

LA CORTE DI CASSAZIONE E LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE: “LOOKING BACK, THINKING FORWARD”

(*)

La sentenza della Corte di Cassazione, 12 luglio 2016, n. 14188

Eugenio Tagliasacchi

Con una recente pronuncia, la Corte di Cassazione¹ è tornata a occuparsi della qualificazione della responsabilità precontrattuale, riportando al centro dell’attenzione il dibattito - invero mai del tutto sopito - su una questione di massima rilevanza, tanto sotto il profilo teorico, quanto sotto quello pratico².

Nel caso di specie, la controversia trae origine dalla domanda di risarcimento del danno proposta dalla società attrice nei confronti del Ministero della Difesa,

del Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri e della Scuola Allievi Carabinieri di Roma, in ragione del mancato avveramento della *condicio iuris* di efficacia del contratto di appalto stipulato tra le parti, che, ai sensi dell’art. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, avrebbe dovuto ottenere l’apposita approvazione della parte pubblica.

Il Tribunale e la Corte di Appello avevano inquadrato l’ipotetica responsabilità gravante sull’amministrazione nell’ambito dell’art. 2043 c.c. e avevano respinto la domanda, rilevando l’intervenuta prescrizione del diritto di credito per il decorso del termine di cui all’art. 2947 c.c..

Per contro, con il ricorso per cassazione, la società rileva come la condotta debba essere collocata nell’ambito della responsabilità contrattuale, poiché l’approvazione del contratto ad evidenza pubblica, ai sensi

(*) Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

¹ Cass., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, *Dir. e giustizia*, 2016, 32, 4.

² La bibliografia in materia è ricchissima. Tra i primi studi, Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906; Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, II, 1956, 360; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; Messineo, *Il contratto in genere*, Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973. Più di recente, Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, Bessone, *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. 2, Torino, 2000, 243. Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 291.

dell'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923, deve essere considerata una mera *condicio iuris* sospensiva della sola efficacia di un contratto già concluso.

Merita particolare attenzione la formulazione del motivo di ricorso, così come risulta sintetizzato nella sentenza in commento.

Nella prospettazione del ricorrente, infatti, la circostanza che sia venuta a mancare l'approvazione del contratto in un momento successivo alla stipulazione di questo, comporterebbe la conseguenza che la responsabilità dell'amministrazione sia "*ancorata alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 1358 e 1375 c.c.*" e, quindi, configurata come responsabilità di tipo contrattuale, con applicazione della prescrizione decennale, *ex art. 2946 c.c.*

Sotto questo profilo, dunque, il ricorrente non pare invocare una responsabilità di natura precontrattuale, bensì una vera e propria responsabilità per inadempimento dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto o durante la pendenza della condizione. Tuttavia, nella sentenza, si legge ancora che, sempre nell'ottica del ricorrente, la ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale sarebbe da preferirsi altresì in ragione della circostanza che tra l'amministrazione e il privato vi sarebbe un "*contatto sociale qualificato*", dal quale deriverebbero specifici obblighi di protezione della prima a favore del secondo, sicché "*l'inadempimento di tali obblighi - non traducendosi in una lesione dall'esterno della posizione*

giuridica della parte interessata, ossia in virtù della condotta di un soggetto non legato ad essa da una precedente relazione giuridica, come avviene nella responsabilità aquiliana - darebbe luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale".

Non pare coerente la sovrapposizione tra la prima ricostruzione come ipotesi di responsabilità contrattuale, fondata sulla considerazione che sarebbe semplicemente mancata l'approvazione di un contratto di per sé ormai già concluso, e questa seconda prospettiva che fa leva, invece, sul "*contatto sociale qualificato*".

L'incoerenza di fondo deriva dal fatto che l'invocazione della ben nota figura del *contatto sociale* si giustifica quando si è fuori dal campo contrattuale strettamente inteso, ma, ciononostante, si avverte l'esigenza di applicare il regime relativo alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, sicché, a tal fine, si afferma che le parti non possono essere considerate alla stregua di estranei privi di qualsivoglia relazione (come invece avverrebbe nella responsabilità aquiliana), in quanto il loro rapporto è per l'appunto qualificato dal contatto sociale.

