

INTRODUZIONE

Il seguente lavoro di tesi si propone di esaminare e discutere i maggiori punti di interesse riguardanti l'istituto della responsabilità precontrattuale, come categoria di illecito che si traduce nella violazione dei doveri di buona fede e correttezza, ma anche nella violazione della legittima aspettativa ingenerata dalle controparti contrattuali, nel caso in cui uno dei due contraenti sia un soggetto pubblico, cercando di offrire una visione quanto più completa e attuale.

La trattazione offre una panoramica generale dell'istituto, concedendo all'interprete un lavoro in un certo senso semplificato, poiché lo stesso ha potuto usufruire di una precedente ampia elaborazione degli istituti civilistici, d'altro canto ha dovuto fronteggiare il non facile compito di adattare la disciplina di diritto civile all'attività della pubblica amministrazione, in particolare ha dovuto affrontare un'obiezione particolarmente delicata, circa l'insindacabilità della condotta della pubblica amministrazione, e l'inconfigurabilità dell'istituto della responsabilità precontrattuale in capo all'ente pubblico. Tuttavia, l'indagine sulla *culpa in contrahendo* della pubblica amministrazione è andata via via evolvendosi e amplificandosi, grazie all'evoluzione della concezione di Stato, e all'estendersi dell'applicazione di determinati istituti - prima riservati solo all'autonomia privata - a nuovi settori nell'ambito pubblico, dopo essere stata oggetto di una lunga e travagliata riflessione giurisprudenziale. Solo a partire dagli anni '60, e soprattutto negli ultimi anni, la giurisprudenza si è definitivamente orientata verso la direzione al favorevole e definitivo riconoscimento della responsabilità di tipo civilistico in capo alla pubblica amministrazione; in particolar modo la sentenza n. 5/2018 ha ricostruito fondamenti ed elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica, che rappresentano l'ambito in cui l'attività negoziale della P.A. svolge le proprie funzioni.

Infine, motivo di particolare interesse, nel condurre questo lavoro di tesi risiede nell'aver man mano constatato come sia comune nel corso del tempo il fatto che all'interno dei rapporti tra soggetti, che siano persone fisiche che siano persone giuridiche, si sviluppino articolate dinamiche sociali, quasi sempre necessitanti di essere

regolate al fine di evitare la prevaricazione e la malafede di un soggetto sull'altro, dinamiche

che si ripetono ciclicamente allo stesso modo. Pertanto, si è voluto fornire uno spunto riflessivo in tal senso, andando a ricercare quello che è il comun denominatore di molti rapporti giuridici.

CAPITOLO I

IL DOVERE DI BUONA FEDE IN AMBITO CIVILISTICO

1.1 Breve excursus sulle origini del dovere di buona fede

Per comprendere l'importanza attuale che la buona fede assume nel nostro ordinamento, è necessario indagare circa le radici storiche nelle quali il concetto di buona fede trova le sue origini¹.

L'istituto ha un primo ambito di applicazione nel diritto romano, in occasione dei rapporti di diseguaglianza tra i singoli, legati da una relazione di soggezione, in virtù della quale, il soggetto che si trovava in una posizione di soggezione faceva affidamento al principio della *fides*, affinché il soggetto in posizione di supremazia non esercitasse in capo a lui obblighi eccessivamente onerosi².

“Nella cultura romana arcaica, la *fides* è insomma la qualità di un soggetto che appare ‘affidabile’ rispetto ai suoi comportamenti e alle sue parole”³.

La *fides* d'epoca romana inizia ad essere integrata da nuovi elementi e significati, essa si declina in “*bona fides*”, essendo la *fides* inserita nel contesto gerarchico della società romana, nella quale il modello di condotta da seguire è rappresentato dai boni, che governano l'apice della gerarchia, da qui poi il termine “bona”, e finisce per essere associata ad una condotta del soggetto che non sia incompatibile con un comportamento posto in essere dal soggetto stesso in un momento precedente⁴.

Quando poi Roma trova il suo sviluppo nei traffici internazionali, la *bona fides* si adagia nell'ambito dei rapporti commerciali.

