

La responsabilità precontrattuale tra passato e presente

SOMMARIO: 1. La responsabilità precontrattuale oscillante tra la natura contrattuale ed extracontrattuale.– 1.1. *Segue*. La natura contrattuale. – 1.2. *Segue*. La natura extracontrattuale. – 2. La buona fede. – 3. Il principio di conservazione del contratto. – 4. Il risarcimento del danno e la sua quantificazione. – 5. La responsabilità della Pubblica Amministrazione.

1. Non occorre spendere molte parole per sottolineare la perdurante rilevanza del tema della responsabilità precontrattuale che sovente ha attirato, sotto molteplici profili, l'attenzione dei giuristi: da qui l'opportunità di un'attenta ricognizione che metta in luce le peculiarità ed il *trend* evolutivo della materia.

Al riguardo occorre prendere le mosse dalla disputa sulla natura della suddetta responsabilità che dall'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza viene ricondotta alla responsabilità extracontrattuale avente ad oggetto il rispetto di una serie di doveri di condotta quali l'interesse alla lealtà ed alla serietà della trattativa, mentre l'indirizzo minoritario tende ad assimilarla alla responsabilità contrattuale in quanto diretta a proteggere l'interesse alla prestazione.

L'art. 1337 cod. civ. impone alle parti durante lo svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto l'obbligo di agire secondo buona fede. La norma mira a prevenire la mancata conclusione del negozio per fatto imputabile ad una parte, anche per semplice colpa, quando sussiste il giustificato affidamento della controparte.

La disciplina della responsabilità precontrattuale risulta così applicabile a tutte le fattispecie in cui sia configurabile una trattativa destinata alla conclusione del contratto e durante la quale si esige che le parti ispirino a buona fede la reciproca condotta.

Giova in ogni caso sottolineare che la menzionata disciplina, volta a garantire nella fase precontrattuale il contraente in buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente ovvero dall'ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, non si applica se: *i*) la parte avrebbe potuto con l'ordinaria diligenza venire a conoscenza della reale situazione¹; *ii*) la causa di invalidità del contratto, nota soltanto ad uno dei contraenti, derivi da una norma di legge che per presunzione assoluta deve essere nota alla generalità dei cittadini².

¹ Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1062.

² Cass., 8 luglio 2010, n. 16149, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 5, p. 1065.

Da altro angolo visuale l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza applica l'art. 1338 c.c. – specificazione della responsabilità precontrattuale – a tutte le ipotesi di invalidità del contratto. Con il termine “invalidità” si intende la nullità, l'annullabilità e la nullità parziale, oltre all'ipotesi di mancata comunicazione di una causa di inefficacia del contratto (c.d. vizi del consenso), ravvisandosi in tali casi l'esigenza di tutelare le aspettative delle parti al perseguimento di determinate utilità. In altre parole la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. presuppone non solo la colpa di una parte nell'ignorare la causa di invalidità del contratto, ma anche la mancanza di colpa dell'altra parte nel confidare nella sua validità³.

In passato la *communis opinio* della dottrina e la prassi giurisprudenziale ritenevano che la protezione di un contraente dalle insidie della controparte fosse rimessa alle c.d. tutele demolitorie (annullabilità e rescissione) e il diritto al risarcimento potesse sorgere solo a seguito dell'attuazione di simili tutele.

Così delineato il rapporto tra il sistema delle invalidità ed il rimedio del risarcimento era rimasto confinato all'ambito dell'art. 1338 c.c. e non aveva interessato l'istituto della responsabilità civile se non per l'aspetto marginale della natura della responsabilità e della disciplina ad essa applicabile. In tale contesto si dava per scontato che il rimedio risarcitorio dell'art. 1338 c.c. fosse successivo al rimedio demolitorio, poiché si supposeva che il contratto fosse stato invalidato, e dipendente dalla sua disciplina: come dire che un contratto invalidante non dava luogo a responsabilità ove non venisse invalidato e un contratto valido non dava a luogo a responsabilità se non nel caso eccezionale contemplato nell'art. 1440 c.c.

Da qualche anno tuttavia l'assetto della relazione tra invalidità e responsabilità risulta in buona parte capovolto posto che: *i*) di fronte ad una causa di annullabilità o di rescissione del contratto si attribuisce al contraente, la cui volontà sia viziata da errore, dolo, violenza o da stato di necessità o di bisogno, l'alternativa tra l'esercizio dell'azione di annullamento o rescissione e l'esperimento di un'azione di responsabilità che mantenga in vita il negozio annullabile o rescindibile; *ii*) a carico della parte, che abbia insidiato scorrettamente l'autonoma determinazione negoziale dell'altra, viene generalmente addossata una responsa-

³ Cass. civ., 21 agosto 2004, n. 16508, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, n. 7-8; E. DEL PRATO, *Ai confini della risoluzione per inadempimento*, in *Contr.*, 7, 2013, p. 653 ss.

bilità anche quando la scorrettezza commessa non integri uno dei vizi della volontà.