Ne consegue che non risulta condivisibile l'invocazione di tale teoria da parte del ricorrente per trarre un argomento a sostegno dell'applicazione del regime contrattuale dopo che lo stesso già aveva affermato l'applicabilità dell'art. 1375 c.c. sul presupposto che il contratto fosse concluso.

Nel ritenere fondato tale motivo di ricorso, però, la Corte di Cassazione ne

propone una lettura più articolata, optando per la qualificazione della condotta nell'ambito della responsabilità precontrattuale.

La Corte ritiene, infatti, di dover escludere che fosse sorto un vincolo contrattuale tra le parti, in quanto per l'efficacia del negozio risultava necessaria l'approvazione ministeriale ai sensi dell'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923, che richiede l'adozione di un provvedimento espresso. In proposito, i giudici statuiscano che *“ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.)”*³. Del resto occorre sottolineare come sia ormai consolidata la giurisprudenza che riconosce la sussistenza della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione che ometta d'informare il privato circa gli adempimenti che potrebbero determinare l'invalidità o l'inefficacia del contratto, salva la prova concreta dell'irragionevolezza dell'affidamento del privato medesimo⁴.

³ Cass., sez. I, 15 maggio 2015, n. 10020, *Giust. civ. mass.*, 2015.

⁴ Per una recente pronuncia citata dalla stessa sentenza in commento, cfr. Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, *Foro amm.*, 2015, 6, 1659. Tale sentenza valorizza i profili di autoreponsabilità del contraente privato, affermando che *“Nell'accertare se il privato abbia confidato senza colpa nella validità ed efficacia del contratto con la P.A., agli effetti dell'art. 1338 cod. civ., il giudice di merito deve verificare in concreto se la norma violata fosse conoscibile dal cittadino mediamente avveduto, tenuto conto dell'univocità dell'interpretazione della norma stessa e della conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità”*.

Ma a questo punto, dopo aver escluso la sussistenza di un effettivo vincolo negoziale, la Corte si sofferma in modo approfondito sulla natura della responsabilità precontrattuale, affermando la possibilità di ricondurla a quella per inadempimento ex art. 1218 c.c., in considerazione della sussistenza di un contatto sociale qualificato.

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE: PROFILI GENERALI

L'origine della responsabilità precontrattuale viene ricondotta all'elaborazione di Rudolf von Jhering⁵ in merito alla nozione di *culpa in contrahendo*, utilizzata per spiegare come, nel diritto romano, si potesse ricorrere ad azioni contrattuali in riferimento a contratti invalidi⁶. Sotto la vigenza dell'attuale art. 1337 c.c., la figura viene connessa alla violazione dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede nello *svolgimento*

In senso analogo, Cass. sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135, *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2112, anch'essa relativa a un'ipotesi di approvazione ministeriale prevista dall'art. 19 del r.d. n. 2440 del 1923. Nel caso di specie, però, viene esclusa la sussistenza di una responsabilità di tipo precontrattuale: detta approvazione, infatti, secondo la pronuncia *“costituisce condicio iuris, che incide non sulla formazione ma sulla efficacia del contratto, ed il suo diniego non consente di ravvisare una responsabilità precontrattuale della P.A., qualora la mancata approvazione derivi dalla violazione di norme di carattere generale, di cui può presumersi la conoscenza e la cui ignoranza avrebbe potuto essere superata attraverso l'uso della normale diligenza, non essendo in tal caso configurabile un affidamento incolpevole del privato”*.

⁵ Von Jhering, *'Culpa in contrahendo' oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Jena, 1861.

⁶ Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 326.

delle trattative e nella formazione del contratto. Va precisato che la violazione della buona fede precontrattuale non può essere circoscritta alle sole ipotesi di mala fede, ossia alle situazioni in cui il contraente scorretto si trova in uno stato soggettivo di consapevole malizia, quindi in dolo, ma va altresì estesa alle ipotesi di trattativa negligente, quindi di colpa, in armonia con l'origine dalla *culpa in contrahendo* di von Jhering. Gli aspetti problematici riferibili alla disciplina della responsabilità precontrattuale sono molteplici e pare opportuno procedere a una sintetica ricostruzione dei profili di maggiore rilievo, per poi concentrarsi sul tema della natura della responsabilità.

