



LIBERA UNIVERSITÀ MARIA SS. ASSUNTA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA
CLASSE LMG/01**

CATTEDRA DI

DIRITTO CIVILE

La responsabilità precontrattuale – Precontractual Liability

RELATORE

Prof. Cesare Massimo Bianca

CORRELATORE

Prof. Giovanni Giacobbe

CANDIDATO

Patrizia Bonavoglia

Matricola 07091/400

ANNO ACCADEMICO 2012-2013



INDICE

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

Capitolo Primo

IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA

1. La responsabilità precontrattuale: profili generali.
2. Le origini della responsabilità precontrattuale: sviluppi storici dal diritto romano sino ad oggi.
3. Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.
 - 3.1 La tesi della natura extracontrattuale.
 - 3.2 La tesi della natura contrattuale.
 - 3.3 La tesi del tertium genus.
4. Riflessi pratici della qualificazione della responsabilità precontrattuale.
 - 4.1 La prescrizione.
 - 4.2 L'onere della prova della condotta scorretta.
5. La nuova giurisprudenza di legittimità: verso un ripensamento sulla natura giuridica della *culpa in contrahendo*.

Capitolo Secondo

LA BUONA FEDE NELLE TRATTATIVE

1. La buona fede nella fase precontrattuale. L'art. 1337 c.c. quale clausola generale di buona fede.
2. I doveri precontrattuali.
 - 2.1 Il dovere di informazione.
 - 2.2 Il dovere di chiarezza.
 - 2.3 Il dovere di segreto.
 - 2.4 Il compimento di atti necessari per la validità o efficacia del contratto.
 - 2.5 Altro tipico dovere di correttezza: il dovere di custodia.
3. Il recesso ingiustificato dalle trattative.
4. Altre fattispecie particolari di responsabilità precontrattuale: il negozio unilaterale e la donazione.

Capitolo Terzo

IL CONTRATTO VALIDO E LA TEORIA DEI VIZI INCOMPLETI

1. Introduzione: tra regole di validità e regole di comportamento (Brevi cenni).
2. Il contratto valido e la responsabilità precontrattuale.
3. Regole di validità e regole di comportamento: la riscoperta della clausola generale di buona fede (e conseguenze).
- 3.1 (Segue) Il principio di non interferenza tra regole di correttezza e regole di validità e la nullità.
4. La fattispecie del dolo incidente.
5. La teoria dei vizi incompleti del contratto.
 - 5.1 la fattispecie dell'errore determinante sui motivi (riconosciuto o riconoscibile).
 - 5.2 La colposa induzione in errore.
 - 5.3 Il dolus bonus.
 - 5.4 La reticenza dolosa.
 - 5.5 La sfera giuridica dell'incidenza: la fattispecie della violenza incidente.
 - 5.6 (Segue) La fattispecie dell'errore incidente.

Capitolo Quarto

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE NELLA FATTISPECIE DISCIPLINATA DALL'ART. 1338 C.C.

1. L'art. 1338 c.c. quale specificazione dell'art. 1337 c.c. Ambito di applicabilità della norma.
2. La responsabilità precontrattuale in caso di conclusione di un contratto invalido.
 - 2.1 (Segue) Il contenuto del dovere di informazione nella fattispecie del contratto invalido.
 - 2.2 (Segue) La responsabilità precontrattuale nelle ipotesi di annullabilità, nullità e inefficacia. Ambito oggettivo art. 1338 c.c.
3. I vizi del consenso nella fattispecie del contratto invalido: dolo, violenza, errore.

Capitolo Quinto

IL RISARCIMENTO DEL DANNO

1. Il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale. L'interesse negativo.
2. L'individuazione dell'interesse oggetto di tutela.
3. Il rapporto tra l'interesse negativo e l'interesse positivo.
4. Il risarcimento nelle due voci di danno: il danno emergente e il lucro cessante.

5. Il risarcimento del danno nelle ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative e della stipulazione di un contratto invalido.
6. Eccezioni alla regola che esclude il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo.
7. (Segue) Il risarcimento del danno nell'ipotesi di conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole.

Bibliografia

CAPITOLO PRIMO

Il problema della natura giuridica

1. La responsabilità precontrattuale: profili generali.

Nella società odierna, per giungere alla conclusione di un contratto, si rende spesso necessario un periodo, più o meno esteso, di trattative, in quanto non sempre un contratto si presenta come il risultato di una istantanea ed immediata convergenza di due manifestazioni di volontà, anzi, soprattutto se economicamente rilevante, un contratto è sempre più il risultato di un graduale e progressivo avvicinamento delle volontà delle parti.

La fase prenegoziale è di fondamentale importanza ai fini della definitiva formazione di un contratto, dal momento che, proprio durante le trattative, le parti hanno modo di negoziare il contenuto dell'atto in formazione e di compiere una serie di accertamenti tecnici e legali per valutare l'effettiva convenienza dell'affare, la ricerca dei mezzi necessari per poter successivamente adempiere le prestazioni.

Ebbene, è proprio in ragione della complessità che contraddistingue la fase preparatoria di un contratto, che si manifesta l'importanza dell'istituto della responsabilità precontrattuale e della sua disciplina, la cui *ratio* è quella di tutelare la libertà negoziale dei soggetti nella fase di formazione ed esplicazione della loro volontà, e di sanzionare tutti i comportamenti contrari a buona fede, in grado di generare affidamenti o convinzioni infondate.

La responsabilità precontrattuale (o *culpa in contrahendo*) indica la responsabilità per lesione della libertà negoziale come conseguenza di un comportamento non conforme ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede nella fase delle trattative e nella formazione del contratto¹.

¹ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, p. 155 e ss.; F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, II, *Le Obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere, Contratti in genere*, Padova, 1999, p. 55 e ss; A. TORRENTE E P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1999, pag. 484; A. TRABUCCHI, *Istituzione di diritto civile*, Padova, 1999, p. 657.

In particolare, la responsabilità in parola non tutela l'interesse all'adempimento ma mira a tutelare l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative che, a causa del comportamento contrario a buona fede della controparte, conducono a un contratto invalido o alla mancata stipulazione dello stesso². Ad esempio, nel caso in cui una parte abbia stipulato il contratto per effetto del dolo della controparte, l'autore del dolo risponderà per avere indotto in inganno la vittima a stipulare un contratto, che essa non avrebbe stipulato o che avrebbe stipulato a condizioni diverse³.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che il danno debba essere identificato con l'interesse negativo e cioè l'interesse a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale (il c.d. *id quod interest contractum initum non fuisse*)⁴ e affermano che il conseguente obbligo risarcitorio consista nel ripristino della situazione patrimoniale in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non si fosse impegnato nelle trattative, nel caso dell'art. 1337 c.c., ovvero se non avesse stipulato invalidamente il contratto, nell'ipotesi dell'art. 1338 c.c.

Di conseguenza, il danno subito dalla parte sarà commisurato non già all'interesse positivo, ossia all'interesse all'esecuzione del rapporto contrattuale, ma alla lesione del c.d. *interesse negativo*, inteso quale interesse a non stipulare un contratto invalido.

Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che il danno si commisura “*non già ai vantaggi che sarebbero stati ottenuti ed alle perdite che sarebbero state evitate ottenendo l'esecuzione del contratto, ma alle perdite che non sarebbero state subite se le trattative non fossero proprio state iniziate, o se il contratto concluso si fosse rivelato efficace e quindi suscettibile di vantaggi*”⁵.

² In altre parole, oggetto di tutela è l'interesse a non subire, in fase di trattativa e formazione del contratto, comportamenti iniqui che inquinano il regolare svolgimento del rapporto negoziale.

³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 156.

⁴ Più precisamente, l'antico brocardo indica l'interesse a evitare il danno da mancata conclusione di un contratto per il quale sono state avviate le trattative. Per la dottrina v. G. PATTI– S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile* di P. SCHLESINGER, Milano, 1993, p. 84; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175; per la giurisprudenza v. Cass. civ. 13 aprile 1973, n. 1057, in *Mass. foro. it.*, 1973; Cass. civ. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 351 e ss.

⁵ Cfr. Cass. civ. 11 maggio 1990, n. 4051, in *Corr. giur.* 1990, p. 832.

Il codice attuale fa espresso riferimento alla responsabilità precontrattuale negli artt. 1337 e 1338 c.c.⁶

La giurisprudenza⁷ e la dottrina maggioritaria⁸ hanno ritenuto che nella prima disposizione di cui all'art. 1337 c.c. vi fosse un'enunciazione fondamentale del principio della responsabilità precontrattuale e che la successiva disposizione, di cui all'art. 1338 c.c., comportasse una specificazione del suddetto principio⁹.

L'interesse protetto è quello della libertà negoziale della parte contraente nella sua autonomia contrattuale, lesa da un comportamento doloso o colposo ovvero mediante l'inosservanza del precetto di buona fede.

2. Le origini della responsabilità precontrattuale: sviluppi storici dal diritto romano sino ad oggi.

Come già anticipato, la responsabilità precontrattuale indica la responsabilità per lesione dell'altrui libertà negoziale¹⁰, sfociante in comportamenti scorretti e contrari al precetto di buona fede nella fase antecedente la conclusione di un contratto.

L'origine dell'istituto viene fatta risalire in tempi recenti, in particolare verso la fine dell'Ottocento, grazie al contributo di un noto giurista tedesco¹¹ del tempo,

⁶ Ai sensi dell'art. 1337 c.c.: “*Le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede*”.

L'art. 1338 c.c., testualmente, recita: “*La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa, nella validità del contratto*”.

⁷ Cfr., Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 29724, sebbene sia intervenuta su una differente questione relativa al principio di non ingerenza tra le regole di validità e le regole di comportamento, ha lasciato intendere lo stretto legame tra l'art. 1337 c.c., che impone di osservare il canone di buona fede, e l'art. 1338 c.c., che sanziona l'omessa informazione in ordine a cause di invalidità, in quanto violazione della regola comportamentale di cui all'art. 1337 c.c.

⁸ Per tutti v., C. M. BIANCA, *op. cit.*, p.

156. ⁹ *Idem*, p. 156.

¹⁰ *Idem*, p. 159.

¹¹ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo V., Milano, 2006, p. 979 e ss.; P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 129; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 160; L. GAROFALO, *Trattato delle obbligazioni*, Vol. III, Padova, 2010, p. 11 e ss.; G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, Padova, 2009, p. 776; F. PROCCHI, “*Licet emptio non teneat*”, *Alle origini delle moderne teorie sulla cd “culpa in contrahendo*”, Padova, 2012, p. 6 e ss.

che ha formulato il concetto di *culpa in contrahendo* con riferimento alle scorrettezze perpetrate nella fase prenegoziale di un contratto stipulando.

Prima di procedere ad un'adeguata trattazione sull'indagine condotta da Rudolph Von Jhering – ai fini del riconoscimento della responsabilità precontrattuale- è opportuno tornare indietro nel tempo, soffermandosi su quegli aspetti della vita di relazione che rilevavano già nel diritto romano dell'età repubblicana, di cui Cicerone ci offre un'adeguata testimonianza, nonché del successivo periodo giustiniano, riconducibili alla moderna figura della responsabilità precontrattuale.

È proprio l'esperienza giuridica romana a costituire lo spunto per una miglior comprensione delle fondamenta storiche della responsabilità *in contrahendo*¹².

Nell'ordinamento giuridico romano dell'era repubblicana¹³, e più precisamente tra il VI e I secolo a.C., si è iniziato ad assegnare rilievo al dolo in fase precontrattuale (il c.d. *dolus malus* negoziale¹⁴), inteso come attività deliberativa fraudolenta, volta ad indurre o a mantenere in errore la controparte, al fine di realizzare un vantaggio proprio.

È opportuno peraltro precisare che sebbene la figura in argomento iniziasse a delinearsi, e con essa i relativi rimedi, tuttavia tanto nell'ambito della compravendita, che costituiva il primo ambito di rilievo delle scorrettezze derivanti da non corrette informazioni, che negli altri ambiti negoziali, il diritto romano considerava, ai fini della responsabilità *de qua*, soltanto due tipologie di illeciti.

Più in dettaglio, gli effetti sanzionatori erano riconducibili da un lato alle affermazioni incomplete, mendaci, inesatte, alla reticenza e ai raggiri, dall'altro all'omessa informazione, da parte del contraente, di un elemento determinante il consenso del *deceptus*¹⁵, e considerati alla stregua di illeciti penali.

Infatti il dolo della controparte non aveva funzione invalidante l'atto, poiché era pur sempre sorretto da una volontà, ancorché viziata, bensì costituiva un illecito

¹²M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Palermo, 1999, p. 432.

¹³In particolare, R. MARTINI, *Appunti di diritto romano*, II ed., Padova, 2007, pp. 122-126.

¹⁴V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano, 2002, p. 17.

¹⁵M. MARRONE, *op. cit.*, pp. 440-446 e p. 486 e ss.

penale¹⁶ rispetto al quale erano previste delle azioni, che presupponevano comunque la validità del negozio compiuto. Le principali azioni esperibili a tutela dei raggiri attuati in fase prenegoziale erano l'*actio doli*¹⁷ e l'*exceptio doli*.

Come già accennato, si riporta che Cicerone¹⁸ sia stato il primo a riferire dell'importanza dell'*actio doli*, quale efficace strumento contro le slealtà prenegoziali, e che insieme all'*exceptio doli* nonché ai *bonae fidei iudicia*, costituivano i rimedi giuridici principali dell'era post-classica¹⁹.

