



**Diritti fondamentali, libertà civili e poteri della Pubblica
Amministrazione: annotazioni sulla responsabilità precontrattuale**

di

Giovanni De Grassi*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I risvolti della responsabilità precontrattuale. 3. Le diverse declinazioni della responsabilità. 4. Rilievi conclusivi: il legittimo affidamento del privato.

1. Premessa

Un profilo di particolare rilievo va riconosciuto alla questione relativa alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, istituto strumentale a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali e delle libertà civili dei privati che si trovano ad interagire con la stessa amministrazione¹.

Non si è mai seriamente dubitato della possibilità per la pubblica amministrazione di incorrere in responsabilità nell'ambito della propria attività *jure privatorum*, quindi, non costituente esercizio della funzione amministrativa. La pubblica amministrazione, infatti, agisce senza potere; quindi il suo comportamento dialoga con i poteri soggettivi dei privati con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, salva l'eventuale previsione di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo².

* Avvocato e Funzionario Amministrativo presso A.O.U. Consorziale Policlinico di Bari.

¹ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000, 23 ss.

² In argomento, M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016 che raccoglie le sollecitazioni formulate da V. ROPPO, in *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2009, pp. 271 ss. (anche in ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 290 ss.

A tale proposito occorre introdurre la distinzione coniata dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 104/2004 e 191/2006, poi recepita nel codice del processo amministrativo, tra comportamenti amministrativi e comportamenti meri. In particolare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende ai soli comportamenti amministrativi ovvero quelli che presentano un collegamento, sia pure mediato e indiretto, con l'esercizio del potere amministrativo³.

La giurisdizione esclusiva non si estende, invece, ai comportamenti meri, che non presentano alcun collegamento, neanche mediato e indiretto, con il potere della pubblica amministrazione⁴.

È bene evidenziare come la dicotomia richiamata operi solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, e non anche nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo; conseguentemente, ove non si rientri nelle materie di giurisdizione esclusiva, le controversie sui comportamenti, siano essi meri o amministrativi, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario⁵.

2. I risvolti della responsabilità precontrattuale

Con l'espressione responsabilità precontrattuale si fa riferimento a quel particolare tipo di responsabilità nella quale incorre la pubblica amministrazione allorché la stessa, dopo aver approvato un provvedimento favorevole nei confronti del privato, intervenga esercitando i suoi poteri di autotutela decisoria ex

³ In argomento si v. E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e diritto privato*, n. 4/2012, pp. 593 ss.

⁴ Tuttavia, se si riconosce alle imprese una posizione soggettiva direttamente tutelata, che ha per oggetto il corretto adempimento delle procedure di selezione, il giudizio di responsabilità per *culpa in contraendo* si fonda su quei fatti dai quali può desumersi una violazione dell'affidamento (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 9, 939 ss.). Si supera, in tal modo, la presunzione di correttezza circa il comportamento dei pubblici poteri, ritenendosi il comportamento prenegoziale della P.A. nelle trattative equiparabile alla condotta di un qualsiasi contraente (e a tale stregua valutabile).

⁵ Nella nostra giurisprudenza, al riguardo, si pone anche l'orientamento che, correlando gli obblighi di informazione allo *status* professionale della P.A., predica la responsabilità della medesima (nella specie un Ente previdenziale) per le informazioni somministrate ad un lavoratore che ha assunto, in relazione ad esse, una scelta negoziale rivelatasi poi gravemente pregiudizievole proprio in conseguenze delle informazioni erronee ricevute (cfr. Cass., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corriere giuridico*, n. 2/2014, pp. 165 ss. con commento di V. CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*).

artt. 21- quinquies e 21- nonies della legge n. 241/1990 ovvero quando intervenga il giudice annullando il provvedimento⁶.

Si tratta di un tema che ha interessato soprattutto il diritto degli appalti pubblici, materia rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 lettera e) numero 1) c.p.a., estesa alle controversie risarcitorie. A tale proposito, considerato il recepimento della teoria rimediale da parte del legislatore del codice e al fine di individuare la concreta portata precettiva della precisazione richiamata, si ritiene che il legislatore abbia voluto ricomprendere nella giurisdizione esclusiva proprio le controversie nelle quali la responsabilità derivi da comportamenti amministrativi⁷.