Occorre anzitutto interrogarsi circa il contenuto del dovere di buona fede, che si ritiene si estrinsechi in una pluralità di regole di condotta. Si riconosce l'esistenza di un dovere di informazione, quantomeno circa la validità e l'efficacia del contratto, nonché di quelli, ad esso strettamente connessi, di verità e di chiarezza. Un ulteriore specifico dovere è, poi, quello di non deludere l'affidamento di controparte attraverso la rottura ingiustificata della trattativa.

La violazione dei suddetti doveri può assumere diverse forme, sicché si distinguono diverse situazioni di danno precontrattuale⁷. La prima e più

importante ipotesi riguarda la mancata conclusione del contratto, la quale può dipendere, oltre che dal particolare caso della mancata approvazione dell'Amministrazione, anche dall'ingiustificato abbandono della trattativa e, inoltre, dalla condotta della parte che, col proprio comportamento negligente o scorretto, abbia dato causa al giustificato recesso dell'altra parte.

È comunque pacifico che non ogni abbandono della trattativa integri una scorrettezza precontrattuale, fonte di danni risarcibili. A tal fine sono, infatti, necessarie determinate condizioni e, in particolare, oltre alla prova della sussistenza del danno, occorre un elemento di carattere oggettivo, consistente nel ragionevole affidamento della parte che subisce il recesso sulla serietà delle trattative stesse, derivante dalla circostanza che esse hanno raggiunto uno stadio avanzato, ovvero che vi siano state apposite assicurazioni dell'altra parte. È, poi, necessario un requisito soggettivo e di carattere negativo, consistente nell'assenza di un giustificato motivo per abbandonare il contratto *in itinere*.

La seconda ipotesi di danno precontrattuale riguarda la situazione presa in considerazione dall'art. 1338 c.c., ossia l'ipotesi di conclusione di un contratto invalido oppure, per l'interpretazione prevalente, anche inefficace. L'estensione

⁷ Per un riferimento giurisprudenziale recente alle diverse ipotesi di danno precontrattuale, cfr. Cass., sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, *Foro it.*, 2016, 5, I, 1703, secondo cui "la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un

contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso". Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873, *Guida dir.*, 2014, 3, 74.

dell'applicazione dell'art. 1338 c.c. al contratto inefficace induce peraltro a ritenere che la fattispecie prevista dall'art. 1398 c.c., relativa al negozio stipulato dal *falsus procurator*, determini un'ipotesi di responsabilità sostanzialmente assimilabile a quella precontrattuale⁸.

Nella giurisprudenza della Corte di Cassazione prevale un orientamento piuttosto rigoroso, che esclude l'applicabilità dell'art. 1338 c.c. in una pluralità di situazioni. Anzitutto la disposizione in questione non trova spazio quando la parte che ha confidato nella validità del contratto è in colpa poiché avrebbe dovuto conoscere la causa di invalidità, oppure, per il principio *ignorantia legis neminem excusat*, quando l'invalidità deriva dalla violazione di una norma imperativa. Ulteriori esclusioni sono state ravvisate per la violazione della forma scritta nei contratti contro la pubblica amministrazione, per la violazione di una norma posta a protezione della parte che tace la causa di invalidità e,

⁸ Si esprimono in questo senso la dottrina prevalente e la giurisprudenza maggioritaria, cfr. Cass., sez. I, 29 agosto 1995, n. 9061, *Giust. civ. mass.*, 1995, 1550, secondo cui “il contratto di natura privatistica stipulato dal legale rappresentante dell'ente pubblico in difetto dell'atto deliberativo dell'organo competente (ratifica) è assimilabile al negozio concluso dal *falsus procurator* ed è soggetto alla relativa disciplina (art. 1388, 1398, 1399 c.c.). Nel suddetto contratto, la fattispecie soggettivamente complessa a formazione progressiva si perfeziona con la ratifica, senza la quale il negozio non è idoneo a produrre effetti nella sfera dello pseudo rappresentato ed il terzo contraente non ha titolo per esercitare nei confronti di quest'ultimo l'azione di inadempimento, che presuppone l'esistenza di un contratto valido ed efficace tra le parti - nè può chiedere il pagamento di una penale, che si ricollega ad una responsabilità prettamente contrattuale - ma può solo invocare la responsabilità del *falsus procurator* per colpa in *contrahendo* ex art. 1398 c.c., assimilabile a quella precontrattuale (e limitata al c.d. interesse negativo)”.