Accanto al dolo il diritto romano riconosceva il *metus*, ossia la violenza morale, come forma di illecito sanzionabile e perseguibile come un delitto.

Come il dolo anche la violenza morale ha subito una significativa evoluzione rispetto all'antico *ius* civile al diritto pretorio sino a giungere al diritto giustiniano²⁰.

Come già evidenziato, entrambe le suddette figure presupponevano la validità del negozio concluso e la natura penale dell'illecito compiuto.

Soltanto nell'epoca giustiniana, il diritto romano attribuì pieno rilievo alla "corretta" volontà delle parti nella fase di formazione del contratto e i vizi del consenso divennero causa di invalidità del contratto. Di conseguenza, il negozio, sorto per effetto di una volontà viziata *ab origine*, poteva essere paralizzato qualora risultasse viziato da dolo, violenza ed errore, con l'effetto che si passava da un'azione penale ad un'azione *ex contractu*. Le azioni civili da

¹⁶ P. GALLO, *Dai quasi contratti all'arricchimento senza causa*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Milano, 2008, p. 5.

¹⁷ L'*Actio Doli* è stata introdotta dal giurista Aquilio Gallo, nel secolo I a. C.

¹⁸ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, 1962, pp. 1-2 in nota di V. BELLOMIA, *op. cit.*, p.

17.

¹⁹ Cfr. A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. II, II ed., Firenze, 1866, p. 61, cit.: "L'*actio doli* permetteva il conseguimento del risarcimento del danno. Se poi il contratto non fosse stato eseguito, la persona che era rimasta vittima del dolo, era dal pretore soccorsa mediante l'*exceptio doli*. Il dolo nei *negotia iudicia bonae fidei* dava diritto alla parte lesa di non soffrirne le conseguenze" poiché trattandosi di un negozio di buona fede il pretore poteva condannare il convenuto a tutto ciò che risultasse dovuto sulla base della buona fede. Cfr. anche V. BELLOMIA, *op. cit.*, p. 20; P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, p. 69.

²⁰ L'antico *ius* civile, infatti, non attribuiva al *metus* alcun rilievo giuridico. Successivamente, con il diritto pretorio sono state introdotte delle azioni che ponevano rimedi a favore di chi fosse stato vittima dell'altrui violenza, che, come per le azioni contro il dolo, presupponevano comunque la validità dell'atto compiuto. Si tratta, precisamente, della *in integrum restitutio*, con la quale la vittima della violenza poteva ottenere il ripristino della situazione *quo antea*, dell'*actio quod metus causa*, di natura penale al pari dell'*actio doli*, e della *exceptio quod metus causa*, eccezionale qualora il negozio non avesse ancora avuto esecuzione. Cfr. M. MARRONE, *op. cit.*, p. 486 e ss.; P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 127-128.

contratto erano tipiche e venivano concesse anche nel caso di un negozio concluso invalidamente.

Tale mutamento di prospettiva costituì il punto di partenza dell'analisi del giurista Rudolph Von Jhering (1818-1892)²¹.

Nel 1861 Jhering propugnò per la prima volta, nella sua celeberrima opera²², l'esistenza di una responsabilità per *culpa in contrahendo*. Jhering avvertì l'esigenza di evadere dagli schemi rigidi imposti dall'ordinamento giuridico tedesco²³, saldamente ancorato al sistema della tipicità delle azioni delittuali derivanti dal diritto romano, e di accordare finalmente una tutela al contraente che avesse subito un danno cagionato da un errore essenziale (c.d. errore ostativo)²⁴ che ha condotto alla stipulazione di un contratto invalido.

Infatti nel regime allora imperante della *Willenstheorie*²⁵, di cui il massimo esponente fu Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861)²⁶, erano considerati nulli tutti i contratti inficiati da un errore essenziale ed era negata la possibilità per l'oblato di esperire l'azione contrattuale (*ex contractu*) per il risarcimento del pregiudizio subito. Peraltro, era preclusa anche un'azione delittuale (*actio legis Aquiliae*) giacché essa, secondo le fonti del diritto romano, poteva essere esercitata soltanto contro un danno consistito in una lesione materiale o fisica, più precisamente in un *damnum corpore corpori datum*²⁷.

L'intuizione di Jhering fu di riconsiderare l'obbligo di buona fede e di trasporlo nella fase delle trattative pre-stipulatorie, dando origine ad una figura di

²¹ F. PROCCHI, *Rudolph von Jhering: gli obblighi precontrattuali*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, p. 3 e ss., disponibile su http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2010/incontri_di_studio/2010_Incontri_Studio_Procchi.pdf.

²² R. von JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Vertragen*, in *Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen romischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1861.

²³ Era sancita infatti l'irrisarcibilità dei danni cagionati da un errore essenziale (cd *errore ostativo*). Sul punto, M. MARRONE, *op. cit.*, p. 151 e ss. in nota di F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 8).

²⁴ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 979.

²⁵ F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 10; ID., "Licet emptio non teneat", *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd "culpa in contrahendo"*, Padova, 2012, p. 9 e ss.

²⁶ F. Carl von Savigny fu il fondatore della scuola storica del diritto e considerato il precursore della Pandettistica. Per Savigny "quando le fonti parlano di *error*, non intenderebbero far riferimento ad un vizio del consenso delle parti, bensì ad un vizio della volontà che riverbera i propri effetti nella formazione della dichiarazione di volontà", in F. PROCCHI "Licet emptio non teneat", *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd "culpa in contrahendo"*, Padova, 2012, p.

²⁷

G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 979; F. PROCCHI, *op. cit.*, p. 12; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano, 2007, p. 326.

responsabilità che fosse estranea sia all'*actio legis Aquiliae*, per la natura meramente patrimoniale del danno, sia alla responsabilità *ex contractu*, perché a causa della stessa invalidità il contratto non forniva alla vittima alcun ristoro risarcitorio²⁸. L'altra novità significativa della sua teoria fu di concepire quale fondamento della responsabilità precontrattuale non già il precetto di buona fede, bensì la colpa (da cui deriva la denominazione di *culpa in contrahendo*)²⁹.

Analizzando le fonti romane, il primo problema affrontato dal giurista era innanzitutto stabilire se un soggetto che con il suo comportamento colposo era stato causa di nullità di un contratto, fosse tenuto a risarcire il danno cagionato all'altra parte che in buona fede avesse confidato nella validità del negozio.

Esaminando il Digesto, Jhering prese le mosse da due ipotesi, quali l'alienazione di una *res extra commercium* (*locus sacer, religiosus* o *publicus*) e l'eredità inesistente, in cui la parte contraente aveva subito un pregiudizio per non essere stata informata di aver stipulato in realtà un contratto nullo.

Jhering osservò che pur in presenza della nullità dell'atto concluso, rispettivamente, perché il bene era *extra commercium* e perché l'eredità era di fatto inesistente, la parte lesa poteva fare valere l'*actio empti*³⁰, ossia un'azione *ex contractu* volta a farle conseguire "*quod eius interfuit ne deciperetur*", vale a dire il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo³¹.

In altre parole, nonostante la vendita del bene *extra commercium* fosse nulla, al contraente compromesso era riconosciuta, a tutela dei propri diritti, un'azione da qualificarsi come contrattuale.

Dai testi giustinianeî Jhering poté constatare che la conclusione di un contratto nullo se da un lato impediva l'esecuzione dell'obbligazione principale dall'altro

²⁸ L. GAROFALO, *Trattato delle obbligazioni*, Vol. III, Padova, 2010, p.12; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 326.

²⁹ C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 326.

³⁰ Il termine "*actio*", quale mezzo generico di tutela giuridica, indicava nel diritto romano un'espressione tecnica con cui il soggetto poteva far valere in giudizio (e quindi attraverso il processo) il diritto a lui spettante, mediante una sentenza per sé stesso vantaggiosa. (Cfr. G. PUGLIESE, voce, *Azione (Diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, p. 26 e ss.) Nel particolare caso dell'*actio empti*, in sede di interpretazione della *bona fides* cui si ispirava il contratto consensuale di compravendita, essa rappresentava l'azione, accordata al compratore, con cui veniva sanzionata la condotta dolosa del venditore, che avesse scientemente alienato cosa non sua o cosa su cui esistesse un altrui diritto reale limitato, o avesse dichiarato la presenza di date qualità o l'assenza di vizi o avesse dolosamente taciuto l'esistenza di questi ultimi.

³¹ F. PROCCHI, *op. cit.*, Padova, 2012, p. 216.

non precludeva l'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno, per aver confidato nella serietà e validità del contratto.

Il suddetto obbligo risarcitorio, in quanto fondato su di una colpa (c.d.

Verschuldung) esistente al momento della conclusione del contratto, avrebbe trovato secondo Jhering la sua fonte proprio nella *culpa in contrahendo*. Di qui la natura contrattuale della responsabilità in esame. Ciò implicava che il dovere di buona fede fosse correlato al dovere di diligenza nel corso delle trattative, o meglio ancora *in contrahendo* occorreva prestare la stessa diligenza che si richiedeva in fase di esecuzione del contratto³², e la sua inottemperanza dava luogo all'azione contrattuale per il risarcimento del danno³³. Il precetto di buona fede costituiva un'obbligazione specifica derivante non dal generico principio del *neminem laedere*, bensì dalla violazione di un obbligo riguardante la fase non solo esecutiva ma anche preparatoria del contratto³⁴.

Jhering estese l'obbligo risarcitorio a tutti i casi in cui nella fase precedente la stipula di un negozio fosse emersa una *culpa in contrahendo*, tra cui ad es. la revoca della proposta (*Widerruf der Offerte*)³⁵. In merito ad essa, secondo il giurista, sussisteva la responsabilità in argomento nell'ipotesi in cui l'oblato fosse venuto a conoscenza della revoca della proposta in un momento successivo alla manifestazione esteriore della volontà di accettare e lo stesso avesse iniziato in buona fede l'esecuzione del contratto, confidando nella conclusione del medesimo³⁶. Negli stessi termini, veniva sanzionata la rottura di una trattativa in presenza di una formale proposta e di una revoca che intervenisse successivamente alla conclusione del contratto, ovvero, quando la fase delle trattative avrebbe dovuto considerarsi ormai esaurita.

L'insegnamento di Jhering, diffusosi ampiamente nel panorama giuridico ottocentesco, ha esercitato un'importante influenza che ha avuto un largo eco non

³² L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi in onore di Remo Martini*, III, Università degli studi di Siena - facoltà di giurisprudenza collana di studi P. Rossi, Milano, 2009, p.614.

³³ Cfr. R. von JHERING (trad. di F. PROCCHI), in nota di L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 614.

³⁴ Cfr. V. BELLOMIA, *op. cit.*, p. 26;

³⁵ G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, Padova, 2009, p. 776.

³⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 979; ID., p. 980 e ss.: "Le ipotesi che davano luogo al risarcimento del danno erano l'inidoneità del soggetto o dell'oggetto (rispettivamente la vendita di una res extra commercium e l'eredità inesistente) e i vizi della volontà, quali l'errore, la non corrispondenza tra la volontà contrattuale manifestata in precedenza e la volontà attuale contraria alla conclusione del contratto, tra cui la revoca della proposta".

solo nella realtà giuridica tedesca ma anche in quella europea, sebbene non sia stata interamente recepita in maniera organica in numerose codificazioni.

Il diritto tedesco, infatti, non ha formalizzato il principio della responsabilità precontrattuale così come elaborato da Jhering, ciononostante non mancano una serie di disposizioni specifiche ispirate alla sua ricostruzione³⁷. Si pensi ad es. alle disposizioni che prevedono la responsabilità, e dunque anche l'obbligo di risarcire il danno, in caso di dichiarazione viziata da errore o dalla mancanza di una seria intenzione di concludere l'affare, tutte le volte che la parte abbia sofferto un danno per aver confidato senza sua colpa nella validità dell'atto. Peraltro a seguito della riforma intervenuta nel 2002 sul diritto delle obbligazioni è stato positivizzato nel codice tedesco il principio secondo cui il rapporto obbligatorio sorge sin dal momento dell'avvio delle trattative, da cui scaturiscono obblighi comportamentali indotti dal precetto legale di buona fede e la cui violazione darebbe luogo a responsabilità precontrattuale, intesa come una forma di responsabilità contrattuale³⁸.

In seguito il dibattito sulla *culpa in contrahendo* si è spostato in Italia, dove la dottrina maggioritaria era refrattaria ad ammettere la configurabilità di una siffatta responsabilità, nell'ipotesi di recesso dalle trattative. E invero, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, si è percepito fortemente il problema dell'assenza dei rimedi giuridici per la parte che aveva subito il recesso ingiustificato dalle trattative, non potendo ottenere la conclusione del contratto su cui aveva posto un ragionevole affidamento.

Il codice civile del 1865, di poco successivo all'opera jheringiana (1861), non conteneva alcun riferimento alla nozione generale della *culpa in contrahendo* e riconduceva la stessa alla responsabilità aquiliana e al generale dovere del *neminem laedere*³⁹.

³⁷ *Idem*, p. 984 e ss.

³⁸ *Idem*, p. 984. L'a. riporta una serie di disposizioni del codice civile tedesco in cui si rinvencono le tracce della costruzione teorica di R. von Jhering. Fra tutte ad es. § 122. B.G.B., che prevede la responsabilità, e dunque anche l'obbligo di risarcire il danno, in caso di dichiarazione viziata da errore o dalla mancanza di una seria intenzione di concludere l'affare, tutte le volte che la parte abbia sofferto un danno per aver confidato senza sua colpa nella validità dell'atto.