Siffatte considerazioni hanno indotto ad utilizzare la responsabilità precontrattuale quale strumento correttivo dell'equilibrio negoziale, riconoscendo al contraente "ingannato" un compenso volto ripristinare la stabilità contrattuale mancata.

In tempi meno recenti la giurisprudenza aveva negato la configurabilità della responsabilità precontrattuale per vicende riguardanti la fase antecedente alla conclusione del contratto, una volta che quest'ultimo fosse venuto ad esistenza⁴. Successivamente si è assistito ad una inversione di rotta nel senso che tra i giudici è prevalsa la tesi secondo cui la regola cristallizzata nell'art. 1337 cod. civ. è destinata ad assumere il valore di una clausola generale il cui contenuto, andando ben oltre l'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, implica l'obbligo di trattare in modo leale la controparte e perciò di informarla su tutti gli elementi rilevanti "conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza" ai fini della stipulazione del contratto⁵. Ne consegue che il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del negozio acquista rilievo non soltanto in caso di mancata conclusione del contratto, anche invalido e/o inefficace, ma altresì quando «il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto»⁶.

Particolarmente significativa è la circostanza che la qualifica della natura della responsabilità precontrattuale incide profondamente sia sull'onere probatorio addossato alla parte che agisce in giudizio, sia sulla prescrizione applicabile alla relativa domanda risarcitoria, benché la differenza tra le due nature di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) vada sfumando.

⁴ Cass. civ., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 6, n. 892; G. ORLANDO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire e il suo ambito "oggettivo"*, in *Contr.*, 2011, p. 657 ss.

⁵ Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, f. 8-9, p. 1599; E. DEL PRATO, *Corrispettività senza contratto e rimedio risolutorio*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 405 ss.

⁶ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. comm.*, 2008, 2, p. 344; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *www.judicium.it*; R. SACCO, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 620 ss.; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedi risarcitori*», Torino, 1995.

1.1. L'esperienza giurisprudenziale degli ultimi anni ha ricondotto la responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella contrattuale allorché si ravvisi il c.d. contatto sociale.

La fattispecie, che resta accreditata dall'ampiezza delle fonti delle obbligazioni descritte nell'art. 1173 c.c., impone alle parti un obbligo specifico di buona fede sicché colui che intenda far valere la predetta responsabilità è tenuto a dimostrare soltanto l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno⁷.

Ne consegue che la natura contrattuale dell'affidamento violato non presuppone necessariamente il contratto come atto negoziale consistente in un accordo, ben potendo altresì riferirsi all'obbligo della prestazione e agli obblighi accessori i quali cominciano ad esistere sin dall'inizio delle trattative. In altri termini la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue la sua prestazione si definisce contrattuale non soltanto laddove l'impegno ad adempiere, poi rimasto inattuato, derivi tipicamente da un contratto, ma anche quando essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente qualunque ne sia la fonte.

Il c.d. contatto sociale va definito come un rapporto particolare durante la fase antecedente alla formazione del contratto che si fonda sull'affidamento di una parte nella condotta dell'altra.

In un contesto del genere la qualifica "contrattuale" non si basa esclusivamente sul significato letterale dell'espressione adoperata, ma può discendere persino dalla violazione di obblighi nascenti dal semplice contatto sociale ogni volta in cui l'ordinamento imponga ad un soggetto di mantenere un determinato comportamento⁸.

1.2. La giurisprudenza maggioritaria sostiene che la responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione della regola di condotta prevista dall'art. 1337 c.c. a tutela della formazione del negozio, costituisce una forma di illecito aquiliano a cui vanno applicate le relative disposizioni sull'onere della prova.

Ne consegue che «qualora gli estremi del comportamento illecito

⁷ Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441; Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. comm.*, 2008, 2, p. 344.

⁸ Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. comm.*, 2008, 2, p. 344; Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, n. 1795; Cass. civ., 17 dicembre 2012, n. 23211, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 12, n. 1427.

siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte» incombe sul danneggiato l'onere di dimostrare che il recesso non sia corretto⁹.

La responsabilità precontrattuale così delineata si configura con riguardo tanto al processo formativo del contratto (proposta ed accettazione) quanto alla fase "antecedente" le trattative, con il solo limite che «la rottura delle trattative e la mancata conclusione del contratto siano state in anticipo programmate e costituiscano l'esercizio di una facoltà legittima»¹⁰.

Riesce pertanto agevole sostenere che la scorrettezza precontrattuale, dando vita ad un illecito, è fonte di responsabilità aquiliana anche quando non si verifichi l'invalidazione del contratto. In proposito la Suprema Corte ha testualmente osservato che: «la responsabilità per violazione del dovere di buona fede durante le trattative non è limitata ai casi in cui alla trattativa non segua la conclusione del contratto o segua la conclusione di un contratto invalido bensì si estende ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto»¹¹.