altresì, per il caso della frode del minore che, a ben vedere, non determina l'invalidità del contratto, come statuisce espressamente l'art. 1426 c.c.. Vi è, infine, un'ipotesi che assume particolare rilievo per la somiglianza con il caso oggetto della sentenza in commento: si tratta dell'eventualità in cui sia mancata una *condicio iuris* (anche in questo caso veniva in rilievo l'approvazione del contratto) a causa della violazione di norme di carattere generale, “di cui poteva presumersi la conoscenza da parte del contraente privato e la cui ignoranza avrebbe potuto comunque essere superata attraverso l'uso della normale diligenza”⁹.

Infine, la terza ipotesi di danno precontrattuale si riferisce alla conclusione di un contratto valido ma che, per la scorrettezza di una parte, risulta pregiudizievole per l'altra.

L'interpretazione tradizionale era incline a ritenere che la sfera della responsabilità precontrattuale fosse rigidamente distinta da quella connessa a un contratto valido, con la conseguenza che, dopo la conclusione di questo, le scorrettezze precontrattuali non potevano più dare luogo all'applicazione dell'art. 1337 c.c., essendo ormai assorbite dall'avvenuta stipulazione del negozio¹⁰. In questa

⁹ Si fa riferimento alla già citata sentenza Cass. sez. I, 13 maggio 2009, n. 11135, *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2112, in cui si trattava, come nel caso in commento, di un contratto inefficace poiché non approvato ai sensi dell'art. 19, r.d. n. 2240 del 1923.

¹⁰ In questo senso, Cass., sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, *Giust. civ.*, 2006, 12, I, 2717, che afferma “il principio della cumulabilità, nel nostro ordinamento, dei due tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) da illecito civile è legittimamente invocabile quando uno stesso fatto autonomamente generatore di danno integri gli estremi tanto

prospettiva, l'art. 1440 c.c. in tema di dolo incidente era considerata l'unica norma che attribuisse rilievo alla condotta tenuta nel corso delle trattative al fine di farne derivare degli effetti anche nel periodo successivo alla stipulazione. A ben vedere, però, in dottrina è stato rilevato come non solo l'art. 1440 c.c., ma anche gli artt. 1491 e 1494 c.c., pur riferendosi a un contratto valido, sono caratterizzati da un'origine precontrattuale¹¹

Attualmente ¹² dottrina e giurisprudenza¹³ prevalenti (ivi incluse

dell'inadempimento contrattuale, quanto del torto aquiliano (come nel caso, ad esempio, delle lesioni subite dal lavoratore per inosservanza di norme anti infortunistiche), ma non anche nell'ipotesi in cui un'attività prenegoziale astrattamente generatrice di danno (sostanziantesi nelle cosiddette "trattative") confluisca fisiologicamente nel negozio cui essa risultava funzionalmente e teleologicamente collegata, risultando, in tal caso, soltanto il negozio stesso l'eventuale fonte di responsabilità (contrattuale)". Analogamente, cfr. Cass., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545, Giust. civ. mass., 2016, riferita alla stipula di un preliminare, secondo cui "ove alla stipulazione del contratto preliminare non segua la conclusione del definitivo, la parte non inadempiente (nella specie, il promittente alienante) può agire nei confronti di quella inadempiente (nella specie, il promissario acquirente) facendone valere esclusivamente la responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale e non anche, in via alternativa, la responsabilità precontrattuale da supposta malafede durante le trattative, giacché queste ultime, cristallizzate con la stipula del preliminare, perdono ogni autonoma rilevanza, convergendo nella nuova struttura contrattuale che rappresenta la sola fonte di responsabilità risarcitoria".

¹¹ Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, 123.

¹² Già Luigi Mengoni era di questo avviso, cfr. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit.; Roppo, *Spunti in tema di responsabilità «pericontrattuale». Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, 16.