³⁹ Il principio del *neminem laedere* rientrava nell'art. 1151 dell'allora Codice Civile, e comprendeva fattispecie quali la rottura ingiustificata delle trattative, la mancata comunicazione di una causa di invalidità del contratto, l'aver dato colposamente informazioni inesatte. Sul punto cfr. V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 1265.

Invero, il codice del 1865 appariva influenzato più dal modello francese del *Code Napoleon* (1804), cui i Legislatori italiani si erano ispirati, in cui, allo stesso modo, non era presente alcun riferimento alla *responsabilità precontrattuale*, con la conseguenza che la suddetta responsabilità era riconducibile ad una forma di illecito extracontrattuale tutelabile attraverso la responsabilità aquiliana⁴⁰.

La dottrina italiana prevalente affermava il principio della non vincolatività delle trattative ed escludeva radicalmente la figura della responsabilità per recesso dalle trattative, atteso che il recesso era un diritto che non poteva essere sindacato in quanto era una manifestazione di volontà contraria al progetto contrattuale e il contraente che prendeva parte alle trattative doveva essere consapevole del “rischio” della mancata conclusione del contratto⁴¹.

Solo successivamente, un’illustre voce in dottrina⁴² ha iniziato a ritenere che l’ingiustificato recesso dalle trattative ed i comportamenti scorretti in tale fase fossero da ricondursi alla responsabilità precontrattuale, cui conseguiva l’obbligo di risarcire i danni.

In particolare, si riteneva⁴³ che le trattative dovessero essere articolate in tre fasi: la prima caratterizzata dalla volontà delle parti alla conclusione del contratto, pur non avendone determinato il contenuto; nella seconda fase i termini del contratto venivano precisati e definiti, ma le parti non avevano ancora assunto il vincolo contrattuale attraverso lo scambio di proposta e accettazione; nella terza, infine, veniva formulata la vera e propria proposta.

Tali fasi erano tra loro collegate dall’autonomia della volontà, in virtù della quale ciascuno dei contraenti restava libero di recedere dalle trattative fino all’assunzione del vincolo contrattuale⁴⁴ con la necessità del rispetto della regola di buona fede imposta nella fase antecedente la conclusione del contratto⁴⁵.

⁴⁰ U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002.

⁴¹ Sul punto, P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 129-130.

⁴² Sul punto G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, in G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, vol. I, Padova, 2009, p. 775 e ss.; Cfr. anche P. GALLO, *op. cit.*, p. 130; G. PATTI– S. PATTI, *op. cit.*, p. 54 e ss.

⁴³ G. FAGGELLA, *op. cit.*, in G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 775 e ss.

⁴⁴ Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171, nota 30: “L’inizio di una trattativa non autorizza nessuno a fare assegnamento sul suo esito positivo.”

⁴⁵ G. PATTI– S. PATTI, *op. cit.*, p. 60. “La regola di buona fede precontrattuale non determina l’obbligo di concludere il contratto oggetto delle trattative. Le parti possono sempre interrompere

La possibilità di recedere era da ritenersi “compressa” solo quando lo svolgimento delle trattative assumeva valore rilevante ovvero quando si manifestava un’ autorizzazione anche tacita a contrarre, da cui conseguiva un reciproco affidamento sulla conclusione dell’ accordo, per cui l’ ingiustificato recesso risultava idoneo a configurare la responsabilità precontrattuale per lesione del tacito accordo prenegoziale concluso tra parti.

Il lungo dibattito sull’ ammissibilità della responsabilità per *culpa in contrahendo* e l’ ostilità verso un’ apertura in tal senso sono terminati con l’ introduzione nel codice civile del 1942 degli artt. 1337 e 1338 c.c.

La codificazione in due distinte disposizioni della figura della *culpa in contrahendo* ha cristallizzato la tassatività delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, rispettivamente nelle figure del recesso ingiustificato delle trattative e nella stipulazione del contratto invalido.

La *ratio* sottesa all’ inserimento delle citate disposizioni è da ricercarsi nel bilanciamento tra l’ esigenza di solidarietà e nella necessità di limitare l’ autonomia contrattuale per tutelare il legittimo affidamento nella conclusione del contratto.

3. Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Una volta ammessa l’ esistenza della figura della responsabilità per *culpa in contrahendo* è fondamentale individuare la natura giuridica della stessa per delimitare l’ ambito di rilevanza.

La questione circa la corretta determinazione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale è assai discussa posto che l’ attribuzione di una determinata qualificazione giuridica alla stessa (contrattuale, extracontrattuale o *tertium genus*) è determinante per la disciplina giuridica conseguentemente applicabile.

le trattative: tuttavia, qualora dalle trattative sia sorto l’ affidamento di una parte nella conclusione del contratto ed il recesso non sia giustificato, il recedente deve risarcire il danno subito dalla controparte.”

E' evidente che un diverso inquadramento della fattispecie non possa essere privo di conseguenze pratiche: in effetti, l'ascrivere la culpa in *contrahendo* all'area contrattuale o a quella extracontrattuale comporta rilevanti diversità con riferimento all'onere probatorio, al *quantum* della responsabilità ossia alla determinazione del danno, alla rilevanza della colpa, alla costituzione in mora e al termine di prescrizione.

In Italia, già nella vigenza del codice del 1865, vi sono state teorie contrastanti in dottrina e giurisprudenza sull'esatta qualificazione della responsabilità in parola in assenza di una disposizione specifica.

La tesi maggioritaria, sotto il vigore del codice civile abrogato, propendeva per la tesi dell'extracontrattualità degli illeciti prenegoziali, poiché - come sopra esposto - in assenza di una norma che conferisse rilevanza giuridica alla fase prenegoziale, inevitabilmente le scorrettezze contrattuali, attuate nella fase precedente la conclusione del contratto, ricadevano sotto la disciplina dell'art. 1151 c.c. in tutto simile all'attuale art. 2043 c.c. disciplinante l'illecito civile⁴⁶.

Di conseguenza, il presupposto per ammettere tale responsabilità per violazione del generale principio di comportarsi secondo buona fede era la mancata conclusione del contratto.

Successivamente, nonostante l'esplicito riconoscimento operato dal Codice Civile del 1942 in virtù degli artt. 1337 e 1338 c.c., non sono venute meno le polemiche in ordine all'esatta qualificazione della responsabilità in oggetto, come delittuosa, contrattuale ovvero come rientrante in un terzo tipo di responsabilità⁴⁷.

Infine, come nel contesto internazionale, in Italia si poneva il problema della determinazione delle sanzioni conseguenti alla violazione degli obblighi di informazione in compravendita (risarcimento del danno nel limite dell'interesse negativo, riduzione del prezzo, annullamento del contratto, applicabilità di sanzioni penali)⁴⁸. Il dibattito in materia è singolare, atteso che a fronte di un

⁴⁶Sul punto, V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1265; cfr. anche G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1110.

⁴⁷P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Roma, 2009, pag. 130 e ss.; ID., *Responsabilità contrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pag. 295 ss.

⁴⁸L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore, Origini Storiche e Prospettive attuali*, Napoli, 2007, p. 126 e ss., citato in *Teoria e Storia del Diritto Privato*- rivista internazionale, disponibile su <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com>; V. ROPPO, *L'Informazione, precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, IV, p. 750.

indirizzo giurisprudenziale assolutamente monolitico⁴⁹, consolidato fermamente nel riconoscimento della natura aquiliana della responsabilità, esisteva una diatriba nella dottrina volta a ricondurre la figura *de qua* alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Accanto, poi, a tali posizioni contrastanti emergeva la posizione di parte della dottrina che riteneva impossibile ricondurre ad unità le diverse fattispecie di responsabilità che in concreto potevano verificarsi, rilevando che un unico inquadramento monolitico avrebbe svilito e privato di tutela il contraente nei confronti di una vasta gamma di possibili slealtà e scorrettezze prenegoziali.

Come sopra esposto, la natura giuridica della responsabilità precontrattuale, che per parte della dottrina ha un valore meramente qualificatorio, ha in realtà un notevole spessore. Tale aspetto deriva dal fatto che la questione assume pregnanza nel diritto interno, ai fini della disciplina concretamente applicabile - di cui parleremo in seguito - nonché nel diritto comunitario e nell'ambito del diritto internazionale privato.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo, giova ricordare ai fini della rilevanza della determinazione della natura giuridica della responsabilità in argomento, una pronuncia non oltremodo remota del supremo organo giurisdizionale europeo⁵⁰.

La giurisprudenza Comunitaria si era pronunciata in merito all'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 a una questione vertente la natura giuridica della responsabilità, in cui erano incorsi i potenziali contraenti nel corso della negoziazione di un contratto⁵¹. È stato evidenziato che la responsabilità nei rapporti precontrattuali non era stata disciplinata nella menzionata Convenzione e che, sul punto, sussisteva una disciplina non uniforme.

All'esito della sua disamina, la Corte di Giustizia Europea rilevava che la nozione di materia contrattuale, di cui all'art. 5 punto 1 della Convenzione, si dovesse

⁴⁹ Cass. civ. 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, fasc. 10 in nota di G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1107.

⁵⁰ Corte di Giustizia Europea, 17 settembre 2002, n. C-334/00, in *Raccolta*, 2002, I, 7357 e ss., cit. in G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1108; v. anche R. SACCO - G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 260.

⁵¹ Più precisamente la controversia nasceva in conseguenza della rottura delle trattative di un contratto.

intendere riferita soltanto “agli obblighi liberamente assunti da una parte nei confronti dell’altra”, con l’esclusione degli obblighi legali e del generale principio del *neminem laedere*. Invece, la materia del delitto – o quasi delitto, di cui all’art. 5 punto 3, della Convenzione, risultava essere “complementare a quella di materia contrattuale, atteso che essa ricomprendeva qualsiasi domanda che comportasse la responsabilità della controparte che, però, non fosse riconducibile alla “materia contrattuale”. Da tale assunto, la Corte di Giustizia Europea concludeva che la responsabilità precontrattuale, discendendo dalla violazione di un obbligo legale e non volontario, dovesse rientrare nell’ambito applicativo dell’art. 5, punto 3 della Convenzione, e cioè nell’ambito della materia dei delitti o quasi delitti⁵².

3.1 La tesi della natura extracontrattuale.

La dottrina prevalente⁵³ e la costante giurisprudenza⁵⁴ riconducono la natura della responsabilità precontrattuale nell’ambito della responsabilità extracontrattuale.

⁵² In dettaglio, la pronuncia Tacconi in considerazione del fatto che le trattative, pur mosse da un intento negoziale, non giungono al perfezionamento dell’accordo, ha ritenuto che in un contesto caratterizzato dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un’altra in sede di trattative volte alla formazione di un contratto e dall’eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell’ambito di tali trattative, l’azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell’art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles (Cfr. C. SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell’Unione Europea. Dalla domanda al riconoscimento del provvedimento giudiziale*, 2011, p. 44). Tuttavia, secondo G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 1110, la conclusione cui è pervenuta la Corte di Giustizia non ha trovato unanimi consensi nel nostro ordinamento. Nel testo della Convenzione di Bruxelles la nozione di “materia contrattuale” è riferita agli obblighi liberamente assunti da una parte nei confronti dell’altra, con l’esclusione, quindi, degli obblighi legali. Tale affermazione “urta contro la corrente opinione secondo la quale la responsabilità contrattuale comprende tutte le ipotesi di violazione di un obbligo (quale che ne sia la fonte, e pertanto anche se si tratti un obbligo legale)”.

⁵³ R. SACCO - G. DE NOVA, in SACCO DE NOVA, *il Contratto*, 2004, p. 676; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 157; F. GALGANO, *Il Negozio Giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2002, p. 443; V. ROPPO, *il Contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di I. ZATTI, Milano 2001, p. 184; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 34; F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato, Napoli, 1996*, p. 825; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Roma, 2009, p. 130 e ss.; ID., *Responsabilità contrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 295 ss.

⁵⁴ Cfr. Cass. 16 luglio 2001, n. 9645, in *Codice di procedura civile e leggi complementari*, a cura di G. FINOCCHIARO, 2012, p. 440; Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250, cit.: “La responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 cod. civ. può conseguire tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, riguardate come qualcosa di diverso da esso, ossia come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo. Se lo svolgimento delle trattative è, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, violando volontariamente

In particolare, la fonte della responsabilità precontrattuale è identificata in un fatto illecito che ha preceduto o, comunque, accompagnato la formazione del negozio giuridico.

Secondo tale orientamento, la natura aquiliana trova fondamento nel codice civile del 1865, in cui, come già esposto, mancava una norma corrispondente all'attuale art. 1337 c.c. Dunque, in assenza delle norme contenute negli artt. 1337 e 1338 c.c., il dolo e la colpa precontrattuali avrebbero trovato ugualmente sanzione nell'art. 2043 c.c., nel generale principio del *neminem laedere* e non già nelle norme in tema di obbligazione, con la conseguenza che l'obbligo di buona fede sarebbe una specificazione del principio sopra richiamato⁵⁵.

Secondo la giurisprudenza, non essendovi contratto non può esserci neppure responsabilità contrattuale⁵⁶, sul rilievo che il rapporto contrattuale, in tale fase, non è ancora costituito e, pertanto, le parti non sono ancora vincolate al rispetto delle obbligazioni contrattuali ma sono obbligate al rispetto delle regole di buona fede nelle trattative e nel dovere di informare la controparte delle circostanze che possono inficiare la validità del contratto.