Ad una siffatta conclusione si è pervenuti soltanto di recente atteso che la giurisprudenza e la dottrina in passato sostenevano che il comportamento scorretto di un contraente potesse dar luogo ad una responsabilità extracontrattuale solo ove conducesse alla conclusione di un contratto invalido. Non si riteneva perciò sussistente la citata responsabilità in presenza di un contratto valido proprio perché la sua validità presupponeva necessariamente che la correttezza di un contraente, non essendo giunta a viziare la volontà dell'altro, fosse giuridicamente irrilevante. In questo senso la giurisprudenza di legittimità affermava: «La stipulazione del contratto preclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. non rilevando ai fini dell'applicazione della predetta norma il danno concretatosi nella conclusione di un negozio a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se

⁹ Cass. civ., 5 ottobre 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597; Cass. civ., 19 gennaio 2009, n. 1166, in *D&G*, 2009, p. 19; Cass. civ., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, f. 9, n. 1228; G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Milano, 1996, p. 101 ss.

¹⁰ Cass. civ., 6 marzo 1992, n. 2704, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1560; Cass. civ., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250; Cass. civ., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, 3, I, p. 669; P. BARCELLONA, *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 247 ss.

¹¹ Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, f. 8-9, p. 1599.

una delle parti avesse tenuto un comportamento conforme a buona fede¹². Ed ancora: «Ai fini della responsabilità per danni nel vigente ordinamento, rileva soltanto l'inadempimento di obbligazioni nascenti dal contratto e non più gli eventuali comportamenti scorretti delle parti in momenti ad esso antecedenti che restano assorbiti dal raggiungimento dell'accordo»¹³.

Nell'intento di screditare questo consolidato orientamento giurisprudenziale la dottrina, per un verso, eccepiva che la sanzione di invalidità per i c.d. vizi determinanti (cioè che presentano i requisiti disciplinati dalle relative norme) non portavano ad escludere la diversa sanzione della responsabilità per i c.d. vizi incidenti (cioè che mancano dei caratteri richiesti per legittimare l'azione di annullamento o di rescissione) e, per un altro, evidenziava la compatibilità tra la validità del contratto e l'esperibilità di un'azione di danni *ex art. 1440 c.c.*

Nel disposto dell'art. 1440 c.c. si riscontra una generale tutela risarcitoria per il caso in cui il contratto sia il frutto di una decisione "deformata" dalla condotta sleale e scorretta di una delle parti nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto medesimo.

La *ratio* del principio esposto, corrispondente alla logica del dispositivo negoziale, è riassumibile nelle due seguenti considerazioni:

1. l'ordinamento garantisce che il contraente riceva il bene per cui si è rivolto al mercato e quindi gli attribuisce un rimedio (l'azione di annullamento per errore essenziale) nel caso in cui l'esito dell'accordo (interesse programmato) non corrisponda all'interesse che lo aveva spinto a raggiungere il suddetto accordo (interesse perseguito);

2. l'ordinamento non assicura (salvo che le parti nell'esercizio dei loro poteri di autonomia non lo abbiano incluso nel contenuto negoziale) che ciò per cui il contraente si è rivolto al mercato sia proprio quello di cui aveva bisogno (irrelevanza dell'errore sui motivi) e pertanto non gli fornisce rimedi laddove il bene ricevuto non soddisfi le esigenze per le quali aveva concluso lo scambio.

Volendo esaminare alcune fattispecie emblematiche di responsabilità extracontrattuale, conviene innanzitutto ricordare che, al cospetto di offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari in cui manca la trattativa, non sussistendo una relazione diretta con la controparte bensì unicamente delle informazioni reperibili sul mercato, si rav-

¹² Cass. civ., 13 dicembre 1994, n. 3621, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 12, n. 1650.

¹³ Cass. civ., 27 luglio 2001, n. 2080, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, n. 1484; analogamente Cass. civ., 26 luglio 2006, n. 16937, in *Obblig. e contr.*, 2007, 5, p. 407.

visa la responsabilità (precontrattuale) extracontrattuale se si rileva una «violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che corredata l'offerta». Si tratta di regole volte a tutelare un insieme indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi «la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli»¹⁴.

Gli obblighi generali di diligenza, trasparenza e correttezza sanciti dall'art. 21 t.u.f. sono applicabili anche nei rapporti di intermediazione finanziaria con il cliente professionale. Dottrina e giurisprudenza si sono chieste se e con quali limiti sia possibile richiamare le clausole di correttezza e buona fede nell'ambito del mercato finanziario, ovvero in contesti nei quali le parti operano in posizione di disparità specialmente dal punto di vista informativo (si pensi alla vendita dei prodotti derivati). Da qui l'esigenza di rivedere gli obblighi di comportamento dell'intermediario finanziario nei confronti del cliente professionale che si traducono essenzialmente in doveri di informazione.