¹ S. ROMANO, *Buona fede*, in *Encicl. Dir.*, 1959.

² F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995, p.14.

³ R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, a cura di Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato, 3, Jovene, Napoli 2008, p.241.

⁴ Ivi, pp. 248-250.

Con l'avvento del giusnaturalismo, si perde invece il senso proprio che il contratto aveva assunto fino ad allora, con la conseguenza che la buona fede viene marginalizzata e ideologicamente ricondotta alla "fedeltà" dell'accordo preso, alla "parola data", avvicinandosi in tal senso all'odierna concezione della buona fede. Pertanto, se ne deduce che "la bona fides, determina ogni condotta che le parti debbono tenere durante la fase delle trattative e permette di interpretare e ricostruire tutto il contratto, e di identificare tutte le condotte che risultano doverose nell'ambito di quell'ordinamento giuridico privato che è il contratto"⁵.

Solo in seguito, la fides inizia ad assumere importanza nei rapporti di parità tra i soggetti, venendo a configurarsi quale elemento necessario delle obbligazioni.

In altre parole, il richiamo alla fides si fa strada nel diritto pubblico internazionale e nel diritto privato relativamente ai contratti a prestazioni corrispettive.

Dunque, il concetto di bona fides raggiunge il suo massimo sviluppo all'interno dei rapporti sinallagmatici, venendo ad essere considerato criterio di comportamento nell'adempimento delle obbligazioni.

Durante il processo il giudice verificava che la prestazione fosse stata compiuta in maniera corretta, facendo assumere alla buona fede, dall'origine, una indeterminatezza tale da esigere ogni volta un accertamento relativo alla fattispecie costitutiva dell'obbligazione, soggetta al criterio di bona fides ⁶.

In tempi più recenti e a partire dal codice del 1942, con la Scuola dell'esegesi, alla buona fede viene data un'importanza solo marginale: attribuendole l'elementare significato di eseguire il contratto secondo la parola data. E lo stesso significato le fu attribuito dalla pandettistica tedesca⁷.

Secondo alcune ricostruzioni, il concetto di buona fede restò fino all'emanazione del codice del 1942, preso poco in considerazione, a causa della difficoltà ad accettare concetti che si legassero alla solidarietà sociale.

⁵ A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in "la nuova giurisprudenza civile e commentata", XXXIV, 2018, p.578.

⁶ F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit, pp. 16-19.

⁷ R.FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, cit., p.255.

Pertanto, la giurisprudenza risentendo di questi orientamenti ha ravvisato nell' art. 1375 una norma secondaria, priva di importanza, non considerando che l'articolo potesse essere fonte di obblighi contrattuali.

Sarà a partire dalla fine degli anni Sessanta che la dottrina ha cominciato a rivalutare il concetto di buona fede, in relazione sempre alla solidarietà società e ai principi costituzionali.

Il concetto di buona fede ha iniziato così a trovare il suo terreno fertile nelle sentenze, venendo utilizzato, come paradigma del "contratto giusto".

La giurisprudenza attuale, al termine di tale percorso storico è arrivata a ritenere che “la buona fede in sede contrattuale si sostanzia, tra l'altro, in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere* , trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico”⁸.

1.2 Natura della buona fede: distinzione tra buona fede oggettiva e soggettiva

Fino a poco tempo fa, la dottrina italiana era solita riconoscere un'importanza non così centrale delle clausole generali, e in particolare della clausola stessa di buona fede, molto probabilmente, a causa del fatto che il codice era ancora troppo recente.

Col tempo la situazione è venuta ad evolversi, sia relativamente al discorso che fa capo alle clausole generale, ma più specificamente alla questione della buona fede, tanto che la dottrina oggi parla di rilevanza sia delle clausole generali che della buona fede stessa.

⁸ Cass. civ. Sez. II, 04/03/2003, n. 3185, in Leggiditalia.it

Infatti, oggi l'intero settore contrattuale è stato sia legislativamente che giurisprudenzialmente riformato e rivisto, e tali cambiamenti sono scaturiti da una rinnovata applicazione del principio di buona fede. Certamente, questi cambiamenti sono il sintomo di un maggior attivismo giurisprudenziale.