La violazione del dovere di buona fede nella fase delle trattative non lede un interesse individuale di un soggetto determinato, come l'interesse del creditore la cui violazione dà luogo a responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma lede un interesse tutelato nella vita di relazione e protetto dall'art. 2043 c.c. contro ogni comportamento doloso o colposo lesivo del generale dovere del *neminem laedere*⁵⁷, imposto a tutti i consociati nel momento in cui entrano in contatto tra loro senza che ciò comporti la nascita di un rapporto obbligatorio⁵⁸.

l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo". Vedi anche Cass. civ. 29 aprile 1999, n. 4299, *Giur. it.*, 2000, p. 932. Cass. 16 luglio 2001, n. 9645, in *Codice di procedura civile e leggi complementari*, a cura di G. FINOCCHIARO, 2012, p. 440.

⁵⁵ R. SACCO - G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 260 e ss. Gli Autori ritengono che, per poter chiarire la natura della responsabilità precontrattuale non bisogna interrogarsi sull'interpretazione dell'art. 1337 c.c., ossia sull'individuazione dei comportamenti in grado di determinare il sorgere di tale responsabilità, bensì interpretare l'art. 2043 c.c., sul rilievo che se l'art. 1337 c.c. non esistesse la slealtà verrebbe repressa dall'art. 2043 c.c. Inoltre l'art. 1337 c.c. interpreta l'art. 2043 c.c., per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà precontrattuale è ingiusto.

⁵⁶ In particolare v. Cass. civ., Sez. I, 30 agosto 1995 n. 9157, in *Codice Civile annotato con la giurisprudenza*, di P. CENDON E A. BALDASSARI, Torino, 2007, p. 1539.

⁵⁷ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁸ Cfr. anche V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano, 2011, p. 177.

In buona sostanza, quindi, la violazione della buona fede si tradurrebbe in una lesione del superiore interesse al rispetto della libertà negoziale che verrebbe compromesso per il venir meno dell'obbligo dell'altra parte di comportarsi secondo buona fede, qualora il contratto non venga concluso o venga concluso invalidamente.

Di conseguenza, non potendosi individuare nella violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, l'inadempimento di un'obbligazione in senso tecnico, dovrebbe certamente propendersi per la natura aquilina della responsabilità in argomento.

Mentre, la responsabilità contrattuale tutela l'interesse all'esecuzione della prestazione, l'obbligo di buona fede tutela gli aspetti della vita di relazione, e precisamente l'interesse alla libertà negoziale, la cui lesione s'inquadra nell'ambito della responsabilità extracontrattuale⁵⁹.

Sul punto, la giurisprudenza ha affermato: “*La responsabilità precontrattuale per violazione dell'art. 1337 c.c., costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo dell'accordo e che, quindi, presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto*”⁶⁰.

Ed invero, considerato che il danno da recesso ingiustificato dalle trattative, ai sensi dell'art. 1337 c.c., avviene per definizione, fuori del contratto e che lo stesso danno da conclusione di contratto invalido, in seguito alla violazione dell'obbligo di cui all'art. 1338 c.c., si colloca in un momento che precede la stipula, entrambi i danni non possono che ascrivere alla responsabilità extracontrattuale.

A sostegno di quanto asserito, rileva un'interpretazione letterale attribuita all'art. 1337 c.c. che rileva un *dovere* di comportamento delle parti in luogo di un *obbligo* di comportarsi: ne consegue, pertanto, che il contegno della parte deve essere

⁵⁹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, sostiene che l'obbligo di buona fede che grava sui contraenti nel rapporto precontrattuale non costituisce un obbligo propriamente contrattuale, giacché tutti i doveri generici della vita di relazione si estrinsecano in comportamenti doverosi posti a carico dei consociati per tutelare interessi suscettibili di essere lesi nei contatti sociali.

⁶⁰ Cass. civ., Sez. Un., 25 luglio 2011, n. 16170, disponibile su <http://www.leggiditaliaprofessionale.it>. Cfr. anche Cass. 16 luglio 2001, n. 9645, in *Codice di procedura civile e leggi complementari*, a cura di G. FINOCCHIARO, 2012, p. 440; Cass. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro.it.*, 2004, 12, I, p. 3318, cit.: “(..) La *culpa in contrahendo* rientra nel genus della responsabilità extracontrattuale.”

preordinato ad un generico dovere di non arrecare danno, anziché ad un preciso obbligo contrattuale.

In conclusione, per la dottrina e la giurisprudenza in materia, la circostanza che tra le parti sussista una *relazione qualificata*, conseguente all'avvio delle trattative non dà luogo comunque alla nascita di un rapporto obbligatorio in senso tecnico e, quindi, l'unica forma di tutela riconosciuta sarà la tutela aquiliana⁶¹.

3.2 La tesi della natura contrattuale.

Parte della dottrina⁶², per contro, nega la natura aquiliana della responsabilità in parola e afferma che la *culpa in contrahendo* ha una natura contrattuale.

La contrapposta tesi contrattualistica muove dal presupposto secondo cui con l'inizio delle trattative sorge, tra le parti coinvolte, un vero e proprio rapporto obbligatorio.

Secondo i sostenitori della teoria che riconduce la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità contrattuale, tra le parti contraenti di un contratto stipulando, intercorre un "contatto sociale" che determina l'instaurarsi di un rapporto obbligatorio, avente ad oggetto l'obbligo legale di comportarsi secondo buona fede *ex art. 1337 c.c.* La giurisprudenza⁶³ e la dottrina⁶⁴, infatti, hanno

⁶¹ In questo senso si esprime V. ROPPO, *op. cit.*, p. 177: " Pur essendo vero che fra i soggetti che si interfacciano nella fase precontrattuale si crea una *relazione qualificata*, in ragione della quale gravano su di essi speciali doveri a tutela dei reciproci interessi, deve ammettersi che si tratta comunque di rapporti che si creano in numerosi altri contesti di attività e rapporti, che non potrebbero riferirsi a un campo diverso da quello della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* Fra imprenditori concorrenti sullo stesso mercato esiste una relazione qualificata, in ragione della quale gravano su di essi specifici doveri di condotta (regole di concorrenza leale) mirati a salvaguardare gli interessi coinvolti in tale qualificata relazione, senza che si costituiscano rapporti obbligatori in senso proprio. Dunque, il punto è che la responsabilità contrattuale e l'obbligazione proteggono l'interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174 c.c.), l'obbligo di buona fede tutela aspetti della vita di relazione".

⁶² V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1265-1274; L. MENGONI, *Sulla natura del responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, introduzioni di G. Perlingieri e F. Festi – Riproduzione anastatica, Napoli, 2012 (Riproduzione dell'edizione: Milano, 1963); C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006; G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, Padova, 2009.

⁶³ Cass. civ. 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2004, 491; Cass. civ. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

⁶⁴ P. RESCIGNO, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, IX, p. 88; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Il

riconosciuto la nascita di un'obbligazione “da contatto sociale” che deriverebbe proprio dalla relazione intercorrente tra le parti nella fase delle trattative. Tale rapporto obbligatorio impegnerebbe i contraenti al rispetto dei principi di correttezza e salvaguardia del reciproco interesse ad una negoziazione esente da vizi, destinato a divenire più vincolante man mano che si consolidi in entrambe le parti un legittimo affidamento circa il buon esito della trattativa stessa, e la cui violazione comporterebbe il sorgere di una responsabilità a prescindere dalla necessità di configurare un diritto assoluto alla libertà negoziale.

Sulla base di tali considerazioni, quindi, il contatto sociale tra le parti in sede di trattative e formazione del contratto è fonte di obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*⁶⁵ ispirati ai concetti di buona fede di correttezza a salvaguardia dei reciproci interessi, la cui violazione, nella fase antecedente la formazione del negozio giuridico, nonché del processo formativo del contratto comporterebbe la violazione di un vero e proprio obbligo giuridico, configurabile come inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.⁶⁶ Invero dall'inosservanza del dovere primario di condotta definito dall'art. 1337 c.c. discenderebbe la frustrazione dell'altrui affidamento nel rispetto della regola di correttezza *in contrahendo* e nella futura conclusione del contratto, e comporterebbe, dunque, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria *ex art. 1218 c.c.* a carico dell'inadempiente.

Tale tesi si fonda sull'assunto che è qualificata come contrattuale la responsabilità che deriva non già dall'inadempimento del contratto bensì dall'obbligazione, a prescindere dal fatto che la relativa fonte sia il contratto o altro fatto idoneo a produrla.

L'art. 1173 c.c. stabilisce, infatti, che le obbligazioni possono nascere non solo dal contratto e dal fatto illecito ma anche da *ogni altro atto o fatto idoneo a produrle*

contratto in generale, Torino, 2000, p. 364, il quale sostiene che la violazione dell'art. 1337 c.c. è sempre fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. Cfr. anche F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole di correttezza*, Padova, 2010, p. 33, in nota 80, il quale afferma che l'espressione “contatto sociale” deriva dall'esperienza giuridica tedesca, “ove nell'ambito della categoria dei rapporti contrattuali di fatto, i c.d. rapporti derivanti da contatto sociale si contraddistinguono per l'assegnamento che una delle parti fa sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento di un risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento i questa”.

⁶⁵ La responsabilità da contatto sociale sorge da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contatto e torto.

⁶⁶ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1956.

*in conformità con l'ordinamento giuridico*⁶⁷: ne consegue che, in linea con il menzionato orientamento dottrinale, la responsabilità precontrattuale avrebbe natura contrattuale.

La dottrina recente rileva che per la configurabilità della responsabilità precontrattuale non sia necessario ricollegare la natura contrattuale al contratto sulla base della sua “futura” venuta in essere.

In altri termini, l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e quello di informazione circa le possibili cause di invalidità del contratto di cui al successivo art. 1338 c.c. costituirebbero, quindi, non già espressioni di un mero dovere di non danneggiare il prossimo, ma vere e proprie obbligazioni, ai sensi del citato art. 1173 c.c., atteso che le trattative costituirebbero quel fatto idoneo tale da giustificare il sorgere delle obbligazioni. In virtù del disposto dell'art. 1337 c.c. dal fatto giuridico derivante dall'instaurazione fra le parti delle trattative contrattuali discenderebbe *ex lege* l'obbligazione di buona fede oggettiva, il cui inadempimento darebbe luogo all'obbligo del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1218 c.c.⁶⁸

Pertanto, attraverso l'art. 1337 c.c., il legislatore avrebbe esteso alla fase precontrattuale l'ambito generale del dovere di buona fede che impone alle parti di comportarsi secondo le regole di lealtà e correttezza in ogni fase del rapporto contrattuale. Ne consegue, pertanto, che l'art. 1337 c.c. nel prevedere che “*le parti devono comportarsi secondo buona fede*” porrebbe a carico dei soggetti stipulanti l'obbligo determinato di agire secondo buona fede.

Quanto asserito troverebbe conferma nei seguenti elementi: in primo luogo, è significativo che l'art. 1337 c.c. ponga a carico delle “parti” del futuro eventuale contratto l'obbligo di buona fede. Di qui, emergerebbe la natura relativa dell'obbligo e non un dovere rivolto a soggetti indeterminati. Inoltre se si riconducesse la responsabilità *de qua* al generico *neminem laedere*, la regola posta dall'art. 1337 c.c. risulterebbe una sorta di duplicazione di un principio già espresso. Infine, una tutela affidata soltanto ai principi della *culpa aquiliana* avrebbe l'effetto di restringere il campo risarcitorio.

⁶⁷ G. MERUZZI, *op. cit.*, p.789; v. anche F. GALGANO, *op. cit.*, p. 88 e ss. e p. 635.

⁶⁸ In tal senso G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, p. 100.

Ciò consente, quindi, di non differenziare l'obbligo di buona fede a seconda che esso sorga prima del contratto ai sensi dei suddetti artt. 1337 e 1338 c.c. ovvero si richiami in sede di interpretazione o di esecuzione del contratto *ex* artt. 1366 e 1375 c.c., in applicazione del generale principio di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c.

Tale tesi tuttavia non incontra il favore della giurisprudenza⁶⁹ e suscita numerose critiche da parte della dottrina⁷⁰.

In primo luogo, la circostanza che l'obbligo di buona fede debba essere osservato dai contraenti nel rapporto precontrattuale non vuol dire che si tratti di un rapporto tra soggetti determinati. Tutti i doveri generici della vita di relazione si concretano in comportamenti doverosi nei confronti dei soggetti con cui si entra in contatto, si pensi alle regole della circolazione stradale che gravano su tutti i consociati a prescindere dall'esistenza di un determinato rapporto obbligatorio⁷¹.

In secondo luogo, contro la tesi contrattuale, bisogna osservare che l'obbligazione è posta a carico di un soggetto determinato per soddisfare un particolare interesse individuale del creditore, mentre l'obbligo generico è posto a carico dei consociati per tutelare interessi della vita di relazione suscettibili di essere lesi nei contatti sociali⁷². A parere di tale dottrina, nella responsabilità precontrattuale ciò che rileva è l'interesse della vita di relazione connaturato alla tutela della libertà negoziale.