Affinché l'intermediario non incorra in responsabilità precontrattuale l'informazione deve essere conforme alla natura del bene o del servizio fornito, alle caratteristiche degli strumenti finanziari negoziati, al tipo di operazione, al livello di rischio e alle notizie rilevanti sull'affidabilità dell'emittente. Nell'ottica di realizzare un simile obiettivo è necessario che l'organizzazione interna dell'intermediario sia adeguata non solo ai fini di una corretta conoscenza e gestione dei dati importanti, ma anche all'utilizzo di procedure all'uopo idonee: in tal caso viene alla ribalta il dovere di diligenza quale parametro idoneo a valutare l'esattezza dell'adempimento, posto che le caratteristiche della prestazione dipendono direttamente dalle modalità con cui l'intermediario ha impostato e gestito l'attività medesima.

Il rispetto degli obblighi menzionati assume particolare rilievo ove si tenga presente che il cliente, oltre ad essere il soggetto debole per il dislivello informativo e lo scarso potere contrattuale, è oggettivamente impossibilitato ad intervenire sulla formazione e sul contenuto del contratto. Ne discende che la trasmissione delle informazioni da parte dell'intermediario per essere effettiva e non causare responsabilità precontrattuale deve consistere in un'attività di informazione/consulenza con una chiara evidenziazione dei rischi dell'investimento¹⁵.

¹⁴ Cass. civ., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, 9, p. 2474; Cass. civ., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 6, n. 892; Cass. civ., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926, *ivi*, 2012, 2, n. 222.

¹⁵ Trib. Verona, 20 settembre 2012, in *Corr. giur.*, f. 8-9, 2013, p. 1094 ss.; Trib.

E ancora in tema di attività negoziale fra la P.A. ed il privato il contratto stipulato (pur già perfetto nei suoi elementi costitutivi) richiede per la sua operatività «l'approvazione dell'autorità di controllo che agisce come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del negozio medesimo»; sicché il comportamento della P.A. che abbia preteso l'adempimento della prestazione prima dell'approvazione del contratto da parte dell'autorità di controllo genera, qualora tale approvazione non sia intervenuta, la responsabilità precontrattuale secondo la previsione dell'art. 1337 c.c.¹⁶

2. La buona fede che deve caratterizzare il comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto consiste in un dovere di correttezza, diligenza ed informazione.

Talune pronunce affermano che la responsabilità precontrattuale sussiste sia nel caso di "*trattativa contrattuale seria*", sia nell'ipotesi di "*trattativa prodromica ed esplorativa*" poiché l'obbligo di buona fede dovrebbe permanere tutto il periodo delle trattative a prescindere dal grado del loro sviluppo¹⁷.

Sulla scia di tale orientamento si perviene alla logica conclusione che le parti sono tenute a comportarsi correttamente fin dall'inizio del negoziato e, in particolare, nella fase "meramente esplorativa" durante la quale non vengono posti in essere né atti giuridici né negozi. Viceversa sembra importante che la controparte venga informata non solo della possibilità di concludere il contratto, ma anche delle circostanze significative rispetto all'economia del dettato contrattuale; principio quest'ultimo che mira a tutelare l'interesse alla libertà negoziale dei contraenti.

Un diverso approccio giurisprudenziale fa leva, ai fini della responsabilità precontrattuale, sulla constatazione che: *i*) le trattative intercorse tra le parti siano giunte ad uno stadio tale da giustificare oggettivamente l'affidamento nella stipula del contratto; *ii*) una delle parti abbia interrotto le trattative per eludere le ragionevoli aspettative dell'altra la quale, confidando nel buon esito delle trattative medesime, sia stata indotta a

Milano, 19 aprile 2011, in *Contr.*, 2011, p. 761; Trib. Bari, 10 marzo 2010, n. 814, in banca dati *dejure*; L. PICARDI, *La negoziazione di strumenti finanziari derivati fra codice civile e legislazione speciale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, II, p. 370; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, *ivi*, 2010, I, p. 137 ss.

¹⁶ Cass. civ., 11 settembre 2008, n. 23393, in *Foro it.*, 2009, 11, p. 3131; Cass. civ., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 5, n. 700.

¹⁷ Cass. civ., 2 novembre 2010, n. 22269, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 11, n. 1397; Cass. civ., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250.

sostenere spese od a rinunciare ad occasioni piú favorevoli; *iii*) il comportamento del soggetto inadempiente sia stato provocato, se non da malafede, almeno da colpa e non sia assistito da un giusto motivo¹⁸.

