte delle trattative si colloca, piuttosto, in una posizione intermedia ai confini tra contratto e torto.

E', infatti, proprio alla luce di tale assunto che la Corte di Cassazione, confermando nel 2016 un orientamento in progressiva ascesa, ha configurato la responsabilità precontrattuale, nello specifico della Pubblica Amministrazione, come responsabilità da "contatto sociale qualificato".

Tale posizione rappresenta, però, un approdo recente della giurisprudenza italiana, sebbene la teoria del contatto sociale sia sorta in Germania proprio con riguardo alla responsabilità precontrattuale.

In passato si riteneva, infatti, che il comportamento scorretto di una parte nella formazione del contratto, non potendo rinvenire la propria fonte nel negozio, integrasse piuttosto una condotta illecita ex art. 2043 c.c.

E' stato, però, osservato che la relazione tra due soggetti in fase di trattativa non possa essere parificata a quella di soggetti che interagiscono esclusivamente nel momento della verifica dell'illecito.

Lo testimonia anche la scelta lessicale del Codice Civile: mentre nell'art. 2043 c.c. il Legislatore adopera i termini "altri", "colui", nell'art. 1337 c.c. impiega, viceversa, il termine "parti", da ciò desumendosi che pur non essendo ancora parti di un contratto, sono comunque parti di un rapporto giuridico che preesiste all'illecito e che, dunque, è difficilmente conciliabile con la responsabilità del "passante".

Per questi motivi, la giurisprudenza della Cassazione ha individuato nel contatto sociale qualificato e dunque in ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., la fonte dell'obbligo ex art. 1337 c.c.

La soluzione proposta dalla Suprema Corte è stata, però, criticata da quanti hanno sostenuto che anche nella condotta di chi cagioni un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. sarebbe in astratto ravvisabile un comportamento contrario al dovere di solidarietà

sociale e dunque, se così fosse, l'ambito di operatività della responsabilità aquiliana sarebbe ricondotto a mere ipotesi residuali, con conseguente notevole espansione delle maglie dell'art. 1218 c.c.

In risposta, è stato, però, osservato che il contatto idoneo a far sorgere l'obbligazione di comportamento conforme a buona fede, non è un generico contatto sociale, bensì un contatto sociale "qualificato" dallo scopo dell'attività, nonché dall'affidamento ingenerato nella controparte, che può essere tanto conseguenza dello stato di avanzamento delle trattative, quanto dalla qualifica ricoperta da una delle parti.

Trattasi, quindi, non di obblighi di prestazione in senso stretto, ma di obblighi di protezione, di sorveglianza, di informazione, in cui si declina il dovere di cui all'art. 2 Cost.

Si pensi agli obblighi gravanti sull'insegnante in caso di autolesioni dell'alunno o sul medico nei confronti del paziente, al quale non sia legato da contratto d'opera professionale, o ancora agli obblighi gravanti sulla Pubblica Amministrazione.

Con riguardo a tale ultima ipotesi, è opportuno rilevare che con riferimento alla responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, la dottrina suole distinguere tra responsabilità "pura", che si configura a fronte di una condotta della P.A. contraria a buona fede, e una responsabilità "spuria", conseguente all'emanazione di un provvedimento illegittimo o ad una condotta inerte.

Quest'ultima forma di responsabilità, invero, non integra propriamente gli estremi della responsabilità precontrattuale, quanto piuttosto di quella aquiliana ex art. 2043 c.c.; viceversa, solo la responsabilità "pura" è conseguenza della violazione dell'art. 1337 c.c.

Ciò premesso, giova evidenziare che la questione è da lungo tempo controversa sia nella giurisprudenza civile che amministrativa, attesa la peculiare natura del soggetto pubblico, che inevitabilmente risente del contesto socio-politico di riferimento: la radicale supremazia dell'autorità amministrativa nel rapporto con i cittadini, in passato, rendeva ipotizzabile una responsabilità precontrattuale esclusivamente nel contesto dell'agere privatistico della P.A.

Diversamente, in ambito pubblicistico, la configurabilità della stessa era necessariamente preclusa, sia in quanto vigeva una presunzione di legittimità degli atti amministrativi, sia in quanto era radicata la convinzione che il privato non potesse maturare un affidamento legittimo in ordine al pubblico potere, di cui la sola Amministrazione era detentrica e alla cui discrezionalità ne era demandato l'esercizio, salvi i casi di potere vincolato.