Infine, la teorizzazione della *culpa in contrahendo* in termini di responsabilità da "contatto sociale" non può trovare accoglimento, non potendo essere considerato decisivo il rilievo secondo cui basterebbe un mero "contatto" tra due soggetti perché nasca un rapporto obbligatorio. Pur volendo dare una rilevanza giuridica al "contatto sociale", questo non è adatto a qualificarsi come criterio di distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto anche quest'ultima presuppone un contatto tra la sfera giuridica del soggetto leso e la sfera giuridica di colui che ha commesso il danno.

⁶⁹ Cass. civ. 20 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189; Cass. civ. 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, p. 181; Cass. civ. 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, p. 2088.

⁷⁰ C. M. BIANCA, *op. cit.*; P. GALLO, *op. cit.*; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*; V. ROPPO, *op. cit.*

⁷¹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 158.

⁷² *Idem*, p. 158.

3.3 La tesi del *tertium genus*.

L'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'ambito di un *tertium genus* di responsabilità, estranea alla *summa divisio* (contrattuale ed extracontrattuale), è opera di una dottrina oggi minoritaria⁷³, avente origini risalenti al periodo novecentesco.

Infatti, nei primi decenni del Novecento, una celebre voce in dottrina⁷⁴ sosteneva l'impossibilità di ricondurre la responsabilità in argomento nell'ambito di una delle due categorie di responsabilità. La *culpa in contrahendo* non derivava né da un vincolo contrattuale, né da un vincolo extracontrattuale e non costituiva neppure violazione del precetto di buona fede, giacché quest'ultimo non era ancora stato elevato, in quel periodo, al rango di principio generale di diritto.

A distanza di tempo parte della dottrina ha dichiarato che la responsabilità precontrattuale si basava sulla violazione di obblighi derivanti da un rapporto giuridico diverso, sia nel contenuto che nelle finalità, rispetto al contratto. In particolare, tale orientamento ha ritenuto difficile sul piano sistematico ricondurre coerentemente la fattispecie all'area del contratto o del fatto illecito, giacché, per un verso, gli obblighi di condotta precontrattuale non possono riconoscersi in quelli che derivano dal contratto, mentre, per altro verso, la previsione della regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva che non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio⁷⁵. Inoltre, un'ulteriore argomentazione veniva addotta a favore di un "genere" alternativo di responsabilità: l'obbligo precontrattuale di comportarsi secondo buona fede non era rapportabile ad un inadempimento in senso tecnico (quale è quello contrattuale) e allo stesso tempo andava oltre il generico *neminem laedere*⁷⁶, sia per il contesto in cui opera sia per la relazione qualificata che si è creata tra i contraenti.

Non è mancato anche chi ha optato per una forma "ibrida" di responsabilità, configurabile, a seconda dei casi, come contrattuale o extracontrattuale. Secondo

⁷³ P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, p. 142 e ss.; G. FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, in G. MERUZZI, *op. cit.*, p.

782.

⁷⁴ G. FAGGELLA, *op. cit.*, in G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 782 e ss.

⁷⁵ V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1270 e ss.

⁷⁶ *Idem*, p. 1270 e ss.

tale tesi, esiste tra le parti un rapporto che precede il danno ma che non necessariamente può ricondursi alla responsabilità da inadempimento di un contratto: di qui, l'esigenza di inventare una figura "mista" a metà strada tra le due responsabilità⁷⁷.

La teoria della natura autonoma o addirittura ibrida di questa forma di responsabilità è stata oggetto di numerose critiche, non trovando alcuna giustificazione alla luce del dato normativo, in assenza di un'espressa previsione nel nostro codice che la disciplini.

Infatti, la determinazione della responsabilità precontrattuale come *tertium genus* presumerebbe di imporre che la *culpa in contrahendo* sia disciplinata da proprie e autonome regole: affermazione quest'ultima palesemente inaccettabile. Ed invero, ad eccezione dell'art. 1337 c.c., non è presente disposizione alcuna nel codice civile che si occupa in modo autonomo di qualche aspetto della responsabilità precontrattuale. Anzi, è proprio l'inesistenza di una previsione normativa atta ad individuare le regole che dovrebbero regolamentare questa terza forma di responsabilità (ad es. in materia di prescrizione, onere della prova ecc.) a far comprendere che non era nell'intenzione del legislatore dettare in merito ad essa alcuna specifica disposizione e quindi configurarla come un "terzo genere". Gli stessi sostenitori della teoria del *tertium genus* concludono che la disciplina della *culpa in contrahendo* debba essere desunta – in via analogica – da quella relativa alla responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale⁷⁸.

A ciò si aggiunga, poi, che riconoscere tale forma autonoma di responsabilità non riconducibile né alla responsabilità contrattuale né a quella extracontrattuale comporterebbe il rischio di negare alla responsabilità precontrattuale la natura di responsabilità, riconoscendole soltanto un ruolo di criterio di imputazione delle

⁷⁷ A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo e nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 792, cit. in *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, relazione di F. GALGANO, 1994, disponibile su <http://www.personaedanno.it/> a cura di P. CENDON. Secondo il pensiero di Luminoso la responsabilità in oggetto potrebbe configurarsi, a seconda dei casi, come contrattuale o extra contrattuale, e il danno risarcibile potrebbe riferirsi, sia all'interesse negativo sia a quello positivo. Il carattere contrattuale della responsabilità discende dalla rottura ingiustificata delle trattative e da omessa comunicazione di una causa di invalidità, mentre il carattere extracontrattuale si manifesterebbe nel caso di distruzione della cosa oggetto delle trattative.

⁷⁸ G. VISINTINI, *Trattato breve sulla responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 372.

spese sostenute nella fase precontrattuale, caratterizzato dall'assenza di un danno in senso tecnico.

In conclusione, la teoria del *tertium genus*, è stata respinta dalla giurisprudenza di legittimità⁷⁹ che ha negato la possibilità di un terzo genere di responsabilità, atteso che non è possibile prevedere una tipologia di responsabilità alternativa agli unici due tipi previsti dal nostro ordinamento giuridico⁸⁰.

4. Riflessi pratici della qualificazione della responsabilità precontrattuale.

Come accennato in precedenza, la disputa circa la natura della responsabilità per *culpa in contrahendo* ha notevoli effetti pratici incidendo sul regime giuridico della prescrizione e sull'onere della prova.

4.1 La prescrizione.

La qualificazione della responsabilità in parola come contrattuale o extracontrattuale assume un'incidenza notevole con riferimento al regime della prescrizione.

La prescrizione, il cui fondamento risiede nell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici⁸¹, è “un modo generale di estinzione dei diritti che non sono esercitati per il tempo determinato dalla legge”⁸².

Il termine ordinario di prescrizione è di dieci anni, salvi i casi in cui la legge stabilisce termini diversi, più brevi o più lunghi (art. 2946 c.c.).

⁷⁹Cass. civ. 28 gennaio 1972 n. 199 in *Foro. it.*, 1972, I, p. 2088 : l'ipotesi del *tertium genus* può essere scartata senz'altro sul riflesso che il nostro ordinamento riconosce solo due tipi di responsabilità caratterizzati dall'obbligo da cui nascono e cioè quella contrattuale, avente di regola origine da un obbligo volontariamente assunto e quella extra contrattuale prevista in generale dall'ordinamento a tutela delle singole posizioni.

⁸⁰Cfr. Cass. civ. 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 597; Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Repertorio di Giurisprudenza Amministrativa*, 2007, di G. MASTROPIERRO – A. F. TARTAGLIA – L. TRAMONTANO, Matelica, 2007, p. 782.

⁸¹Cfr. C. M. BIANCA, *Le garanzie reali - La prescrizione*, Vol. VII, Milano, 2012, p. 511. Altra dottrina ravvisa il fondamento della prescrizione anche nella presunzione di abbandono di un diritto per inerzia del titolare: V. CARBONE- A. BATÀ – G. TRAVAGLINO – M.V. DE GENNARO, *La prescrizione e la decadenza, Struttura e funzioni - rassegna completa di giurisprudenza* Milano, 2008, p. 384.

⁸²Così, C. M. BIANCA, *Le garanzie reali - La prescrizione, op. cit.*, p. 507.

Come è noto, è soggetta al termine di prescrizione decennale l'azione di responsabilità contrattuale (art. 2946 c.c.), mentre l'azione aquiliana è soggetta ad un regime di prescrizione quinquennale (art. 2947 c.c.)⁸³.

La prescrizione applicabile nel caso di responsabilità precontrattuale dipende dunque dalla natura ad essa riconosciuta.

La giurisprudenza unanime⁸⁴ ritiene che la *culpa in contrahendo* sia inquadrabile nel *genus* della responsabilità extracontrattuale, in quanto sorge prima che il contratto venga ad esistenza e non si correla alla violazione di obblighi contrattuali⁸⁵. Conseguentemente, il diritto a farla valere è soggetto a un termine di prescrizione quinquennale, di cui all'art. 2947 c.c.⁸⁶ Detto termine non è interrotto da un atto di costituzione in mora relativo ad azione restitutoria, ontologicamente diversa dal credito risarcitorio da illecito precontrattuale⁸⁷. Invero, la *ratio* sottesa a tale scelta del Legislatore è da ricercarsi nella maggiore labilità delle prove testimoniali rispetto alle prove documentali che vengono poste a fondamento della responsabilità contrattuale.

⁸³ I principali casi di prescrizione quinquennale riguardano il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, i crediti di lavoro, le azioni di annullamento e i diritti societari. “Alla responsabilità extracontrattuale sono ascritte innanzitutto la responsabilità precontrattuale, la responsabilità da danni per dolo incidente, la responsabilità per danni da rapporti di cortesia ecc.” cit. in ID., p.639. Peraltro il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal momento in cui lo stesso si è manifestato (inteso nel senso che sia oggettivamente percepibile da parte del danneggiato). Cfr. sul punto ID., p. 639.

⁸⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051 in *Foro. it.*, 1991, I, p. 205; Cass. civ. Sez. II, 19 aprile 1983, n. 2705, in *Rep. Foro.it.*, 1983, voce “*Contratto in genere*”, p. 143; Cass. civ. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giur. it.*, 2005, p. 1413, cit. in C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 633, il quale afferma che: “La giurisprudenza ha attribuito natura extracontrattuale alla responsabilità precontrattuale e natura contrattuale alla responsabilità del personale medico delle strutture sanitarie, ravvisando nel “contatto sociale” instaurato tra il personale e il paziente, la fonte di un rapporto obbligatorio”.

⁸⁵ Cfr. Cass. civ. 11 maggio 1990, n. 4051, *Foro it.*, 1991, I, p. 184, cit. in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro VI, di C. RUPERTO, a cura di F. ROSELLI, Milano, 2011, p. 764: “Le ipotesi di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. sono estranee all'esistenza del contratto e quindi, non inerendo a nessuna delle obbligazioni che da questo sorgono, non possono dar luogo a responsabilità da inadempimento”.

⁸⁶ A. BATÀ - V. CARBONE – M. V. DE GENNARO – G. TRAVAGLINO, *op. cit.*, p. 154. Cfr. anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 555 e ss., il quale afferma che nella responsabilità da fatto illecito la decorrenza del termine di prescrizione è previsto dal giorno in cui il “fatto” (inteso come comprensivo della condotta dannosa del soggetto agente e dell'effetto del suo comportamento) si è verificato. L'a. osserva, tuttavia, che altra dottrina (P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 357 cit. in nota 6, p. 557) ritiene che il termine di prescrizione decorra dal giorno in cui è stata compiuta l'azione od omissione da cui è derivato il danno.

⁸⁷ Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 1987, n. 5371, *Foro. it.*, 1988, I; v. anche *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, a cura di P. CENDON e A. BALDASSARI, Milano, 2007, p. 1540

4.2 L'onere della prova della condotta scorretta.

Il problema qualificatorio, peraltro, incide sul regime dell'onere probatorio⁸⁸ della responsabilità.

Infatti, conformemente alla disciplina prevista in tema di responsabilità contrattuale⁸⁹, nel caso patologico dell'inadempimento, il creditore è tenuto a fornire la prova unicamente dell'esistenza del titolo su cui si fonda il suo diritto, ma non l'inadempimento dell'obbligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di aver adempiuto⁹⁰.

Sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, dunque, graverebbe non sul danneggiato ma sull'altra parte l'onere di provare che il recesso è giustificato o è dipeso da causa a lui non imputabile o di essersi comportato secondo correttezza. Di contro, qualora si riconduca l'istituto in parola alla responsabilità extracontrattuale, l'onere probatorio graverà interamente a carico del danneggiato che dovrà quindi provare che le trattative avevano raggiunto un punto tale da ingenerare un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, la *culpa in contrahendo* dell'altra parte (elemento soggettivo), l'esistenza del danno e il suo ammontare, oltre il nesso causale diretto ed immediato con il recesso ingiustificato o con la mancata comunicazione della causa di invalidità⁹¹.

⁸⁸ S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010, definisce la prova come la formulazione di “un giudizio sull'esistenza o sul modo di essere di un fatto. Il fatto da provare è quello che determina l'applicazione della norma da cui deriva l'effetto favorevole”.

⁸⁹ Sulla questione sono intervenute le Sezioni Unite con sentenza del 3 ottobre 2001, n. 1353, in *Contr.*, 2002, p. 133, le quali per chiarire il reale atteggiarsi della regola probatoria in tema di responsabilità contrattuale hanno stabilito che l'attore ha il solo onere di provare la fonte del suo diritto e della relativa scadenza, essendo sufficiente l'allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte. Tale sentenza è stata emanata sulla scia di una precedente pronuncia della Corte di legittimità del 27 marzo 1998, n. 3232, in *Corr. giur.*, 1998, pp. 784 e ss. Per maggiori approfondimenti, Cfr. A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Vol. I, Padova, 2009, pp. 343 e ss.