¹³ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, 3, I, 784; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775. Prima di queste pronunce delle Sezioni Unite c'era stato un precedente in tal senso Cass., sez. I, 29 settembre 2005, 19024, *Foro it.*, 2006, 4, I, 1105. Più di recente cfr. le già citate

le Sezioni Unite) ritengono, invece, che sia perfettamente concepibile una responsabilità precontrattuale da contratto valido; tra le pronunce in tal senso, ha avuto grandissimo rilievo la nota sentenza della Corte di Cassazione resa nel caso Cir-Fininvest¹⁴, in seguito

Cass. sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762, *Foro it.*, 2016, 5, I, 1703 e Cass., sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 23873, *Guida dir.*, 2014, 3, 74.

¹⁴ Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, *Europa e dir. priv.*, 2013, 4, 1097. Secondo la pronuncia "l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali", nonché "chi lamenta di essere stato danneggiato da una sentenza "ingiusta", perché frutto della corruzione di un componente del collegio giudiziario, ha facoltà di esercitare, in via autonoma, un'azione per il risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative, pur in presenza di un contratto valido. All'esercizio in via autonoma dell'azione risarcitoria non è d'ostacolo il rimedio della revocazione straordinaria della sentenza per dolo del giudice ex art. 395 n. 6 c.p.c., perché assorbito dalla sopravvenienza di una transazione tombale, riferibile a quegli stessi fatti oggetto del giudizio e altresì reso inutile per carenza di interesse, a motivo della oggettiva impossibilità, in sede rescissoria, di ripristinare la situazione, quale sarebbe stata in presenza di un giudice non corrotto. Con riferimento alla relazione causale tra i fatti che realizzano la complessa struttura dell'illecito, essa va ravvisata, in base ad un giudizio contro-fattuale, ispirato al principio del "più probabile che no", nell'atto doloso (il comportamento del giudice corrotto) che ha cagionato ad altri un (evento di) danno (la sentenza corrotta), ingiusto (siccome consistente nella ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce, una "conseguenza dannosa risarcibile" (la transazione rovinosa), legata da nesso di "conseguenzialità immediata e diretta" ex art. 1223 c.c. con la sentenza frutto di corruzione" e ancora "in virtù dei principi costituzionali del giusto processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale, la previsione di cui all'art. 395, numero 6), cod. proc. civ. deve essere interpretata nel senso di non inibire alla parte, vittima di una sentenza pronunciata da giudice corrotto, la possibilità di agire direttamente per il risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ., allorché ricorra una situazione di oggettiva carenza di interesse ad avvalersi

alla quale si potrebbe affermare che dopo il periodo che ha visto la c.d. “fuga dalla responsabilità civile” verso il regime contrattuale, vi sia ora una sorta di “ritorno” alla prima.

Dopo aver brevemente ricordato il contenuto del dovere di buona fede e le diverse situazioni di danno precontrattuale, pare ancora opportuno soffermarsi sul tema della quantificazione del risarcimento¹⁵.

Il discorso va differenziato a seconda che si verta, da un lato, nel caso di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, oppure, dall'altro, di contratto valido ma pregiudizievole. In estrema sintesi, con riferimento alle prime due ipotesi, si può affermare che, siccome l'interesse leso dalla scorrettezza precontrattuale è non già l'interesse alla prestazione, bensì solo quello alla conclusione del contratto, il conseguente risarcimento va limitato al c.d. “interesse negativo” e, quindi, alle spese inutilmente sostenute (danno emergente) e alle occasioni contrattuali perse (lucro cessante)¹⁶.

Secondo un'opinione, inoltre, l'ammontare del risarcimento dell'interesse negativo non può

comunque superare l'interesse positivo, ossia quello che sarebbe derivato dalla corretta esecuzione del contratto, non potendosi, per mezzo dello strumento risarcitorio, mettere la parte nella posizione in cui si sarebbe trovata se avesse concluso il contratto. Nell'ipotesi di contratto valido ma pregiudizievole, invece, il risarcimento viene parametrato al c.d. “danno differenziale”, consistente nella diversa convenienza del contratto effettivamente stipulato rispetto a quello che sarebbe stato concluso in assenza della scorrettezza precontrattuale: si tratta, dunque, del minor vantaggio, ovvero del maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede.