La buona fede, dunque è giunta oggi ad avere nell'attuale Codice civile un elevato numero di riferimenti nelle norme, che fanno emergere differenti fattispecie costitutive del concetto di buona fede e rendono arduo il compito di individuare un contenuto preciso del concetto stesso.

Per ovviare al problema posto, ovvero individuare un significato circoscritto della nozione di buona fede si è reso necessario ricercare un criterio che fosse in grado di distinguere i due concetti nei quali la buona fede si trasla: buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo, che esprimono due concezioni nettamente differenti, la prima indica una condizione psicologica nella quale il soggetto versa, la seconda invece esprime un modello di comportamento sociale.

Se vogliamo approfondire la differenza significativa delle due concezioni si evidenzia che la buona fede soggettiva funge da schermo in una situazione tale per la quale il soggetto, nell'ignoranza della realtà effettiva, agisce nell'erronea convinzione che la sua condotta sia legittima, convinzione generata da un errore di fatto o di diritto; errore che verrà poi valutato, a posteriori, caso per caso, nella sua giustificabilità tale da generare un simile comportamento.

Un'interpretazione soggettiva della buona fede, la si ricava anche dall'affidamento che si genera nel soggetto di fronte ad una situazione giuridica apparente.

Seppure in merito a quest'ultima fattispecie sono state evidenziate delle incongruenze in ordine ai presupposti dell'affidamento in senso stretto e della buona fede.

Nell'affidamento infatti, il soggetto che compie l'azione è erroneamente convinto della lealtà del comportamento di controparte, invece nell'ipotesi di buona fede soggettiva la convinzione della liceità si sposta sul proprio comportamento⁹.

Ricondurre invece, la buona fede ad una concezione oggettiva¹⁰ significa identificarla ad un principio generale posto alla base di un comportamento che tutti i soggetti

⁹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 120-129.

dell'ordinamento devono seguire a prescindere dall'esistenza tra gli stessi di un rapporto contrattuale.

In sintesi, dunque, riportiamo le parole della Cassazione 9651/2016, "In senso soggettivo, per "buona fede" si intende lo stato di ignoranza o l'erronea conoscenza circa una data situazione giuridica o di fatto; per contro, per "mala fede" si intende la scienza, la consapevolezza, l'esatta conoscenza, di un fatto o di una data situazione giuridica. In senso oggettivo, invece, la "buona fede" consiste in una regola di condotta da tenersi nei rapporti giuridici, una regola improntata alla lealtà nei confronti delle altre parti: è in buona fede chi si comporta con lealtà nei rapporti giuridici. Per contro, per "mala fede" si intende la slealtà di condotta nell'agire giuridico"¹¹.

Se ne ricava dunque che buona fede soggettiva e buona fede oggettiva non si traducono in due espressioni diverse di una medesima categoria, ma due figure distinte e autonome, fornite di diversi modelli operativi e diversi ambiti applicativi¹².

Ma la loro principale diversità sta nella funzione che assumono: la buona fede soggettiva non è un precetto, nè fornisce elementi significativi per andare a costituire un precetto, ma fornisce un dato di fatto, che in questo caso è l'elemento psicologico, che insieme ad altri elementi va a costruire la fattispecie, che insieme ad altri elementi giustifica un determinato trattamento giuridico.

Anche la natura giuridica della buona fede soggettiva e oggettiva incide sulla loro diversità, mentre la buona fede soggettiva costituisce l'elemento di una fattispecie, la buona fede oggettiva è idonea a costituire clausola generale.

Pertanto, il fatto di indicare due fenomeni diversi con la medesima espressione nominale non deve trarre in inganno, l'una da rilevanza all'aspetto psicologico e l'altra al contenuto della condotta.

L'evoluzione dell'istituto ha sentenziato la non necessità di approfondire l'utilità della buona fede soggettiva nell'apprezzamento di quella oggettiva; la distinzione è ormai un dato di fatto acquisito anche a livello europeo, ed inconfutabile.

¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano 2011, p.168.

¹¹ Cass. civ. sez. II, 11/05/ 2016, n. 9651, in *Leggiditalia.it*

¹² G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli 2000, pp. 4-5.