⁹⁰ Infatti, l'art. 1218 c.c. pone una presunzione di imputabilità a carico del debitore che deve dimostrare che l'inadempimento della prestazione non è a lui imputabile.

⁹¹ Cfr. per la giurisprudenza, Cass. civ. 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597, che testualmente recita: “Grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma «*de qua*»”; nello stesso senso, Cass. civ., Sez. III, 10 ottobre 2003, n. 15172 in *Iuris data*, cit.: “La parte che invoca la responsabilità precontrattuale è altresì tenuta a fornire la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno a carico del danneggiato”. Cfr. per la dottrina, S. PATTI, *op. cit.*, p. 169 e ss., il quale afferma che “conformemente alla regola della responsabilità

Come osservato l'orientamento prevalente ha ritenuto che la responsabilità precontrattuale per violazione del precetto di buona fede nel corso delle trattative abbia natura extracontrattuale, con la conseguenza che devono trovare applicazione le regole che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova nell'illecito aquiliano.

Pertanto, tale onere non grava sul soggetto che recede dalle trattative, ma su colui il quale assume di aver patito un danno a causa del recesso dell'altra parte.

5. La nuova giurisprudenza di legittimità: verso un ripensamento sulla natura giuridica della *culpa in contrahendo*.

Nel clima di consolidato orientamento della natura extracontrattuale della responsabilità in argomento, due recenti sentenze⁹² della I Sezione della Corte di legittimità, definite plurigemellari, hanno riaperto il dibattito sulla questione dell'individuazione della predetta.

La prima sentenza del 21 novembre 2011, n. 24438, ha riguardato il caso di un appaltatore che, aggiudicatario di un contratto di appalto in seguito annullato dal giudice amministrativo, ha agito nei confronti della P.A. lamentando un danno da responsabilità precontrattuale. La Corte ha stabilito che: “ *La responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché consegue al “contatto” tra le future parti per la stipula del contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina*

extracontrattuale a cui ormai prevalentemente si riconduce tale fattispecie, spetta al danneggiato dare la prova del fatto lesivo, cioè, per quanto riguarda la fattispecie dell'art. 1337 c.c., nell'ipotesi più frequente, che l'interruzione delle trattative abbia leso un affidamento meritevole di tutela generato dal comportamento dell'altra parte. In difformità da tale regola è stato peraltro sostenuto che il danneggiato non deve dimostrare la mancanza di una giusta causa di interruzione delle trattative e la ragione di ciò è stata di recente ravvisata in una presunzione di colpa del recedente”. Riguardo a quest'ultima ipotesi, l'a. non condivide la configurazione di una presunzione di colpa del recedente, preferendo offrire alle parti la possibilità di fornire la prova. “Infatti, il danneggiato non è normalmente in grado di conoscere la causa del recesso dalle trattative dell'altra parte, mentre essa è ben nota a quest'ultima” (cit. p. 170).

⁹² Cass. civ. 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass. civ. 20 dicembre 2011, n. 27648 espresse sotto la medesima presidenza di Rovelli, il quale ha già affrontato in diverse occasioni la tematica della responsabilità precontrattuale, insieme con il tema della buona fede e correttezza quali clausole generali. Si veda, L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 2000, p. 347; cfr. anche F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contr.*, 2012, 4, p. 235 e ss., in *Commento a Cass. civ.*, Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648.

della prova applicabile che è quella dell'art. 1218 c.c., ma non può, per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale”.

Alle medesime conclusioni è giunta anche la seconda pronuncia del 20 dicembre 2011, n. 27648, in cui si è discusso sul caso di un ingegnere che, incaricato di realizzare i lavori di ristrutturazione di un ex Istituto per Minorenni, è stato ingiustificatamente abbandonato a se stesso, lamentando il danno subito durante le trattative per lesione della sua buona fede, comprensivo altresì della perdita subita e del mancato guadagno, quale conseguenza diretta della lesione dell'affidamento. La Corte è intervenuta sul punto, avvallando la richiesta di risarcimento del danno lamentato dall'oblato (nei limiti dell'interesse negativo), e pronunciandosi altresì in merito alla qualificazione della responsabilità precontrattuale in cui è incorsa la parte autrice del pregiudizio sofferto: *“La responsabilità precontrattuale tutela il rapporto che con la trattativa si realizza tra le parti, che devono adempiere l'obbligo ex lege di comportarsi secondo correttezza e buona fede, fattispecie ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. Alla responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. – configurabile anche nei rapporti tra privato e P.A. che agisca “iure privatorum” – si applica l'art. 1223 c.c., richiamato anche nell'art. 2056 c.c. con la conseguenza che il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita che il mancato guadagno, purché in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento”.*

Le controversie che hanno avuto luogo dall'interpretazione di questi recenti interventi della giurisprudenza di legittimità, attengono una vicenda che è tipica della responsabilità precontrattuale, quale è la lesione del legittimo affidamento, anche se la parte autrice è costituita dalla Pubblica Amministrazione, quindi un caso diverso da quello tipizzato del recesso ingiustificato. Il criterio discrezionale volto ad allontanare la responsabilità precontrattuale dalla natura aquiliana è, dunque, costituito dal “contatto sociale”.

Nel dettaglio, tra i soggetti incorre una relazione qualificata, cui segue una rottura ingiustificata per opera di una parte con conseguente delusione dell'aspettativa dell'altra. Il recesso ingiustificato si qualifica come un comportamento contrario alla regola della buona fede, e dunque costituisce un inadempimento dell'obbligo

di conformarsi ad essa e comporta il risarcimento del danno consistente nell'interesse contrattuale negativo. In definitiva, la natura di tale responsabilità non è tecnicamente contrattuale, giacché manca un contratto in senso proprio; tuttavia non può qualificarsi neppure come extracontrattuale, in quanto il risarcimento del danno non deriva dal fatto, come se si trattasse di un fatto illecito dell'art. 2043 c.c., ma dall'inadempimento al dovere di buona fede che, al contrario, nasce dal fatto - e cioè la trattativa o il contratto invalido⁹³ - altrimenti denominato "contatto sociale". In conclusione, la responsabilità precontrattuale definita dalla Cassazione con le pronunce di cui sopra è una responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, secondo l'art. 1218 c.c.

Tali sentenze hanno avuto una rilevanza tale da essergli conferito il carattere di precedente, sicché può continuare a dirsi aperto il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale, che comunque non potrà prescindere da quanto stabilito da esse.

⁹³ Così M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, contrattuale?*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2, p. 290.

CAPITOLO SECONDO

La buona fede nelle trattative

1. La buona fede nella fase precontrattuale. L'art. 1337 c.c. quale clausola generale di buona fede.

Il principio di buona fede (o correttezza)¹ costituisce il collante del sistema delle relazioni di diritto privato². È un concetto eminentemente etico, dotato di elevato significato morale, e di difficile definizione, destinato a mutare di contenuto secondo il differente atteggiarsi delle più disparate situazioni giuridiche.

L'ampio quadro del diritto delle obbligazioni e dei contratti è dunque sorretto da tale precetto che incardina non solo il metro di valutazione della condotta delle parti di un rapporto obbligatorio, ma anche uno strumento di integrazione degli

¹ Cfr. M. FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, cap. IV, in *Le obbligazioni. L'obbligazione in generale*, I, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 55, afferma che “correttezza e buona fede hanno la medesima area di influenza e sono espressioni del medesimo principio che si traduce nel dovere di solidarietà sociale nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti. (...) Si può darsi ormai per assodato il fatto che alcuna di queste norme sia un'inutile duplicazione dell'altra”. Conformemente a tale orientamento v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del diritto*, Milano, 1969, p. 132 e ss., il quale afferma che benché sia lecito chiedersi se da due concetti diversi possano desumersi conseguenze differenti per una mera diversità lessicale, tuttavia “ben sappiamo che l'uso di termini diversi non sempre comporta, con altrettanta chiarezza, una distinzione concettuale”; F. BENATTI, *op. cit.*, p. 47; P. FAVA, *Le obbligazioni*, I, Milano, 2008, p. 394 e ss. Hanno invece sostenuto la tesi della distinzione dei due concetti di correttezza e buona fede L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, pp. 2 e ss., secondo il quale i due concetti si differenzerebbero in base alla fonte da cui discendono. Pertanto il criterio di correttezza, previsto ai sensi dell'art. 1175 c.c. nei rapporti tra creditore e debitore, è da riferirsi esclusivamente alla materia delle obbligazioni, mentre il criterio della buona fede è applicabile solo in materia contrattuale, ai sensi dell'art. 1375 c.c.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68, il quale invece afferma che i due precetti si distinguono per la diversità intensità di cui si connotano. La buona fede è espressiva di più penetranti obblighi positivi che promuovono gli interessi della collettività; al contrario la correttezza impone obblighi negativi consistenti nel non ledere l'altrui interesse.

² A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 10 e ss.; sull'importanza della buona fede v. anche P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Roma, 2009; C. M. BIANCA, *op. cit.*, 2000; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto, Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, p. 3 e ss.; M. FRANZONI, *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale* (1173-1320 c.c.), Torino, 2004, p. 55 e ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 400 e ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 305 e ss.

obblighi da esso discendenti³. In particolare, assurge a norma di carattere generale, posta a presidio dal Legislatore all'esecuzione e all'interpretazione di ogni manifestazione della volontà umana. Assolve, infatti, il compito di colmare talune lacune presenti nel nostro ordinamento giuridico, che non sempre è in grado di individuare la vasta gamma delle situazioni ricorrenti nella vita quotidiana di un consociato. Invero, la legge tutela solo quelle situazioni che risultano essere più frequenti rispetto alla molteplicità degli aspetti emergenti nella vita di relazione⁴. In un siffatto contesto, la buona fede acquisisce un ruolo pregnante nello svolgimento di una prestazione, costituendo un ineliminabile requisito della disciplina legale delle obbligazioni, e quindi dei contratti.

Così intesa la buona fede diviene codificazione di un principio morale⁵, attestante un autonomo dovere giuridico, espressivo del principio primario di solidarietà sociale, costituzionalmente garantito dall'art. 2 Cost.⁶

³ M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 55 e ss., sostiene che dalla buona fede derivino diritti e obblighi per le parti, ancorché non espressamente codificati, ma tipizzati da una buona parte della dottrina, al fine altresì di aiutare il giudice a predeterminare la regola dalla quale valutare il comportamento in concreto tenuto. In questo senso la buona fede si qualifica come una regola elastica, dal carattere residuale, poiché consente di colmare le lacune della legge e “del regolamento contrattuale”. Cfr. anche Cass. civ. 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2077, cit.: “anche se riferita al momento esecutivo, la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto.”

⁴ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, II ed., Padova, 1993, p. 488; ID., *Trattato di diritto civile*, Vol. II, II ed., Padova, 2010, p. 360.

⁵ Giova rilevare che anche in sede internazionale o comunitaria è riconosciuta notevole importanza alla buona fede, essendo elevata dalla Corte internazionale di giustizia al rango di un principio di diritto internazionale consuetudinario. Cfr. Trib. I grado Comunità europee, 22 gennaio 1997, n. 115/94, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1997, II, p. 39; Corte di giustizia Com. Europee, 20 marzo 1997, n. 24/95, in *Raccolta giurisprudenza*, 1997, I, p. 1591, in nota 28 di M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 61.

⁶ Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22819, in *Mass. Foro it.*, 2010; Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 1, 85; Cass. civ. 22 gennaio 2009, n.1618, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 24; Cass. civ. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, 1, 440; Cass. civ. 29 maggio 2007, n. 12644, in *Giust. civ.*, 2008, 1015; Cass. civ. 18 febbraio 1986, n. 960, in *La prova e il quantum del risarcimento del danno non patrimoniale*, a cura di P. CENDON Vol. I, Milano, 2008, p. 448, cit.: “La buona fede intesa in senso etico come requisito della condotta costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato comunque improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il contenuto della buona fede”. Cfr. anche P. FAVA, *op. cit.*, p. 394 secondo il quale “il richiamo, implicitamente contenuto nei concetti di buona fede e di correttezza, a valori come la solidarietà, esprime l'aspirazione dell'ordinamento a volere non solo legalità, ma anche giustizia, caricando il giudice di nuove responsabilità”; S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 115 e p. 145, il quale sostiene che la buona fede oggettiva si evince dal principio di solidarietà, introdotto dall'art. 1175 c.c. ed è assunto al rango di principio costituzionale in forza dell'art. 2 Cost.; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 472 e ss; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p.

La sua importanza risale sin dal diritto romano, dove pur non essendo espressamente definita dalle fonti, era comunque radicata nella coscienza sociale, esprimendo l'idea etica della correttezza⁷.

Tuttavia la buona fede, intesa nella sua accezione “oggettiva” come espressione del dovere di correttezza⁸, difficilmente è stata colta nel passato in tutte le sue potenziali sfumature. Basti pensare che solo nel Novecento è stata superata quella visione tradizionale che equiparava il ruolo della buona fede a quello dell'equità⁹. Nella vigenza del codice civile del 1865 si respirava ancora il clima culturale influenzato dalla Pandettistica tedesca, refrattaria a trasformare un principio morale in una regola oggettiva, posta al di sopra del dogma della volontà delle parti, ormai trasfusa nell'accordo¹⁰. Il canone di buona fede, svolgeva un ruolo riduttivo, prettamente ermeneutico, volto a rafforzare gli impegni assunti dalle parti con l'accordo contrattuale. La stessa dottrina italiana non valorizzava il ruolo della buona fede ma la privava di significato assorbendola nella nozione di equità¹¹.