In casi eccezionali, infine, la regola del divieto di parametrare il risarcimento all'interesse positivo conosce talune deroghe.

Alcune di tali deroghe, peraltro, riguardano i contratti della pubblica amministrazione¹⁷.

L'ANNOSA QUESTIONE DELLA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ

dell'impugnazione straordinaria, in ragione sia dell'impossibilità di soddisfare, attraverso l'eventuale pronuncia resa all'esito della fase rescissoria della revocazione, le pretese già in precedenza azionate in giudizio, sia della sopravvenienza di un fatto - nella specie, la conclusione di un contratto di transazione, stipulato nell'ignoranza della vicenda corruttiva - che esplichino effetto preclusivo in ordine alla attitudine della sentenza, frutto di corruzione, ad assumere autorità di cosa giudicata”.

¹⁵ In tema, Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

¹⁶ In questo senso la giurisprudenza costante, cfr. *ex multis*, Cass., sez. II, 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, 313.

¹⁷ È quanto avviene, per esempio, quando, nei contratti di appalto con la pubblica amministrazione, il privato riesce a dimostrare che avrebbe concluso il contratto con certezza, se la P.A. non avesse adottato il provvedimento illegittimo. In tal caso, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, egli può pretendere il risarcimento corrispondente all'utile che avrebbe ottenuto dalla conclusione del contratto, (spesso valutato presuntivamente nella misura del 10 per cento del valore dell'appalto), oltre al “danno curriculare”, consistente con la maggiore qualificazione che l'impresa avrebbe, se avesse potuto vantare nel proprio curriculum l'esecuzione di quell'appalto. Per una sintesi, cfr. C. St, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450, *Foro it.*, 2015, 5, III, 299.

La questione che ha impegnato maggiormente gli interpreti concerne la qualificazione della natura della responsabilità precontrattuale. Le teorie che si contendono il campo sono tre: la tesi della natura contrattuale, quella che la qualifica come extracontrattuale e, infine, quella, decisamente minoritaria, che la considera alla stregua di un *tertium genus*.

Il dibattito, lungi dall'essere una mera disquisizione teorica, determina una pluralità di conseguenze pratiche, derivanti dalle differenze intercorrenti tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

Tra i principali profili di differenza, com'è ben noto, vi è quello relativo al tempo necessario per la prescrizione del diritto, che è decennale *ex art.* 2946 c.c. nella responsabilità per inadempimento e quinquennale (salvo termini diversi nei regimi speciali) nella responsabilità aquiliana (2947 c.c.). Altrettanto rilevante è la differenza in tema di onere della prova del creditore, che nella responsabilità contrattuale è limitato, essendo governato dai principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸, laddove nella

responsabilità aquiliana risulta più gravoso, poiché impone all'attore di dare la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale¹⁹. Una terza differenza riguarda l'inapplicabilità alla responsabilità extracontrattuale dell'art. 1225 c.c., in tema di non risarcibilità dei danni imprevedibili, articolo che non risulta richiamato dall'art. 2056 c.c.. È, poi, diversa la rilevanza della capacità

al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento)". La pronuncia è stata poi costantemente confermata; si veda, in particolare, l'ulteriore intervento delle Sezioni Unite, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532, che afferma che "nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno causato da un errore del medico o della struttura sanitaria, al quale sono applicabili le regole sulla responsabilità contrattuale ivi comprese quelle sul riparto dell'onere della prova, l'attore ha il solo onere - ex art. 1218 c.c. - di allegare e provare l'esistenza del contratto, e di allegare l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'errore del medico e l'aggravamento delle proprie condizioni di salute, mentre spetterà al convenuto dimostrare o che inadempimento non vi è stato, ovvero che esso pur essendo sussistente non è stato la causa efficiente dei danni lamentati dall'attore".

¹⁹ Si tratta della condotta, del dolo o della colpa, dell'esistenza dell'evento dannoso, del nesso di causalità materiale tra condotta e evento, nonché del nesso di causalità giuridica tra danno-evento e le conseguenze dannose.