Particolarmente significativa si rivela quella ulteriore consolidata tendenza volta a sostenere che la regola introdotta dall'art. 1337 cod. civ., oltre ad applicarsi ovviamente nel caso classico di rottura ingiustificata delle trattative, va elevata a dignità di clausola generale in virtù della quale la condotta delle parti non può essere predeterminata in modo preciso, ma implica per entrambe il dovere di negoziare in maniera leale astenendosi da atteggiamenti maliziosi e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto¹⁹. In quest'ottica le trattative devono svolgersi lealmente e correttamente su di un piano di parità senza che ciascuno dei contraenti, con malizia, tenga impegnato l'altro precludendogli ulteriori *chances* negoziali²⁰.

Beninteso è ammesso il recesso dalle trattative ma il *punctum dolens* concerne l'individuazione delle circostanze che giustificano un simile epilogo, tali cioè da evitare il delinarsi di una responsabilità precontrattuale.

Secondo una tesi, che risulta avvalorata anche da alcune sentenze della Suprema Corte risalenti nel tempo²¹, nella fase antecedente alla conclusione di un contratto le parti in ogni tempo hanno piena facoltà di verificare la convenienza alla stipula e di richiedere tutto quanto necessario in relazione alle future reciproche obbligazioni, con la libertà per ciascuna di esse di interrompere le trattative indipendentemente dall'esistenza di un giustificato motivo. In siffatta evenienza permane il solo limite del rispetto del principio di correttezza e buona fede che fa sorgere a carico dei contraenti un reciproco dovere di informazione sulla reale possibilità di concludere il contratto senza omettere circostanze significative.

Viceversa la giurisprudenza piú evoluta ha precisato che la responsabilità precontrattuale si riscontra non solo al cospetto di un recesso in-

¹⁸ Cass. civ., 7 maggio 2004, n. 8723, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, n. 5.

¹⁹ Cass. civ., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597; Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, p. 440; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, 2, p. 133.

²⁰ Cass. civ., 26 aprile 2012, n. 6526, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 4, n. 536.

²¹ cfr. Cass. civ., 19 novembre 1994, n. 9802, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 11, n. 1510; Cass. civ., 29 maggio 1998, n. 5207, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, n. 1131.

giustificato dalle trattative, ma anche quando non viene fornita una completa informativa circa la reale intenzione di addivenire alla stipula del contratto nel corso delle trattative stesse²².

3. Le parti, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi che precedono la conclusione del contratto, ricercano la comune intenzione risultante dal significato delle parole usate e dal comportamento complessivo tenuto. La volontà così manifestata assume importanza ai fini della responsabilità precontrattuale in tutti i casi in cui siano stati compiuti atti contrastanti con la correttezza e la buona fede.

Valorizzando il principio di conservazione del contratto varie decisioni hanno chiarito che, una volta concluso il negozio, l'eventuale nullità di una clausola non comporta la responsabilità precontrattuale se la parte colpita dallo squilibrio, indotto dalla nullità parziale, omette di provare che le restanti pattuizioni non possano sussistere in modo autonomo e che vi sia stata un'apposita intenzione di creare disagio all'altro contraente²³.

L'ovvio corollario è che, nell'ipotesi di nullità parziale, allorché non si accertino evidenti profili di responsabilità contrattuale, si tende a conservare il contratto sostituendo le clausole nulle con norme imperative ex art. 1419, secondo comma, c.c.

Diverso è il caso della nullità totale che si verifica quando il vizio investe pattuizioni legate le une alle altre da un rapporto di "interdipendenza" o "inscindibilità". Sul punto si registrano due orientamenti giurisprudenziali che si sono occupati di valutare se il contratto possa essere o meno conservato: l'uno di carattere soggettivo che mira ad indagare la volontà dei contraenti, l'altro oggettivo diretto a considerare il funzionamento del negozio.

La *ratio* della previsione di nullità totale va in ogni caso individuata nell'assenza originaria della causa del negozio che provoca l'alterazione dell'equilibrio instauratosi tra i contraenti: qualora la predetta assenza sia imputabile al comportamento colpevole di una delle parti durante la fase

²² Cass. civ., 26 aprile 2012, n. 6526, cit.

²³ Cass. civ., 11 luglio 2012, n. 11749, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, f. 7-8, n. 903; Cass. civ., 20 marzo 2012, n. 4382, in *Foro it.*, 2012, 6, p. 1754; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, 1, Milano, 2006, p. 117; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 717.

delle trattative si delinea la responsabilità precontrattuale per l'esecuzione di un contratto squilibrato contrario al principio di buona fede.

In definitiva si vuol dire che, ai fini della conservazione parziale e/o totale di un contratto nullo, giocano un ruolo decisivo il comportamento tenuto dalle parti nel corso delle trattative e l'osservanza del principio di buona fede. Quest'ultimo, quale strumento integrativo, agevolerebbe la conservazione del contratto ogni volta in cui risulti chiaro il senso dell'operazione²⁴.

