

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. ALCUNE RIFLESSIONI

di Anna Siggillino*

La tematica relativa alla responsabilità precontrattuale fu affrontata dalla pandettistica tedesca ed ha conosciuto un rilancio ed un approfondimento per apporti dottrinali e della giurisprudenza, sotto l'impulso del codice civile attuale che sicuramente ha spostato il baricentro delle situazioni giuridiche soggettive da una condizione ispirata alla tutela di interessi fondamentalmente individuali, ad una loro visione aperta ai vincoli della solidarietà e della cooperazione come categorie ordinanti della società civile. Da essi, infatti, deriva l'imposizione ai contraenti di un comportamento, sia nello svolgimento delle trattative e formazione del contratto, secondo buona fede considerato come un archetipo di clausola generale collegata direttamente alle modalità di espressione della condotta giuridicamente rilevante.

Svolgimento delle trattative e formazione del contratto rappresentano i momenti dinamici e scandiscono le fasi procedurali del negozio giuridico: esse attengono cioè alla fase di gestione del futuro ed eventuale contratto. Nel linguaggio del codice pertanto la doverosità di un comportamento secondo buona fede si impone alle parti contraenti sin dal momento temporale in cui esse manifestano la loro disponibilità a trattare, cioè la predisposizione a progettare i possibili termini d un regolamento di interessi meritevoli di tutela giuridica per l'ordinamento. Tale doverosità si protrae fino al momento della formazione del contratto che, rispetto alla trattativa, si colloca in uno stato più avanzato.

Può cogliersi il momento genetico delle volontà concordi al raggiungimento del regolamento contrattuale e può anche concretarsi in una rete di atti a rilevanza esterna produttivi essi stessi di effetti giuridici prodromici all'accordo sostanziale che sarà consacrato nel futuro contratto. La violazione dei doveri imposti dall'ordinamento nella fase delle trattative è fonte di una responsabilità che origina il risarcimento del danno da essa causato. L'art. 1337 delinea il generico dovere di buona fede, l'art. 1338 disciplina la responsabilità per la mancata notizia all'altra parte, circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, mentre l'art. 1398 regola la responsabilità senza potere nei confronti del terzo contraente per "aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

Riguardo alla natura della responsabilità precontrattuale sono state avanzate tre teorie: contrattuale, extracontrattuale e teoria del *tertium genus*. L'individuazione del fondamento e della natura della responsabilità non riveste un'importanza solo teorica, ma dalla sua soluzione discendono rilevanti conseguenze di ordine sostanziale in ordine al termine prescrizione, alla distruzione dell'onere della prova, e alla portata dimensionale del risarcimento del danno. La teoria contrattuale, viene sostenuta in dottrina, sulla base dell'insorgere legale in sede di trattative, di un patto tacito di responsabilità con il quale si assume l'impegno di rispondere del danno che potrà essere causato *in contraendo* per violazione degli artt. 1337 e 1398 c.c. La

* Anna Siggillino è direttore generale dell'Ufficio I del Dipartimento per il programma di governo.

responsabilità precontrattuale quindi non deriva dalla violazione del principio generale che sorregge la responsabilità extracontrattuale: *neminem laedere*, ma essa sorge perché si è verificato l'inadempimento di un'obbligazione di diligenza che deriva dal rapporto precontrattuale: essa non ha una valenza *erga omnes*, in applicazione del principio del *neminem laedere*, ma è imposta a persona determinata: il contraente.

In dottrina i sostenitori della teoria della natura extra contrattuale affermano che l'interesse protetto dalla norma soprarichiamata è quello della libertà negoziale e del rispetto del diritto altrui. La fattispecie prevista negli articoli 1337 e 1398 sono lesivi di doveri che non nascono direttamente dal contratto ma sono imposti dalla legge a tutti i soggetti dell'ordinamento quando divengono parti nella conduzione di trattative per la conclusione di futuri contratti. La correttezza e la buona fede devono pertanto essere considerate doveri che gravano su qualsiasi soggetto.

Suggestiva ma isolata, e non produttiva di conseguenze concrete è la teoria di chi ravvisa nella responsabilità precontrattuale, non già ipotesi di responsabilità contrattuali né di responsabilità extracontrattuale, ma l'esistenza di una responsabilità stabilita dalla legge e fondata non sul principio generale *neminem laedere*, ma su quello, altrettanto generale, di natura solidaristico, *unicuique suum tribuere*. La giurisprudenza ha ripetutamente affermato la natura extracontrattuale della responsabilità in argomento in quanto ritiene che i soggetti a cui carico sorge sia pur collegati a una vicenda contrattuale non sono "tenuti" in quanto legati da un contratto che non ancora esiste né potrebbe mai venire ad esistenza, ma per avere violato una regola di comportamento appositamente dettata nei confronti di tutti coloro che si accingono alla stipulazione di contratti. Le obbligazioni contrattuali in senso stretto quindi si distinguono nettamente in quanto attengono al momento genetico dell'esistenza della creazione concreta di un vincolo che compiutamente disciplina la fattispecie contrattuale liberamente scelta e voluta dalle parti. Dalla riconduzione della responsabilità extracontrattuale operata dalla giurisprudenza derivano, come già detto, alcune conseguenze pratiche di qualche rilievo:

- a) riguardo ai termini della prescrizione, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che essa (responsabilità precontrattuale) può farsi valere in giudizio entro il termine quinquennale di prescrizione non entro il termine decennale come accade per l'inadempimento di natura contrattuale
- b) sul piano processuale, la natura di tale responsabilità, impedisce la *mutatio libelli*. La natura risarcitoria proposta *ex contractu* per inadempimento non può essere mutata nel corso del processo in domanda di risarcimento per danni da responsabilità precontrattuale, dipendendo esse da titoli giuridici diversi;
- c) dalla natura extracontrattuale della responsabilità deriva che i danni risarcibili devono corrispondere all'interesse negativo sacrificato (danno emergente) e non devono estendersi al pregiudizio, subito per la mancata conclusione del contratto (lucro cessante). Nessuna sicurezza, infatti, è dato riscontrare circa la conclusione del contratto qualora durante la fase delle trattative la condotta dei contraenti si fosse attenuta ai precetti della legge.