Sebbene il codice del 1865 contenesse un riferimento alla regola di condotta in funzione dell'esecuzione del contratto (art. 1124 c.c.), era ben lungi dal considerarla quale clausola generale idonea ad imporre regole di comportamento aggiuntive rispetto a quanto stabilito dalle parti. Per lungo tempo, eseguire il contratto secondo buona fede e secondo equità, significava adempierlo esattamente¹².

560, per il quale le clausole generali o i principi in esse incorporati sono da considerarsi come “espansione dei principi costituzionali”. Peraltro deve ritenersi ormai superata l'accezione di solidarietà con riferimento alla socialità corporativa, propria del periodo fascista. La solidarietà deve essere intesa come sinonimo di “solidarietà sociale”, fondata sulle norme costituzionali degli artt. 2 e 42 Cost.

⁷ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 504.

⁸ La buona fede, infatti, può essere concepita in una duplice accezione: in senso “soggettivo”, indicante lo stato psicologico, appunto soggettivo, di chi ignora di ledere l'altrui diritto; in senso “oggettivo”, intesa come una generica regola di condotta, che impone di comportarsi secondo lealtà e probità nei rapporti tra le parti di un rapporto obbligatorio. Sul punto v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo I, Milano, 2006, p. 516.

⁹ P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 46; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰ In questo modo, in conseguenza della forte influenza della teoria volontaristica, il giudice si trovava a svolgere un ruolo decisamente limitato, consistente nella mera verifica dell'esatto rispetto delle norme contrattuali.

¹¹ Cfr. F. FEDELI, *Correttezza e buona fede*, in *Le obbligazioni*, a cura di P. FAVA, Milano, 2008, p. 389.

¹² M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 59.

La creazione degli artt. 1337 – 1338 nel codice civile del 1942 ha portato ad una progressiva riscoperta della buona fede¹³, registrandosi un accresciuto attivismo giudiziario che ha risvegliato l'interesse per le clausole generali¹⁴. L'astrattezza e l'indeterminatezza del contenuto conferiscono alla buona fede il carattere di una clausola generale, in grado di investire e di adattarsi a una varietà di situazioni, orientando il giudice nell'applicazione delle norme e nella formulazione del suo giudizio in sede di legittimità, "in garanzia del giusto equilibrio fra opposti interessi"¹⁵.

In questo senso, la buona fede oggettiva non svolge semplicemente una funzione integrativa del contratto, bensì si pone come limite generale all'autonomia delle parti, ponendosi come strumento di controllo dell'oggetto del contratto e bilanciando gli interessi in gioco.

Secondo un orientamento¹⁶, al ruolo integrativo della buona fede viene così affiancandosi un ruolo correttivo: il primo consente il sorgere di obblighi di condotta ulteriori rispetto a quelli previsti dall'accordo negoziale e che, in base a correttezza, si rendono necessari per preservare in modo solidale l'utilità e

¹³ Sul piano dottrinale ma anche su quello giurisprudenziale il risveglio di interesse per il tema delle clausole generali si data a cavallo tra gli anni 60 e 70. Sotto il profilo della produzione dottrinale l'avvio del dibattito si lega soprattutto agli studi di S. Rodotà. Cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 119 e ss.

¹⁴ In particolare, con il codice del 1942 viene meno la rilevanza attribuita alla volontà delle parti, come unico fattore determinante produttivo di effetti giuridici, in ragione della *ragion pratica* del contratto. Quest'ultimo diventa così mezzo di scambio di reciproci interessi, fondato sull'affidamento che ciascuna delle parti ripone nelle proprie dichiarazioni di volontà. Per un'approfondita analisi del tema della causa del contratto come "ragion pratica", v. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 4. Cfr. anche M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 70, dove viene specificato che l'equità assume rilievo ove espressamente previsto e solo come criterio residuale di integrazione del contratto. Da essa non possono derivare diritti che l'accordo non abbia già previsto, né può comportare l'inefficacia di clausole. "L'equità è una tecnica per risolvere il conflitto del caso singolo, mentre l'impiego di clausole generali vale per applicare ad un caso singolo una *regula iuris* creata per avere vigenza generale".

¹⁵ Cass. civ., sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182, disponibile su www.legge-e-giustizia.it: "I principi di buona fede e correttezza costituiscono ormai parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo della buona fede, infatti, costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza e ricchezza di contenuti, applicabile sia in ambito contrattuale sia in quello extracontrattuale. Il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi".

¹⁶ G. M. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 21 e ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 1042 e ss.; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, p. 402. Cfr. anche Cass. civ. 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contr.*, 2007, p. 971, afferma la funzione correttiva della buona fede in tema di esecuzione del contratto.

l'interesse della controparte. Il secondo, invece, costituendo un criterio di valutazione della condotta delle parti, opera quale criterio di governo della discrezionalità privata¹⁷.

La buona fede oggettiva esprime una regola di condotta improntata alla lealtà e alla correttezza nella duplice accezione, negativa, come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, e positiva, come dovere di collaborazione al fine di soddisfare le reciproche aspettative. In virtù della sua elasticità, riesce ad imporre tutti quei comportamenti, non predeterminabili ma necessari per proteggere l'altrui sfera giuridica nei limiti di un apprezzabile sacrificio. In quest'ottica, quale specificazione del principio di solidarietà, di matrice costituzionale, la buona fede si esprime nei due canoni di lealtà e di salvaguardia: da un lato, la parte è tenuta a comportarsi lealmente e dall'altro, si impegna ad attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra, nei limiti di un impegno che non valichi la soglia dello sforzo diligente¹⁸.

La buona fede nelle trattative è posta a presidio dell'aspettativa non solo della conclusione del contratto ma anche, e prima ancora, della correttezza e della lealtà delle trattative. Invero, uno dei punti di maggior emersione della buona fede oggettiva¹⁹ è sicuramente costituito da questa fase prenegoziale, su cui dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate per delimitare l'ambito di operatività della disposizione contenuta nell'art. 1337 c.c.

Il dibattito si è concentrato sulla nozione di "trattativa": il dubbio è stato stabilire se la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione del precetto di buona fede, investisse le trattative "in senso stretto", ossia quella fase in cui le parti manifestano formalmente la volontà di stipulare il contratto, tramite scambio di proposta e accettazione come previsto dall'art. 1321 c.c., o se fosse sufficiente la semplice inclinazione a svolgere il rapporto contrattuale. Inoltre la

¹⁷P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 48.

¹⁸C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 162- 163.

¹⁹V. ROPPO, *op. cit.*, p. 168. L'autore ritiene che il dovere di buona fede, mirante a salvaguardare l'interesse protetto dall'art. 1337 c.c., debba essere inteso in senso oggettivo, come regola di condotta e, dunque, come dovere di correttezza finalizzato ad evitare che durante le trattative la controparte subisca danni ingiusti o che vengano posti in essere comportamenti riconducibili a "superficialità, disattenzione e incompetenza"; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 235; Cfr. anche Cass. civ., sez. III, 18 gennaio 1988, n. 340, in *Mass. Giur. it.*, 1988, p. 65, cit.: "agli effetti della configurabilità della responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1337 c.c., l'obbligo di correttezza e di buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo (...)"; Cass. civ., sez. III, 17 novembre 1997, n. 11394, in *Mass. Giur. it.*, 1997, p. 1128.

configurazione di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale appariva, di primo impatto, contraddittoria rispetto al principio che qualifica la revocabilità della proposta, ai sensi dell'art. 1328 c.c., come un libero esercizio della volontà delle parti²⁰.

Il punto risolutivo della questione, cui è corrisposta l'unanimità della dottrina²¹ e della giurisprudenza²², è nel considerare le trattative come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza a stipulare il contratto, senza ancora porre in essere alcuni di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo. Tuttavia, se in tale periodo del rapporto, una parte ingenera dolosamente o colposamente nell'altra, un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, e cioè crea false aspettative, provoca la violazione del precetto di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. e quindi il sorgere della responsabilità precontrattuale²³.

Per quanto riguarda la presunta incompatibilità con la disposizione dettata dall'art. 1328 c.c., in realtà se da un lato è vero che le parti possono liberamente recedere da una già intrapresa negoziazione, dall'altro chi recede senza una giusta causa, dopo aver creato una falsa speranza nell'altra parte nella stipulazione del contratto, l'oblato ha diritto al risarcimento del danno conseguente alla frustrazione subita. La chiave di volta della questione è fornita proprio dal legittimo affidamento e dal recesso ingiustificato.

²⁰ Per un'analisi approfondita della questione v., G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1092 e ss.

²¹ Fra i tanti v., V. ROPPO, *op. cit.*, p. 167, definisce la trattativa come "l'interazione tra le parti del futuro eventuale contratto"; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 266 e ss.

²² Cass. civ. 8 maggio 1963, n. 1142, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2100.

²³ Sul punto hanno trovato accordo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di legittimità. Cfr. per la dottrina, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 167 e ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 130 e ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 233 e ss.; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p.; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 167 e ss.; G. D'AMICO, *op. cit.*, p.; G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 792 e ss.; cfr. per la giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768, in *Contratti – Normativa e giurisprudenza ragionata*, di F. CARINGELLA, con la collaborazione di L. CAMERIERO, p. 360; Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, 2250, cit.: "La responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. può conseguire tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, riguardate come qualcosa di diverso da esso, ossia come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo, se lo svolgimento delle trattative è, per serietà e concluzione, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne receda senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo"; Cass. civ. 14 giugno 1999, n. 5830, *Giur. it.*, 2000, p. 1179.

Il recesso dalla trattativa- la cui fattispecie verrà analizzata in maniera più approfondita nel corso di questo lavoro- costituisce la principale, ma non unica, ipotesi di violazione della buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. In un primo tempo la giurisprudenza ha connotato l'articolo in esame come una norma *standard*, volta a reprimere esclusivamente il recesso abusivo dalla trattativa²⁴. Soltanto in seguito si è ammessa l'estensione della buona fede al di fuori dell'ambito del recesso, comprendendo numerose altre ipotesi di "malafede precontrattuale".

Preliminarmente si può osservare che l'art. 1337 c.c. profila un doppio ambito di applicazione: il recesso senza giustificato motivo, come violazione dolosa e colposa; la trattativa condotta come atto emulativo doloso (per es. chi conduce delle trattative pur sapendo che non le porterà a termine).

Orbene, nella casistica giurisprudenziale²⁵, l'obbligo di "*comportarsi secondo buona fede*" così come espressamente previsto dall'art. 1337 c.c., è espressione, anche di altri specifici obblighi di condotta, oltre a quello di recesso corretto e leale dalle intraprese trattative negoziali, che la dottrina si è cimentata ad elencare, e che contribuiscono a rendere il contenuto indefinito della norma in oggetto quanto più determinato possibile.

2. I doveri precontrattuali.

La buona fede, quale regola aurea del diritto delle obbligazioni²⁶, si può definire una regola dell'agire, e più precisamente una norma in bianco che nonostante la sua espressione generica e vaga può costituire fonte di precisi obblighi comportamentali finalizzati alla salvaguardia della sfera giuridica della controparte. Attenendo a una fase del rapporto in cui non è ancora sorto un vero e

²⁴P. CENDON, *Commentario al codice civile, Contratto in generale (artt. 1321- 1348 c.c.)*, Vol. 13, Milano, 2009, p. 607 e ss.

²⁵Cass. civ. 27 novembre 2009, n. 25047, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, cit.: "Il principio di correttezza e buona fede comporta il dovere della parte di fornire alla controparte nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) ogni dato conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, che sia rilevante ai fini della stipulazione del contratto"; v. anche Cass. civ. 29 maggio 1998, n. 5297, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1159, cit.: "Il principio di buona fede e correttezza deve intendersi tra l'altro come dovere d'informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo".

²⁶A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1984, p. 553.

proprio vincolo di prestazione, gli obblighi che da essa si sogliono far discendere si pongono accanto al dovere generico del *neminem laedere* espresso dall'art. 2043 c.c., al fine di soddisfare interessi altrui, che già in questa fase sono meritevoli di tutela²⁷.

La dottrina si è impegnata a tratteggiare un'elencazione di obblighi imposti alle parti contraenti in fase prenegoziale, al fine di tentare di tipizzare il contenuto della regola di condotta, oltre che offrire ai giudici un adeguato ausilio per una più proficua applicazione dell'art. 1337 c.c., tenendo conto anche dell'evoluzione dei traffici contrattuali e dei mutamenti sociali che hanno inciso sul sistema giuridico. Analizzando il copioso materiale raccolto, le diligenti riflessioni della dottrina prevalente si risolvono in una visione quadripartita degli obblighi fondati sulla buona fede: il dovere di informazione, il dovere di chiarezza, il dovere di segreto e il compimento di atti necessari per la validità ed efficacia del contratto²⁸.

Nonostante questo embrionale tentativo di tipizzazione, tali doveri non sembrerebbero esaurire l'ambito di comportamento secondo correttezza. Invero, non sono mancate voci dottrinali che hanno individuato ulteriori figure di condotta lesiva²⁹ rispetto al recesso abusivo dalle trattative. In linea con l'orientamento di autorevole dottrina³⁰, saranno di seguito esaminate quelle che sono considerate le principali ipotesi di doveri precontrattuali.