4. Non è difficile accorgersi come nella vicenda della responsabilità precontrattuale rivesta una particolare importanza l'aspetto del risarcimento, "patologia" alternativa all'annullamento del contratto per vizi del consenso e al recesso esercitato dalla parte destinataria delle false informazioni che resta esonerata dall'obbligo di provarne il carattere determinante.

La violazione di uno specifico obbligo precontrattuale giustifica il risarcimento del danno, anche quando l'inadempimento non si riferisce alla prestazione caratterizzante l'operazione contrattuale e non sia esplicitamente legato all'altra prestazione in modo sinallagmatico, purché sia rilevante per l'interessato al punto che quest'ultimo, laddove avesse conosciuto le necessarie informazioni, non avrebbe concluso il negozio.

Considerando l'ipotesi prevalente della responsabilità extracontrattuale e fermo restando che in tale caso la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno cede a carico del danneggiato (*ex artt.* 2043 e 2059 c.c.), la valutazione dell'entità del risarcimento è correlata alla stipula o meno del contratto. Non è infatti possibile conseguire un risarcimento equivalente a quello ottenibile dalla mancata sottoscrizione del contratto avendo il risarcimento lo scopo di compensare la perdita dei guadagni che sarebbero derivati da altre *chances* se non si fosse fatto affidamento sulla stipula di quel contratto.

Pertanto non appare condivisibile l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione in base al quale, ove si profili una responsabilità precontrattuale, il contraente in buona fede ha il diritto di pretendere «il ri-

²⁴ R. SACCO, in ID. e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, Torino, 2004, p. 553; F. GALGANO, *Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto*, in *Commentario cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1998, p. 146; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1998, p. 439; GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, p. 591.

sarcimento di qualsiasi danno comunque connesso alla violazione ad opera della controparte dei doveri di cui all'art. 1337 cod. civ.»²⁵

D'altro canto un consolidato orientamento giurisprudenziale ha stabilito che in tema di responsabilità precontrattuale l'ammontare del danno va quantificato tenendo conto delle caratteristiche dell'illecito e della responsabilità, attesa la necessità di un coordinamento tra il principio secondo cui il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro per il quale le trattative devono svolgersi correttamente.²⁶

Ne deriva che, quando il contratto non è stato concluso e non si è verificata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non si è autorizzati a reclamare un risarcimento identico a quello spettante per effetto dell'inadempimento contrattuale. In una evenienza del genere i danni saranno contenuti nei limiti del c.d. "interesse contrattuale negativo" comprendente le spese inutilmente sostenute in previsione della stipula del contratto nonché le perdite patite per non aver usufruito di ulteriori occasioni²⁷.

Una soluzione analoga merita di essere accreditata allorché il pregiudizio economico discenda dalla rinuncia a stipulare un contratto con contenuto diverso rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative, sempre che la mancata conclusione sia una conseguenza immediata e diretta del comportamento contrario a buona fede di uno dei contraenti²⁸.

Viceversa nell'ipotesi in cui il danno scaturisca da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente" il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio connesso alla mancata esecuzione del contratto (c.d. interesse positivo), deve essere rapportato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico provocato dal comportamento sleale di uno dei contraenti, salvo la prova di ulteriori danni consequenziali e diretti²⁹. Resta comunque inteso che la liquidazione del danno in via equi-

²⁵ Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, p. 806; C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, f. 6, p. 1949.

²⁶ Cass. civ., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, n. 1568; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XII, t. II, *Il contratto in generale*, Torino, 2000, p. 347 ss.

²⁷ Cass. civ., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250; Cass. civ., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, f. 12, n. 1605; D'AMICO, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, V – *Rimedi* – 2, Milano, 2006, 1107.

²⁸ Cass. civ., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 605.

²⁹ Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, p. 440; Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, p. 1599; C. CASTRONOVO, *La respon-*

tativa deve essere ammessa soltanto al cospetto dell'impossibilità di quantificare esattamente un pregiudizio certo nella sua sussistenza.

Analizzando il profilo del risarcimento in caso di contratto valido o invalido, la giurisprudenza sostiene che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede acquista importanza non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido od inefficace, ma anche se il contratto sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte "vittima" del comportamento scorretto.

Addirittura allorché si tratti di intermediazione finanziaria la violazione dei doveri di informazione del cliente, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati, dà luogo a responsabilità precontrattuale con il connesso obbligo risarcitorio ove la menzionata violazione si verifichi nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione volto a regolare i successivi rapporti tra le parti. La responsabilità diventa invece contrattuale ovvero si profila un diverso risarcimento quando la violazione concerne le operazioni d'investimento o di disinvestimento compiute in esecuzione del contratto medesimo³⁰.

In una prospettiva differente si colloca il negozio concluso dal "*falsus procurator*" che dà diritto, a favore dell'altro contraente, al risarcimento del danno per aver confidato senza colpa nell'operatività del negozio stesso³¹.