La questione della responsabilità preconcettuale della pubblica amministrazione è stata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dopo qualche esitazione iniziale, risolta positivamente. Un problema di responsabilità preconcettuale per una pubblica amministrazione si pone solo per i contratti ad evidenza pubblica cioè per quei contratti regolati, con alcune varianti dal diritto privato e da un procedimento amministrativo parallelo che si instaura tra l'autorità che intende concludere il contratto e le autorità controllanti. Quest'ultimo procedimento è regolato dalla legge di contabilità dello stato e del relativo regolamento. Questioni di responsabilità

precontrattuale non si pongono per i contratti regolati interamente dal diritto privato anche quando uno dei soggetti è una pubblica amministrazione: per tali fattispecie, infatti, si applicano le regole del diritto comune. Inizialmente, per i contratti ad evidenza pubblica si era esclusa l'esistenza di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in quanto essendo l'amministrazione contraente sottoposta a controllo, ne rimarrebbe esclusa la possibilità di comportamenti illeciti dell'amministrazione nella fase precedente l'esecuzione del contratto.

Tale tesi non può ritenersi fondata. Nella realtà il controllo riguarda provvedimenti amministrativi nella fase preliminare di deliberazione del contratto, ed in tale fase, non esiste nessuna "trattativa" con la parte privata, in altre parole, si esercita sul contratto concluso. In tale fase il controllo è diretto a valutare la legittimità o meno del contratto, non già a valutare i comportamenti tenuti dalle parti nella fase precontrattuale: ne deriva che l'esistenza di controlli amministrativi riguardanti alcuni atti della sequenza procedimentale dei contratti ad evidenza pubblica è giuridicamente irrilevante rispetto al problema della responsabilità precontrattuale.

Altro motivo che ostacolava una soluzione positiva della responsabilità precontrattuale in capo ad una PA era l'esistenza di una discrezionalità amministrativa in capo alla medesima. Dalla constatazione che il contratto ad evidenza pubblica è in una situazione oggettiva di pendenza per l'amministrazione fino a quando non sia divenuto inoppugnabile l'atto di controllo finale, derivava una logica impossibilità di costruire una responsabilità precontrattuale, in quanto, sul piano processuale, il giudice ordinario non può operare alcun accertamento sull'attività discrezionale della PA per ciò che attiene all'osservanza dei doveri di correttezza e di buona fede. Un'analisi più approfondita porta a concludere che l'amministrazione, quando tratta con il privato, non utilizza poteri discrezionali: essi si sono esauriti nella fase deliberativa dell'*an* del contratto e nell'adozione del criterio per individuare il soggetto privato contraente.

Dopo tale fase la pubblica amministrazione diviene parte dei rapporti di diritto privato ed a tal fine utilizza gli schemi propri dell'autonomia privata. Anche per la pubblica amministrazione quindi gli articoli 1337 e 1338 sanciscono un principio generale cui deve sottostare l'intero ordinamento giuridico e tutti i soggetti che ne hanno fatto parte quando intraprendono iniziative contrattuali di natura privata. Non si tratta da parte del giudice di sindacare l'uso discrezionale delle potestà pubbliche esistenti in capo alle amministrazioni ma il rispetto dei doveri di buona fede e correttezza dell'amministrazione contraente. La giurisprudenza ha affermato l'esistenza di una responsabilità di una responsabilità precontrattuale della PA anche per una mancata registrazione del contratto da parte della Corte dei Conti in una fattispecie in cui l'amministrazione aveva ingenerato, nella parte privata, un legittimo affidamento sulla successiva registrazione del contratto.

Nell'ipotesi considerata, invero, il rifiuto del visto era motivato dal fatto che il contratto era stato portato in esecuzione prima della sua sottoposizione al controllo di legittimità. Diverso, a mio avviso, è il caso di rifiuto di visto per illegittimità genetiche dell'atto sottoposto a controllo (incompetenza, violazione di legge...) non sembra, infatti, che possa ravvisarsi un illecito precontrattuale. I vizi di legittimità non sono solo conoscibili ma devono essere conosciuti da entrambi i contraenti. Le statuizioni violate nel vizio di legittimità, sono norme giuridiche nei cui confronti *ignorantia non excusat*. L'art. 1338 richiede per il contraente danneggiato il requisito di avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. Esiste sicuramente una responsabilità precontrattuale della PA nei casi in cui la mancata approvazione del contratto sia una diretta conseguenza di ritardi ovvero omissioni dell'amministrazione contraente in sede di inoltro dei documenti contrattuali diretti ad ottenere la necessaria approvazione.

Lo stesso dicasi se la mancata approvazione dipenda comunque da uno sleale comportamento dell'amministrazione. E' agevole rilevare che nei contratti della PA, il campo di operatività della responsabilità precontrattuale, in alcune ipotesi presenta confini più ampi. La pubblica amministrazione è tenuta a comportamenti secondo buona fede anche nel periodo successivo alla conclusione del contratto fino a quando non intervenga l'approvazione in funzione di controllo.

E' sicuramente una conquista civile avere riconosciuto l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale della PA anche all'interno delle serie procedimentali dell'evidenza pubblica ove si consideri che solitamente i doveri fondamentali della correttezza e della buona fede vengono violati civilisticamente proprio negli spazi residuali di tali procedimenti.