La buona fede in senso oggettivo, risulta trovare un impiego rilevante nella tutela dell'affidamento legittimo, in particolare nell'ambito della responsabilità precontrattuale. Il contenuto della nozione di legittimo affidamento si arricchisce di una nozione che corrisponde alla percezione e raffigurazione che un soggetto ha della realtà relativamente ad un dato materiale e giuridico acquisito, si tratta di una convinzione inconsapevolmente errata del soggetto, riguardo la sovrapposibilità tra rappresentazione e realtà.

Sembra che l'affidamento e la buona fede soggettiva siano affini, ma ciò che li separa concettualmente è la minore implicazione psicologica che si verifica nell'affidamento¹³. Pertanto, l'affidamento è una situazione giuridica soggettiva, la cui componente è l'aspettativa che un soggetto ripone nell'altro, come conseguenza del comportamento altrui, e perciò tutelata dal principio di buona fede, che come abbiamo precedentemente affermato, si traduce nell'onere di adottare un comportamento non incompatibile con quello precedentemente assunto¹⁴.

Tale premessa ci consente di elaborare meglio in seguito, la genesi dell'affidamento generato nel cittadino dalla Pubblica Amministrazione.

Conclusa la distinzione tra la natura soggettiva e quella oggettiva, pare opportuno far riferimento all'orientamento che è avanzato all'interno della dottrina prevalente fino a pochi decenni fa.

Il fondamento di tale tesi sta nel respingere la divisione tra principio etico e situazione psicologica, e assemblare i due aspetti in un istituto unitario della buona fede: "sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sia l'opportunità di tutelare, *contra ius*, il soggetto che versi in una situazione di ignoranza o di errore, sarebbero espressione di un medesimo principio etico"¹⁵.

Affermare l'unitarietà dell'istituto significa dunque che quando la buona fede viene messa in discussione relativamente all'atteggiamento e alla coscienza di un soggetto, essa venga automaticamente sottoposta ad un criterio di correttezza ai fini normativi.

¹³ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 3-8.

¹⁴ R. SACCO, *Affidamento*, in *Enci. dir.*, 1958.

¹⁵ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 121.

È naturale che da questo nuovo punto di vista emerge la fusione di due visioni che stanno su due piani diversi, la cui sintesi risulta difficile sia perché all'interprete viene difficile comprendere come in un'unica categoria giuridica vengano fatte confluire diverse fattispecie normative, sia per la difficoltà ad accettare come rango di principio generale la buona fede soggettiva che rappresenta una fattispecie incompatibile con la fattispecie generale. Pertanto, superato questo orientamento resta opportuno continuare a distinguere le due nozioni.

Nonostante i vari tentativi di inquadramento la buona fede continua ad avere un elevato carattere di indeterminatezza, essendo più facile individuare l'ambito di applicazione e le condizioni, che una sua definizione netta.

Essa finisce con l'essere fatta combaciare col "dovere di correttezza" o "rispetto della parola data", a tal punto che dopo una prima dibattuta fase, si è giunti ad affermare che buona fede e correttezza sono espressione di uno stesso significato, fino a formare un vero e proprio connubio¹⁶.

Tuttavia, al di là dell'inquadramento in senso oggettivo o in senso soggettivo della buona fede, il ruolo che nel nostro ordinamento la buona fede oggettiva ha acquisito non è remoto, ciò perché l'applicazione del principio di buona fede ha incontrato alcune ristrettezze applicative nell'ambito pubblicistico, a causa di alcune restrizioni di natura privatistica, per via della giurisprudenza civile che non ha posto sufficientemente in rilevanza il problema¹⁷.

Il concetto di buona fede va a legarsi a quello di correttezza, diventandone una specificazione, ma restando pur sempre un concetto indeterminato, che va valutato caso per caso.

Pertanto, alla luce dei fatti appena visti, possiamo concludere che al termine del confronto tra buona fede oggettiva e soggettiva, quella di cui all'art. 1337 è quella oggettiva proprio perché indica un dovere di correttezza durante le trattative¹⁸.