Infine nell'ulteriore ipotesi di responsabilità da contatto sociale il risarcimento comprende sia la perdita subita che il mancato guadagno purché siano in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento alla conclusione del contratto. Ed è appena opportuno puntualizzare che il danno emergente si identifica con le spese sostenute mentre il lucro cessante con le occasioni di lavoro mancate, restando escluso quanto sarebbe spettato in forza del contratto mai stipulato³².

5. La responsabilità precontrattuale della P.A. prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che si con-

sabilità precontrattuale, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, p. 19 s.

³⁰ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giust. civ.*, 2008, 12, p. 2775; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari-Rescigno, IV, 3, Milano, 2009, p. 236.

³¹ Cass. civ., 14 maggio 1997, n. 4258, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, n. 743.

³² Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 12, n. 1795.

cretizza nell'annullamento o revoca dell'atto adottato. La predetta responsabilità non discende dalla violazione delle norme di diritto pubblico che concernono l'agire autoritativo della P.A. e dalla cui inosservanza scaturisce l'illegittimità dell'atto, bensì deriva dalla violazione delle regole comuni che disciplinano la condotta precontrattuale ed in particolare dell'art. 1337 c.c. che addossa all'ente pubblico doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli nascenti in capo ad un soggetto privato nel corso delle trattative³³.

La responsabilità precontrattuale della P.A. viene pertanto definita come una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non già sull'interesse legittimo al conseguimento del bene della vita a cui si aspira, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza.

Prima di giungere al riconoscimento della *culpa in contrahendo* della P.A. si sono registrate diverse fasi evolutive.

In una prima fase dottrina e giurisprudenza negavano la responsabilità precontrattuale della P.A. sulla base delle seguenti considerazioni: *i*) presunzione di legittimità degli atti dell'amministrazione; *ii*) insindacabilità del comportamento discrezionale della P.A. durante lo svolgimento delle trattative; *iii*) inconcepibilità di un affidamento incolpevole del privato sulla conclusione del contratto non ravvisandosi un'uguaglianza tra le parti; *iv*) esistenza di un sistema di controlli a cui è sottoposta l'attività negoziale dei soggetti pubblici.

Agli inizi degli anni sessanta del secolo scorso la giurisprudenza, superando i limiti concettuali appena elencati, cominciò a riconoscere la responsabilità precontrattuale della P.A. ed a consentire che il privato agisse nei confronti dell'ente pubblico per richiedere un risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale in caso di recesso ingiustificato dalle trattative. Malgrado fossero addossati alla P.A. gli obblighi di correttezza e buona fede nel corso delle trattative contrattuali, la *culpa in contrahendo* veniva tuttavia ravvisata unicamente nelle ipotesi in cui l'amministrazione scegliesse di adottare, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata. Si riteneva che l'amministrazione, operando *iure privatorum* al pari di ogni privato, dovesse rispettare i canoni contemplati negli artt. 1337 e 1338 c.c. e che il suo comportamento fosse sindacabile dal giudice ordinario.

³³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Napoli, 2007; C. M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 158.

La svolta si è avviata con la sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite del 22 luglio 1999 n. 500 che ha indotto la giurisprudenza ad ammettere la responsabilità precontrattuale della P.A. tutte le volte in cui entrambe le parti siano gravate da un obbligo di comportarsi secondo buona fede, con la conseguente trasposizione in ambito amministrativo dei principi civilistici³⁴.

Il settore nel quale la P.A. può più frequentemente incorrere in responsabilità precontrattuale è quello delle procedure ad evidenza pubblica.

Nel caso in cui emerga una siffatta responsabilità la P.A. dovrebbe rimborsare alla controparte tutte le spese sostenute per la partecipazione alla gara, ivi comprese le somme versate a titolo di retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento della struttura aziendale. Se è vero che tali spese sarebbero state ugualmente sostenute, è altrettanto chiaro che il danno deriva dal fatto che le società partecipanti hanno destinato una parte delle loro risorse umane e materiali alla partecipazione alla gara rinunciando al loro utilizzo in altre attività. Il menzionato danno, non essendo quantificabile in modo preciso, potrebbe essere stabilito in via forfettaria ed equitativa nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese affrontate per i c.d. costi vivi inerenti alla predisposizione dell'offerta ed alla partecipazione alla gara.

Nella fattispecie di responsabilità precontrattuale da revoca degli atti di gara andrebbe inoltre riconosciuto il danno da perdita della c.d. *chance* contrattuale alternativa, risarcibile anche laddove la struttura aziendale dell'impresa che lo lamenta fosse compatibile con la contemporanea esecuzione di più contratti. Ciò che conta è che nella specie l'impresa abbia preferito, nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, non assumere contestualmente più impegni e concentrarsi sull'appalto oggetto di quella specifica gara. Si badi che una scelta del genere, proprio perché non risulta incauta od irragionevole, non costituisce un comportamento negligente che possa rilevare ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c.