Secondo un'originaria ricostruzione, invero, si riteneva che non fosse possibile individuare una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, la stessa esercitando sempre, anche nel caso di esercizio di attività privatistica, un'attività pubblica finalizzata al corretto bilanciamento degli interessi privatistici con quelli dell'Ente pubblico. I fautori di detta tesi sostenevano

⁶ In generale, sul tema, si v. per tutti: G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi - 2*, Milano, 2006, pp. 977 ss.; ID., *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in G. AMADIO – F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile. Norme. Questioni. Concetti*, Bologna, 2014, pp. 701 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. Castronovo – S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, II, 2007, pp. 334 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012; ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1990; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1265 ss.; A. DE MAURO, R. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, 2, Torino, pp. 361 ss.; G. AFFERNI, *Il «quantum» del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008; ID., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e responsabilità*, n. 5/2009, pp. 469 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, 2012. Con riferimento alla tematica della responsabilità precontrattuale della P.A. si v. F. MELE, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in P. Stanzone - A. Saturno (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, pp. 1011 ss.; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; A.G. DIANA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Padova, 2000; S. RUSCICA, *La responsabilità della stazione appaltante*, Milano, 2011, pp. 9 ss.; G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo e interesse negativo*, in *Danno e responsabilità*, n. 4/2006, pp. 353 ss.

⁷ R. GIOVAGNOLI, *La responsabilità della stazione appaltante per la violazione delle regole dell'evidenza pubblica: il problema della quantificazione del danno e la possibilità per l'impresa pretermessa di subentrare nel rapporto contrattuale*, in www.giustizia-amministrativa.it, estratto di: R. Giovagnoli, *La responsabilità extra e precontrattuale della p.a.*, in Milano 2009, 8.

che la pubblica amministrazione, anche dopo l'individuazione del contraente, rimane titolare di un vero e proprio potere discrezionale e dunque libera di valutare la convenienza e la rispondenza all'interesse pubblico del contratto che si accinge a stipulare⁸.

L'impostazione appena richiamata è stata tuttavia superata dalla giurisprudenza a partire dagli anni Sessanta, sulla base dell'assunto che l'osservanza dei canoni di correttezza e buona fede nelle trattative è cosa ben diversa dalla legittimità e convenienza dell'azione amministrativa e, dunque, l'accertamento della buona fede della pubblica amministrazione ben può rientrare nei poteri del giudice chiamato a valutare il rispetto del dovere civilistico di agire da corretto contraente⁹.

3. Le diverse declinazioni della responsabilità

Ai fini del corretto inquadramento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, va rilevato che detta responsabilità può in concreto verificarsi sia nel caso di danni cagionati da comportamenti scorretti nel corso della procedura, violativi degli obblighi di lealtà, correttezza e diligenza, riconducibili agli artt. 1337 e 1338 c.c., ricorrendo in tali ipotesi una c.d. responsabilità precontrattuale pura, sia ove si verifichino danni connessi a provvedimenti illegittimi che, essendo intervenuti nel corso della procedura sono lesivi di interessi legittimi configurando un'ipotesi di responsabilità precontrattuale spuria¹⁰.

⁸ In argomento, si v. la ricostruzione di V. CARBONE, *Le nuove frontiere della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Il Corriere giuridico*, n. 5/2012, p. 686 (commento a Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 662).

⁹ V. per esempio: Cass. 21 novembre 2011, n. 24438, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratti pubblici*, n. 454; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, *ivi*, 2011, voce *Contratto in generale*, n. 439 e in *Europa e dir. privato*, n. 4/2012, pp. 1227 ss. con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale e*, da ultimo, Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit.

¹⁰ Benché l'orientamento tradizionale escludesse la responsabilità precontrattuale della P.A. prima dell'aggiudicazione (v. *infra* nota successiva), attualmente, la giurisprudenza (v. per esempio Cass., 3 luglio 2014, n. 15260, cit.) ha sottolineato come la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede e correttezza, cui la P.A. è tenuta nel procedimento dell'evidenza pubblica, rileva anche prima della conclusione della gara ed a prescindere dalla dimostrazione dell'eventuale diritto all'aggiudicazione della gara. V. per esempio: Cons. Stato,

Occorre inoltre distinguere l'ipotesi in cui la responsabilità in esame derivi dalla revoca del provvedimento, da quella in cui la stessa derivi dall'annullamento in sede giurisdizionale o di autotutela del provvedimento favorevole¹¹.

Con l'espressione responsabilità precontrattuale da revoca del provvedimento favorevole, si fa riferimento al caso in cui la pubblica amministrazione adotti un provvedimento ed intervenga, poi, sussistendone i presupposti, revocandolo ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990. Il privato in questo caso, non mette in discussione la legittimità del provvedimento, ma contesta il comportamento amministrativo scorretto della pubblica amministrazione che, ha dapprima ingenerato un legittimo affidamento del privato, tradendolo poi con il provvedimento di revoca. In questo modo il comportamento della pubblica amministrazione è violativo dei principi generali civilistici di buona fede e correttezza che devono informare anche l'attività amministrativa¹².