Infatti, rilevante è che la Cassazione ripeta costantemente nelle sue massime, che l'obbligo di buona fede durante la fase delle trattative deve assumere una connotazione

¹⁶ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo* cit., pp. 12-27.

¹⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico* cit., p.122.

¹⁸ C. SCONAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in "Europa e dir. Priv.", 2001, pp. 343 e ss.

di tipo oggettivo, poiché non è necessario che la parte debba rivestire un atteggiamento di malafede in senso soggettivo, consistente nella palese intenzionalità di recare danni a controparte, poiché basta anche un semplice atto colposo, un comportamento non intenzionale. Ovviamente far vincere in questo confronto la buona fede oggettiva non vuol dire che il giudice nella valutazione, caso per caso, della responsabilità accantoni a priori l'elemento soggettivo che sia il dolo o la colpa.

1.3 Fondamento del dovere di buona fede nel principio solidaristico dell'art. 2 Cost.

Il principio di buona fede e di correttezza, rispettivamente espressi nell'art. 1175 e 1375 c.c., sono oramai incardinati nel nostro ordinamento giuridico, ma in passato, interpretati come regola di comportamento tra soggetti, al di là dell'esistenza di un rapporto giuridico tra gli stessi, sono stati oggetto di diffidenza e repulsione da parte della dottrina e della giurisprudenza. Il superamento del regime fascista, e di conseguenza la riscoperta del senso che il principio di buona fede assume con la Costituzione, fa sì che a tale principio venga data importanza in un ambito nuovo, che è quello della solidarietà interpersonale¹⁹.

Con la clausola generale di buona fede, si contribuisce all'ingresso nel nostro ordinamento di un sistema di valori radicati alla sfera etica e morale.

L'obbligo di buona fede oggettiva è infatti costituzionalmente approvato, e ammesso come autonomo dovere giuridico, in rapporto simbiotico col costituzionale principio di solidarietà dell'art. 2 cost., il quale rende il principio di buona fede non un semplice valore ideologico, ma una clausola generale applicabile sia ambito contrattuale che

¹⁹ F.T. VESPASIANI, *L'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto*, in "Resp. Civ.", 2005; S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 92-130.

extracontrattuale, e strumento sia modificativo che integrativo, nell'ambito di un controllo di compatibilità tra opposti interessi in gioco²⁰.

Essa viene introdotta nel nostro ordinamento giuridico come nuova regola di vivere sociale ma soprattutto, come dovere morale di solidarietà e come clausola generale.

La buona fede, letta in connessione con l'art. 2 cost, si traduce in un obbligo dei consociati di preservare gli interessi altrui, attraverso l'adozione di un comportamento leale, conforme a correttezza, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da un dovere di *neminem laedere*²¹.

Tuttavia, l'esistenza di un dovere di buona fede legato ad un principio di solidarietà costituzionale, non deve indurre a pensare che esiste un dovere di comportamento specificamente prescritto nella sua fattispecie, ma è solo un generico paradigma di comportamento, finalizzato al temperamento e bilanciamento di interessi opposti.

Se ne deduce allora che il principio di buona fede deriva dal dovere di solidarietà espresso nell'art. 2 Cost, e rappresenta un limite di esercizio dei diritti dei singoli soggetti, poiché il suo contenuto si traduce in un dovere di esercitare i propri diritti in modo da non far scaturire sacrifici onerosi a controparte evitando danni inutili ad interessi altrui, in virtù di quella funzionalizzazione dei diritti finalizzata a creare una società solidale²².

La Corte di Cassazione, a sezioni unite ha affermato "il principio di correttezza e buona fede, il quale richiama nella sfera del creditore la considerazione degli interessi del debitore, e nella sfera del debitore il giusto riguardo agli interessi del creditore, operando quindi come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà imposti dall'art. 2 della Costituzione. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna parte del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici

²⁰ D.M. BOSCO, *La cassazione e la condotta delle parti del rapporto obbligatorio*, in Filodiritto.com, 2008; G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in sspa.it, 2018, p.18.

²¹ F. MANGANARO, cit., pp.113-119.

²² G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in "Giur.it", 1993.