¹⁸ Secondo la giurisprudenza il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento, essendo tenuto soltanto a dare la prova del titolo dell'obbligazione, del danno e del nesso di causalità giuridica tra l'inadempimento e il danno conseguenza. Sul punto cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *Nuova giur. comm.*, 2002, I, 349, secondo cui "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile

di intendere e di volere, che è un elemento costitutivo della sola responsabilità aquiliana (art. 2046 c.c.) e non anche della responsabilità per inadempimento, atteso che nella sfera contrattuale tale capacità rileva solo nella fase di conclusione del contratto e non ai fini dell'adempimento o dell'inadempimento delle obbligazioni. Infine l'ultima rilevante differenza riguarda la disciplina della *mora debendi*: se l'obbligazione deriva da fatto illecito la mora è automatica, come risulta dall'art. 1219 c.c. (*mora ex re*), laddove nella responsabilità per inadempimento la mora richiede un'apposita intimazione scritta, salvo che il debitore abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere, ovvero che l'obbligazione avesse un termine che risulta scaduto e dovesse essere adempiuta al domicilio del creditore.

La tesi tradizionale²⁰, diffusa in dottrina, e assolutamente prevalente in giurisprudenza, riconduce la responsabilità precontrattuale al regime dell'illecito aquiliano, sul presupposto che, non essendo ancora stato concluso il contratto, non vi sia spazio per la responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.

La tesi intermedia, del *tertium genus*, pur essendo sostenuta in dottrina²¹, è priva di seguito in giurisprudenza, per la difficoltà di individuare un regime di disciplina intermedio tra la responsabilità per inadempimento e quella aquiliana.

²⁰ Bianca, *Il contratto*, Milano, 2004, 161 ss; Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011.

²¹ Sacco, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana; culpa in eligendo ed apparenza*, *Riv. dir. comm.*, 1951, 2, 87; Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1267.

Infine, la tesi che invoca l'applicazione delle regole della responsabilità contrattuale, pur essendo sostenuta da autorevolissimi studiosi²², non è stata accolta di frequente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. È in questo senso, quindi, che si può cogliere la portata innovativa della sentenza in commento, che, con ampia motivazione aderisce all'orientamento minoritario.

Occorre precisare che l'opzione per il regime della responsabilità contrattuale può essere argomentata seguendo due diversi percorsi. Da un lato si può invocare *tout court* il dovere di buona fede stabilito dall'art. 1337 c.c., sul presupposto che esso, come quello di buona fede nella esecuzione del contratto, integri una vera e propria obbligazione, con la conseguenza che verrebbe a configurarsi un'ipotesi di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione prevista dalla legge²³.

²² Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, II, 1956, 360; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; Messineo, *Il contratto in genere*, Cicu-Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973.

²³ Merita sottolineare in proposito un passaggio della pronuncia in commento in cui si fa riferimento alle sentenze in cui si è affermato che la violazione del "principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, "costituisce di per sé inadempimento" e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale (cfr., tra le tante, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010)". Nonché, prosegue la sentenza, "Nella medesima prospettiva - ad evidenziare ulteriormente come la responsabilità di tipo contrattuale possa essere, in concreto, ancorata, oltre che alla violazione di obblighi di prestazione, anche alla violazione di doveri di protezione, che vengono in rilievo prima ed a prescindere dagli altri - questa Corte ha, altresì, statuito che la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., può assumere rilevanza, ai fini della risoluzione del rapporto per inadempimento, qualora, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a

Dall'altro lato si può invocare la teoria del contatto sociale qualificato. La sentenza in commento segue soprattutto questa seconda impostazione, come già avvenne in un celebre precedente della stessa Corte di Cassazione del 2011²⁴, accompagnato da un altrettanto celebre commento di Carlo Castronovo²⁵. Nella teoria del contatto sociale, la particolare relazione che si instaura tra i soggetti in ragione delle interazioni reciproche, ovvero della qualifica professionale di uno dei due, determina un affidamento, che il dovere di buona fede impone di non deludere, sicché da questo sorge un obbligo di protezione della sfera giuridica altrui. Ed è proprio tale obbligo di protezione che attrae il rapporto nell'ambito della disciplina della responsabilità contrattuale, ma con la particolarità che si delinea un'obbligazione senza prestazione. Quest'idea dell'obbligazione senza prestazione venne elaborata dalla dottrina tedesca²⁶ e poi accolta da quella italiana²⁷.

tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudichi gli effetti economici e giuridici del contratto (Cass. 11437/2002)".