Il danno evento lamentato dal privato non attiene quindi alla lesione dell'interesse legittimo, ma alla lesione del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale e a non essere quindi coinvolto in procedimenti inutili. Il danno conseguenza lamentato dal privato, non corrisponde al mancato ottenimento del bene della vita di cui all'interesse legittimo, ma è rappresentato, analogamente a quanto avviene con riferimento alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., dal c.d. interesse negativo, e quindi include le spese sostenute per la partecipazione al procedimento, i danni derivanti dall'eventuale

15 aprile 2016, n. 1532, in *DeJure*, banca dati Giuffrè; Cass. 10 gennaio 2013, n. 477, in www.neldiritto.it; Cass. 10 giugno 2005, n. 12313, in www.altalex.it.

¹¹ In tal senso, si v. anche Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Il Corriere giuridico*, n. 5/2012, pp. 675 ss.

¹² Ad esempio, è legittimo il provvedimento di esclusione del concorrente che non abbia i requisiti richiesti dal bando, è legittimo il provvedimento di annullamento di una gara per irregolarità del bando o per mancanza dei fondi necessari per dare esecuzione all'opera, ma sarà illecita la condotta della P.A. che ometta di informare tempestivamente il vincitore, il quale viene lasciato nella falsa credenza della futura conclusione del contratto. Configura altresì un'ipotesi di comportamento violativo della buona fede da parte della P.A., durante la fase di controllo del contratto e prima della sua approvazione, l'omessa comunicazione al privato dell'esito negativo del controllo (cfr. AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo e negativo*, cit., p. 354).
¹³ A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2012, pp. 144 ss.

immobilizzazione di capitali, nonché le eventuali *chance* contrattuali alternative rinunciate¹³.

A tale riguardo occorre evidenziare come l'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, nel disciplinare la revoca del provvedimento amministrativo, mostri di tenere già in considerazione l'affidamento del privato, laddove gli riconosce espressamente un indennizzo per il caso in cui questi abbia patito un danno. Dato il principio compensativo che governa la responsabilità aquiliana, la somma riconosciuta al privato a titolo di indennizzo dovrà essere tenuta presente dal giudice in sede di liquidazione del *quantum* risarcibile, al fine di non dare luogo a duplicazioni risarcitorie¹⁴.

Quanto alla giurisdizione vale quanto segue: si tratta di una responsabilità che matura in un contesto procedimentale e che presenta, quindi, un collegamento sia pure mediato e indiretto, con l'esercizio del potere. Di conseguenza la relativa giurisdizione apparterrà al giudice amministrativo solo ove sia prevista la giurisdizione esclusiva, mentre apparterrà al giudice ordinario ove si verta in materie sottoposte al criterio generale del riparto di giurisdizione fondato sulla *causa petendi*¹⁵.

4. Rilievi conclusivi: il legittimo affidamento del privato

La responsabilità della pubblica amministrazione da annullamento giurisdizionale o d'ufficio del provvedimento favorevole, incontra un ostacolo preliminare in merito alla sua stessa ammissibilità. Il presupposto

¹³ G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della p.a. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e Resp.*, 2006, 4, 357.

¹⁴ P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 3, 487 ss.

¹⁵ Nello specifico, la P.A. assume il comportamento di un negoziatore di mala fede, al pari di un qualsiasi altro soggetto privato; ovvero utilizza in mala fede il potere amministrativo di cui è titolare; oppure, ad esempio, dopo aver concluso la procedura di scelta del contraente ed aver scelto una delle imprese partecipanti, intavola con questa trattative e poi ingiustificatamente non dà corso alla deliberazione. Può verificarsi altresì il caso in cui la P.A. inizia la negoziazione, ma accertatasi che il contratto non è conveniente, lo riempie di clausole a sé sfavorevoli in modo da provocarne la non approvazione, altera le clausole contrattuali rispetto al progetto di contratto contenuto nella delibera a contrarre, viola norme procedurali per provocare l'illegittimità volontaria di atti del procedimento che impediranno di dare corso al contratto (v. sul punto anche M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, pp. 265 ss.).

dell'annullamento, sia esso giurisdizionale o d'ufficio, è l'illegittimità provvedimentale e occorre interrogarsi in merito alla stessa configurabilità di un legittimo affidamento del privato suscettibile di essere leso¹⁶.