La tesi innanzi esposta ha ricevuto autorevole conferma dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., che, con la decisione n. 6/2005, ha condannato per la prima volta la P.A. al risarcimento dei danni da trattativa fallita

³⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 343 ss.; E. NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, a cura di U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F.D. BUSNELLI, Torino, 2001, p. 338 ss.

poiché «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»³⁵.

Anche la Corte di Cassazione, intervenendo sull'argomento, ha stabilito che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutte le situazioni nelle quali l'ente pubblico, nelle trattative 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 anch'esso è tenuto, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.³⁶.

STEFANIA PIACENTINI

Abstract

L'elaborato ripercorre con diligenza l'evoluzione della responsabilità precontrattuale. L'autrice, dopo aver esaminato la natura contrattuale o extracontrattuale dell'istituto, sofferma la sua attenzione sulla buona fede che deve contraddistinguere il comportamento degli agenti negoziali nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Altro aspetto interessante della rassegna riguarda l'applicazione del principio di conservazione del contratto affermato da molteplici sentenze della

³⁵ Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Cons. Stato*, 2005, I, p. 1440; B. DE ROSA, *La responsabilità precontrattuale della P.A., superato il dogma della giurisprudenza civile*, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, p. 1183; M. ZUCCHERETTI, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2003, p. 3245; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 1459.

³⁶ Cass. civ., sez. II, 10 gennaio 2013 n. 477, in *Danno e resp.*, f. 7, 2013, p. 754 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 633 in *Urb. e app.*, f. 10, 2013, n. 1086; Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116, in *Foro Amm. CDS*, 2012, f. 7/8, n. 1834; Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002, *ivi*, 2011, 9, n. 2826; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 11 aprile 2013 n. 1916, in *Corr. merito*, n. 7, 2013, p. 791 ss.; Cass. civ., 20 marzo 2012, n. 4382, in *Guida al diritto*, 2012, 31, p. 63; Cass. civ., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Foro Amm. CDS*, 2005, n. 2503; Cass. civ., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. civ., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, 3 I, p. 669; Cass. civ., 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, n. 10.

Suprema Corte secondo cui nell'ipotesi di nullità parziale, allorché non emerga un'evidente responsabilità contrattuale, il contratto non subisce alterazioni di sorta e la sua conservazione si realizza sostituendo le clausole nulle con norme imperative ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, cod. civ.

Proseguendo nella sua disamina l'autrice si pone il problema di verificare se e quando sorge il diritto al risarcimento del danno configurabile come una "patologia" alternativa all'annullamento del contratto per vizi del consenso. Per quanto concerne l'entità del risarcimento la giurisprudenza tende a correlarla alla stipula o meno del contratto, sottolineando nel contempo che, quando il contratto non si è perfezionato, i danni dovranno essere contenuti nei limiti del c.d. "interesse contrattuale negativo" comprendente le spese inutilmente sostenute in previsione della stipula del contratto nonché le perdite subite per non aver usufruito di ulteriori *chance*.

La rassegna si chiude con una riflessione sulla responsabilità precontrattuale della P.A. tanto più importante ove si consideri che si tratta di un argomento non adeguatamente approfondito in dottrina e giurisprudenza.

Fermo restando che una responsabilità del genere si riscontra più frequentemente nelle procedure ad evidenza pubblica, l'autrice, sulla scia di una giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, sottolinea come una siffatta responsabilità ricorra in tutte le ipotesi in cui entrambe le parti debbano comportarsi secondo buona fede con la conseguente trasposizione nel settore amministrativo dei principi civilistici.

The composition diligently recalls the evolution of the pre-contractual liability. The author, after examining the contractual or extracontractual nature of the liability, keeps her attention on the good faith that has to mark the contractors' behaviour during the negotiations and the contract drafting.

Another interesting aspect of the composition concerns the application of the contract preservation principle stated by various decisions of the Supreme Court by which in case of partial void, if a clear contractual responsibility does not appear, the contract is not subjected to changes and its preservation takes place by the replacement of the void clauses with the mandatory clauses *ex art. 1419*, second section, of the Civil Code.

Going ahead with the examine of the pre-contractual liability the author inquires herself to verify if and when the right to damages arises as alternative dysfunction to the voiding contract due to a consent defect. As regards the entity compensation the case-law ties it to the enter into a contractual agreement, at the same time highlighting that when the contract is not over the damages will have to be limited in the "negative contractual interest" included the useless costs supported for the conclusion of the contract and the losses supported due to the missing chances.

The composition closes itself with a consideration about the Public Ad-

ministration pre-contractual liability as it is an argument to still analyze in doctrine and case-law.

Give that such liability is present in the public challenges, the author following the sentence of the Supreme Court highlights that the mentioned liability is always present when the contractors have to behave with good faith and as a consequent there is the application of the civil principles in the administrative law.