²⁴ Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, *Giust. civ. Mass.* 2011, 12, 1795, "La trattativa precontrattuale crea un obbligo di comportamento in buona fede, che distingue tale fattispecie da quella di cui all'art. 2043 c.c., nella quale per contro la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti. La responsabilità che ne scaturisce è di natura contrattuale onde il danneggiato dovrà provare, oltre al danno sofferto, solo la condotta antigiuridica, non anche la colpa del danneggiante".

²⁵ Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, *Europa e dir. priv.*, 2012, 4, 1233. Sulla stessa pronuncia cfr. anche Scognamiglio, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 1949.

²⁶ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1987.

²⁷ Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995.

Anche la giurisprudenza ha mostrato plurime adesioni alla ricostruzione in esame. Ciò è avvenuto in tema di responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera²⁸, dell'insegnante per il danno cagionato dall'alunno a se stesso²⁹, della banca per il pagamento dell'assegno a soggetto non legittimato³⁰ e, infine,

²⁸ Cass., sez. III, 22 gennaio, 1999, n. 589, *Nuova giur. comm.*, 2000, I, 334, secondo cui "la responsabilità del medico ospedaliero dipendente ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata su un contratto intervenuto tra le parti, ma su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente". Successivamente l'orientamento è stato confermato dalle Sezioni Unite, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *Giust. civ.*, 2009, 11, I, 2532.

²⁹ Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, *Foro it.*, 2002, I, 2635, che ha affermato "nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso; e che - quanto al precettore dipendente dell'istituto scolastico - tra insegnante e allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne deriva che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicché, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante".

³⁰ Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, *Foro it.*, 2008, 10, I, 2968, secondo cui "la responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione dell'art. 43, l. ass. (r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, ha - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono

della pubblica amministrazione, in considerazione del “contatto procedimentale”³¹.

L'applicazione di tale teoria alla responsabilità precontrattuale risulta, come si è detto, minoritaria ed è stata bersaglio di numerose critiche, che hanno dato luogo a un acceso dibattito. Una parte della dottrina ha criticato questa ricostruzione rilevando come la volontaria assunzione di un'obbligazione avente ad oggetto una prestazione specificamente determinata risulti imprescindibile per proiettarne l'esecuzione in quell'orbita del “dover essere” che caratterizza la responsabilità contrattuale³². Altri autori, poi, hanno focalizzato l'attenzione non già sul profilo genetico, ossia sul contatto qualificato, che può caratterizzare una pluralità indefinita di relazioni, bensì sul profilo dell'interesse della parte protetta, pervenendo ad escludere l'applicabilità del regime contrattuale in ragione della circostanza che nella fase delle trattative non sussiste ancora l'interesse alla prestazione, che è ciò che puntualmente qualifica la responsabilità contrattuale, distinguendola dagli altri tipi di responsabilità, in cui vengono in rilievo

altri interessi della vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale³³.

La sentenza in commento, aderendo alla teoria della responsabilità contrattuale, mostra di condividere anche le repliche rivolte dagli autori che sostengono questo orientamento alle critiche mosse da coloro che si collocano sul fronte opposto. In particolare, si osserva come la relazione qualificata che caratterizza il contatto sociale si distingua da quella riferibile alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, in ragione della circostanza che soltanto nella prima risulta presente uno scopo specifico (stipulare un contratto valido e vantaggioso, evitare pregiudizi alla salute o al patrimonio), per il raggiungimento del quale tali beni della vita vengono affidati alla correttezza e alla professionalità altrui.

Questa pronuncia, in sintesi, restituisce l'impressione che la Corte, intervenendo su un tema assai dibattuto, voglia “dialogare” con la dottrina del presente e del passato, sicché c'è senz'altro da attendersi che pure quella del futuro non si sottrarrà al confronto: *looking back, thinking forward*, per l'appunto!

dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno – natura contrattuale, avendo la banca un obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto), operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso; ne deriva che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 c.c.”.

³¹ Cfr., da ultimo, C. St., sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421, *Foro amm.*, 2014, 12, 3120.

³² Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 49 ss..

³³ Roppo, *Il contratto*, Milano, 2011, 177.