Più nello specifico è necessario richiamare l'art. 1338 c.c., che disciplina quella particolare *species* di responsabilità precontrattuale che si ha allorché una parte conosca, o debba conoscere, una causa di invalidità del contratto e l'abbia taciuta alla controparte che ha quindi diritto di essere risarcita del danno che ha patito per aver fatto affidamento senza colpa sulla validità del contratto. La norma è tradizionalmente interpretata dalla giurisprudenza civilistica in coerenza con il principio *ignorantia legis non excusat*; per cui la stessa non trova applicazione per il caso in cui la disposizione da cui deriva l'invalidità sia una norma imperativa inderogabile rispetto alla quale non può configurarsi una ignoranza non colposa della parte¹⁷.

Applicando queste considerazioni al provvedimento amministrativo illegittimo, tenuto conto che le norme che regolano l'attività amministrativa sono norme di ordine pubblico inderogabili, si dovrebbe concludere nel senso di escludere l'ammissibilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da annullamento del provvedimento amministrativo favorevole, quanto meno nei casi in cui lo stesso sia viziato da violazione di legge o incompetenza¹⁸.

In realtà la giurisprudenza ha affermato che, in astratto, tale tipo di responsabilità è configurabile, dal momento che è ipotizzabile un legittimo

¹⁶ Per una ricostruzione della tematica con riferimento alle applicazioni giurisprudenziali, v. G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra risarcimento e indennizzo*, cit., pp. 641 ss. Ove il privato, prima della conclusione del contratto abbia dato inizio all'esecuzione, ad esempio, per poter adempiere in modo tempestivo quanto previsto nel bando o perché è la stessa P.A. a chiedere in modo informale l'inizio dell'esecuzione, il rischio della mancata conclusione del contratto grava sulla Pubblica Amministrazione che deve risarcire i danni (spese e perdite) sostenuti dopo che si è consolidato in capo al privato l'affidamento nella positiva conclusione del contratto (laddove i costi di partecipazione alla gara rimarranno a suo carico).

¹⁷ Con riferimento allo *status di protezione*, cfr. G. ALPA, *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Bari, 1993, pp. 24 ss.; G. ALPA, G. CHINÉ, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Disc. priv., Sez. civ., XV, Appendice*, Torino, 1997, p. 556.

¹⁸ In argomento si v. V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VII, 2015, pp. 447 ss.

affidamento del privato in ragione del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa, nonché della peculiare posizione della pubblica amministrazione¹⁹; resta poi, nel concreto, da accertare l'eventuale insussistenza di siffatto affidamento ovvero il concorso del privato nell'aver dato vita al vizio di legittimità²⁰.

Amnesso in linea astratta questo tipo di responsabilità, le considerazioni che concernono il danno evento e il danno conseguenza sono analoghe e corrispondenti a quelle svolte con riferimento alla responsabilità precontrattuale da revoca del provvedimento favorevole²¹.

Di peculiare interesse in questo caso sono le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza circa il riparto di giurisdizione. È stato affermato che, nel caso in cui l'annullamento derivi da un provvedimento di autotutela ormai inoppugnabile in ragione della scadenza del termine di impugnazione, ovvero derivi da sentenza passata in giudicato, la giurisdizione appartenga al giudice ordinario anche ove sia prevista la giurisdizione esclusiva²².

Le Sezioni Unite hanno rilevato come, in questo caso, a fronte della definitività dell'annullamento e quindi dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, sia ove derivi da autotutela che da una sentenza, non residuino margini di esercizio del potere amministrativo e, di conseguenza, venga meno quel collegamento con il potere mediato ed indiretto che giustifica l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai comportamenti lesivi di diritti soggettivi²³.

¹⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Status professionale della pubblica amministrazione ed obbligo di informazione precontrattuale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 11, 10983.

²⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/2015, pp. 1 ss.

²¹ In tal senso, si v. anche Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Il Corriere giuridico*, n. 5/2012, pp. 675 ss.; Cass., S.U., 23 marzo 2011, n. 6594, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1209.

²² Così Cass., 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Sett. giur.*, 1988, II, p. 866; Cass., 12 maggio 2015, n. 9636, cit. Cass., 18 giugno 2005, n. 13164, in *DeJure*, banca dati Giuffrè e Cass., 10 gennaio 2013, n. 477.

²³ Si veda, al riguardo, l'ampia riflessione di M. PENNASILICO, *"Ménage à trois": la correzione giudiziale dei contratti*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 1/2016, pp. 179 ss., in particolare, per il tema dell'interpretazione correttiva, pp. 186 ss.

Tutto ciò non può che significare l'avvicinamento del diritto pubblico al diritto privato e il progressivo superamento della concezione di soggetto autoritario della pubblica amministrazione²⁴.

dirittifondamentali.it

²⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, pp. 111 ss. 