Fu, invero, nel settore dei contratti pubblici che iniziò a farsi strada un orientamento incline ad ammettere una responsabilità precontrattuale anche quando ad essere coinvolto fosse l'esercizio di un pubblico potere, dapprima solo quando la gara si declinasse nelle sole forme della trattativa privata, oggi estesa invece in modo generalizzato.

E ciò in quanto ad essere mutata è indubbiamente la concezione stessa di Amministrazione: le recenti riforme muovono sempre più nella direzione di tutelare l'affidamento del privato, precludendo un esercizio arbitrario del potere pubblico.

Ne sia conferma la L. n. 124/2015 che ha apportato numerosi cambiamenti alla legge sul procedimento amministrativo, soprattutto in un'ottica garantista per il privato: si consideri, ad esempio, la previsione del termine decadenziale di cui all'art. 21 nonies L. n. 241/90 per l'esercizio del potere di autotutela.

Così come anche la giurisprudenza amministrativa è ormai orientata da tempo verso la massima satisfattività della tutela dei cittadini, scardinando progressivamente tutti i dogmi che connotavano di peculiarità l'originario processo dinanzi al G.A.: dall'atipicità delle azioni e delle misure cautelari al divieto della prassi dell'assorbimento, dal rispetto dell'ordine di esame dei motivi di ricorso alla consumazione di quello che in passato era un inesauribile potere amministrativo.

Dunque, l'esercizio del potere pubblico è ora limitato non più esclusivamente dalla legge ma anche in concreto dall'affidamento ingenerato nei privati che incolpevolmente confidano nella qualifica, nelle competenze e nel corretto operato della Pubblica Amministrazione.

Alla luce del nuovo rapporto amministrativo, le regole procedurali di cui alla L. n. 241/90 rappresentano la declinazione dello standard esigibile dalla P.A. e nel quale il privato ripone il proprio affidamento, attesa la natura del soggetto pubblico che "qualifica" il contatto sociale.

Se, dunque, la responsabilità "spuria" consegue alla lesione di un interesse legittimo oppositivo o pretensivo connesso al bene della vita che il privato intende preservare o al quale aspira, la responsabilità precontrattuale "pura", invece, è la conseguenza di un comportamento della P.A. contrario a buona fede, lesivo del legittimo affidamento del privato.

Ciò posto, giova rilevare che prima della pronuncia della Corte di Cassazione del 2016, entrambe le forme di responsabilità erano riconducibili al modello aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. , con l'unica differenza che mentre il modello di responsabilità pura si inquadrava nell'ampia categoria della mera responsabilità soggettiva, il

modello spurio era configurabile, piuttosto, come fattispecie di responsabilità soggettiva presunta, atteso che l'illegittimità del provvedimento costituiva indice presuntivo della colpa della P.A., vincibile mediante prova dell'errore scusabile.

Alla luce della nuova elaborazione giurisprudenziale, però, la responsabilità precontrattuale pura è stata qualificata come conseguenza dell'inadempimento di pregressa obbligazione sorta in forza di un contatto sociale qualificato, e dunque ricondotta nell'alveo dell'art. 1218 c.c.

Come rilevato da attenta dottrina, pur equivalendosi ora sul piano probatorio in quanto la presunzione di colpa è naturalmente connaturata alla responsabilità contrattuale, la disciplina risulta profondamente diversificata.

Se, infatti, prima della sentenza della Suprema Corte la distinzione tra responsabilità pura e spuria appariva sul piano applicativo priva di concreto valore pratico, essendo piuttosto quasi esclusivamente classificatoria, in seguito alla pronuncia, è, invece, divenuta fondamentale: si pensi alla differente disciplina della prescrizione o della risarcibilità dei soli danni prevedibili ex art. 1225 c.c.

Peraltro, come è stato puntualmente osservato, si evidenzia, in conclusione, che una tale svolta può recare con sé il rischio non solo di estendere in modo potenzialmente indefinito il novero delle condotte esigibili dalla P.A., attesa la latitudine dei concetti di imparzialità, correttezza e buona amministrazione in cui si declina, tra gli altri, l'obbligo di buona fede, ma anche di alimentare in modo esponenziale le domande risarcitorie avverso condotte scorrette dell'Amministrazione.