2.1 Il dovere di informazione.

L'obbligo informativo costituisce il terreno principale della buona fede nelle trattative precontrattuali³¹. Grazie alla duttilità della clausola generale è stato

²⁷ Cass. civ. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, 1479. Di parere contrario è L. MENGONI, il quale non riconduce l'obbligo di buona fede al dovere di *neminem laedere*. L'autore sostiene che una simile corrispondenza ridurrebbe l'art. 1337 c.c. a una superflua ripetizione del dovere di non pregiudicare l'altrui diritto assoluto.

²⁸ C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 163-167.

²⁹ Per esempio, vengono individuate quali ulteriori violazioni dell'art. 1337 c.c. quali l'ambiguità, la manipolazione dei costituenti del contratto e la manipolazione del consenso del contraente. Sul punto v., R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, pp. 252-260.

³⁰ C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 163-167.

³¹ L'esperienza francese costituisce il terreno naturale in cui hanno origine gli obblighi di informazione. "L'art. 111-1 del *Code de la consommation* pone a carico del professionista venditore di beni e del prestatore di servizi l'obbligo, "nella fase anteriore alla conclusione del contratto, di mettere il consumatore nella situazione di conoscere le caratteristiche essenziali del

possibile attribuire maggior rilevanza al dovere di informazione, che incombe sulle parti di un rapporto contrattuale, inerente tutte le circostanze utili e di rilievo dell'affare³². Peraltro l'obbligo informativo non riguarda la convenienza del contratto, ossia il maggiore o minore profitto ricavabile dall'affare, vigendo al riguardo il principio secondo cui ciascuno deve curare diligentemente i propri interessi. Esulano tuttavia i casi nei quali il silenzio s'inserisce in un più ampio comportamento diretto ad ingannare.

Il contenuto di tale dovere si specifica nel portare a conoscenza della controparte tutte quelle informazioni che possono incidere sull'invalidità o inefficacia del contratto³³.

In altre parole le parti non devono adottare comportamenti maliziosi o reticenti, dovendo piuttosto, se del caso, assumere lo specifico obbligo di comunicare con sollecitudine la volontà di non portare avanti la negoziazione, per mettere in condizione l'altra parte di impedire l'avverarsi di conseguenze dannose di natura patrimoniale, che possono riconnettersi alla mancata conclusione del contratto. Ad esempio, è contrario alla buona fede il non rivelare, nell'atto di alienare un'area edificabile, di essere a conoscenza di un progetto di variante al piano regolatore comunale, che modificherà la destinazione di quell'area, o ancora il celare, mentre si tratta il prezzo di acquisto di un terreno agricolo, di essere a conoscenza di una variante del piano regolatore che rende edificabile quel terreno, che ne eleva così il prezzo³⁴.

bene o del servizio". Così L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali: la tutela del consumatore*, Milano, 2008, p. 11.

Effettivamente la disciplina degli obblighi di informazione ha subito nel corso progressivo degli anni un sostanziale mutamento, cui ha contribuito il riconoscimento di apposita normativa a livello comunitario e l'introduzione nel nostro ordinamento di leggi speciali che hanno arricchito la categoria degli obblighi in esame. L'introduzione del Codice del consumo, in Italia, ne costituisce l'esempio più significativo in quanto appresta tutela al consumatore attraverso la previsione di una serie di informazioni (da esprimere in modo chiaro e comprensibile) che il professionista deve fornire al consumatore, prima della conclusione del contratto, conformemente a quanto è stabilito nella direttiva comunitaria (97/7/CE). In altre parole il professionista deve rispettare e applicare il principio di buona fede nell'esercizio di transazioni commerciali. Tuttavia, come ha osservato altra dottrina (V. BELLOMIA, *op. cit.*, p. 165), gli obblighi di informazione non riguardano solo quelle contrattazioni in cui le parti sono poste in una posizione di disuguaglianza informativa, ma comprendono tutte le contrattazioni. Ciò in virtù di quel principio solidaristico che impone a ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra, se pur nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

³² Cass. civ., sez. II, 29 maggio 1998, n. 5297, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1159.

³³ Sul punto v., C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 163.

³⁴ Così F. GALGANO, *op. cit.*, p. 464.

Nel XIX secolo un tale orientamento non era ancora consolidato. Si riteneva, infatti, possibile perseguire i propri interessi nella contrattazione, anche in contrasto con quelli della controparte, sfruttando pienamente i vantaggi che derivavano dalla propria maggior conoscenza o competenza professionale.

Si trattava di una convinzione particolarmente evidente negli ordinamenti di *common law*, in cui vigeva – in Inghilterra è, in parte, ancora attuale- il principio del “*caveat emptor*”³⁵. Ciascun contraente si assumeva il rischio di negoziare, in assenza di una tutela che lo salvaguardasse in caso di eventuali vizi occulti o difetti, di cui il venditore poteva essere a conoscenza.

Successivamente la disciplina del contratto ha subito un’evoluzione soprattutto a seguito dell’accresciuta rilevanza riconosciuta alla buona fede in senso oggettivo. Si è iniziato a ritenere sussistente uno specifico dovere di informazione solo in presenza di una espressa volontà legislativa. Eppure, in tal caso il dovere di informazione ancora non rilevava in sé e per sé quale autonomo oggetto di considerazione giuridica, quanto il difetto di informazione nelle ipotesi in cui espressamente sanzionato.

È stato soltanto a partire dagli anni ‘70 del XX secolo che si è giunti ad “ufficializzare” la configurabilità di doveri di informazione, anche al di fuori dei casi previsti dal legislatore³⁶.

In particolare, l’obbligo in esame è stato oggetto di uno specifico studio in ipotesi di responsabilità del medico per omessa informazione al paziente, in relazione al c.d. “consenso informato”. Sul punto è intervenuta la giurisprudenza³⁷ che ha chiarito che il paziente ha il diritto di essere informato dal medico curante in ordine a un determinato trattamento o intervento, cui deve eventualmente sottoporsi. L’inottemperanza di tale dovere ha come ulteriore effetto la violazione della libertà personale del paziente, che non è in grado di esprimere in piena libertà il proprio consenso al trattamento o all’intervento.

³⁵ Nel modello anglosassone viene respinta la concezione della buona fede come strumento per tutelare il contraente “debole” attraverso il dovere precontrattuale della collaborazione tra le parti, preferendo piuttosto far leva sulla diligenza propria del contraente, di riuscire a non incorrere in ipotetici rischi contrattuali. Per un precipuo approfondimento v. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, Milano, 2009, p. 262.

³⁶ P. GALLO, *op. cit.*, p. 152 e ss.

³⁷ Cass. civ. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro. it.*, 1997, 771. V. anche G. CASSANO, *Ospedali e medici: responsabilità e danno*, Rimini, 2012, p. 82.

2.2 Il dovere di chiarezza.

Il dovere d'informazione impone per coerenza che i dati informativi rivelati alla controparte siano espressi in modo comprensibile e chiaro, per finalità di trasparenza. Sarebbe, infatti, controverso se le informazioni veicolate alla controparte fossero oscure e incomprensibili.

Il contraente deve astenersi dall'adoperare maliziosamente un linguaggio suscettibile di non essere pienamente compreso dalla controparte³⁸. L'approfitto dell'ignoranza dell'altro contraente, attuato per esempio mediante il ricorso a tecniche di comunicazione enigmatiche o tramite l'adozione di clausole contrattuali inintelligibili, comporta violazione del precetto di buona fede precontrattuale. Un simile dovere vincola perciò il professionista ad una comunicazione chiara e puntuale, così come espressamente previsto dall'art. 35 del codice del consumo³⁹. Quest'ultimo rappresenta un caso in cui il dovere di chiarezza è espressamente previsto dal legislatore. Un altro esempio significativo è dato dall'art. 52 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 del c. cons., che prescrive al secondo comma il dovere di chiarezza in relazione alle informazioni che a norma del comma 1, devono essere date al consumatore prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza. Tali informazioni “il cui scopo commerciale è inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di buona fede e lealtà in materia di transazioni commerciali”⁴⁰.

In tale prospettiva il dovere di chiarezza costituisce un attributo necessario e indispensabile affinché l'informazione si trasformi in conoscenza dell'oggetto della comunicazione da parte del suo destinatario⁴¹.

³⁸ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 164.

³⁹ L'art. 35 del codice del consumo, sottotitolato “Forma e interpretazione”, stabilisce che “Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.”

⁴⁰ N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale – Trattati*, a cura di P. CENDON, Milano, 2008, p. 212.

⁴¹ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 171, lo definisce “il corollario del dovere d'informazione, che non è bene assolto se l'informazione è data in modo oscuro o ambiguo”. L'autore evidenzia l'esistenza di uno specifico obbligo di chiarezza gravante sulla parte più “forte” di un contratto unilaterale. In

2.3 Il dovere di segreto.

Notevole rilevanza assumono altresì i doveri di segretezza nel corso della trattativa⁴².

La parte che diffonde circostanze segrete apprese durante la negoziazione configura un atteggiamento non conforme al canone di buona fede imposto ai partecipanti di una trattativa⁴³. Tale violazione genera responsabilità precontrattuale in capo al responsabile con conseguente risarcimento del danno da infondere alla vittima⁴⁴.

Il dovere di segreto deve ritenersi operante qualunque sia stata la causa della cessazione delle trattative: e quindi, anche quando la rottura è stata cagionata da una condotta scorretta della parte, cui sono riferibili le notizie riservate, oggetto del dovere di segreto⁴⁵.

particolare, il codice del consumatore impone al *tour operator* che predispone il contratto unilaterale di vendita di pacchetti turistici, che sia redatto “in termini chiari e precisi”. Analogamente le clausole dei contratti tra professionista e consumatore devono essere scritte “in modo chiaro e comprensibile”, con l’espresa indicazione del prezzo e dell’oggetto del contratto.

⁴²Cfr. *Idem*, p. 166. Di parere contrario è V. ROPPO, *op. cit.*, p. 172, per il quale la violazione del dovere di segreto è una scorrettezza, che pur traendo origine dalla trattativa, non è finalizzata a essa. La responsabilità precontrattuale “colpisce specificamente le scorrettezze che portano al responsabile ingiusti vantaggi e alle vittime danni ingiusti”. In conclusione, secondo l’autore, la responsabilità che sorge in questo caso non è precontrattuale bensì extracontrattuale.

⁴³ Si pensi ad esempio al segreto cui è tenuto il mediatore circa le notizie riservate apprese nell’esercizio della sua attività professionale. Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 166.

Il dovere di segreto è riconosciuto anche nelle prassi commerciali internazionali. L’art. 2.1.16, sez. 1, cap. 2 Formazione e rappresentanza, dei principi internazionali di Unidroit, stabilisce sull’obbligo di riservatezza che “se, nel corso delle trattative, una parte rivela un’informazione in via riservata, l’altra parte ha il dovere di non divulgare tale informazione o di non usarla scorrettamente a proprio vantaggio, indipendentemente dalla successiva conclusione del contratto. Ove il caso lo richieda, il rimedio per l’inosservanza di questo dovere può includere un risarcimento commisurato al vantaggio ottenuto dalla controparte”. Citazione di P. FAVA, *op. cit.*, pp. 1440-1441.

⁴⁴ Peraltro il diritto al risarcimento del danno subito per aver violato il dovere di riservatezza è riconosciuto anche a livello internazionale, in particolare dai principi internazionali di Unidroit che ai sensi dell’art. 2.1.16. stabiliscono che “se, nel corso delle trattative, una parte rivela un’informazione in via riservata, l’altra parte ha il dovere di non divulgare tale informazione o di non usarla scorrettamente a proprio vantaggio, indipendentemente dalla successiva conclusione del contratto. Ove il caso lo richieda, il rimedio per l’inosservanza di questo dovere può includere un risarcimento commisurato al vantaggio ottenuto dalla controparte”.

⁴⁵ F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU - F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1965 p. 447, cit. in *op. cit.*, di N. SAPONE, p. 214.

2.4 Il dovere di collaborazione.

La diligenza del soggetto contraente di adoperarsi per salvaguardare la validità e l'efficacia del contratto concreta un obbligo di buona fede.

Invero, la buona fede non si limita a imporre il divieto di astenersi dal cagionare un danno o dal porre in essere una condotta lesiva nei confronti dell'altrui sfera giuridica, bensì richiede l'adozione di atteggiamenti di collaborazione e cooperazione reciproca tra le parti, promuovendo l'altrui interesse, ai fini di una leale negoziazione. L'impegno richiesto è proporzionato nei limiti di un apprezzabile sacrificio, e non configura una prestazione obbligatoria.

Sotto questo profilo, rileva l'inerzia, dolosa o colposa, del contraente, che non si attiva per consentire all'accordo di giungere a buon fine. A titolo esemplificativo può riportarsi l'ipotesi di un soggetto che non presenta la domanda volta a ottenere l'autorizzazione pubblica richiesta a pena di nullità o di inefficacia del contratto⁴⁶. Altresì il dovere di chiarezza che incombe su ciascun contraente per consentire un'agevole comprensione del contenuto del contratto, rappresenta un dovere di collaborazione⁴⁷.

2.5 Altro tipico dovere di correttezza: il dovere di custodia.

Discutibile è se tra i doveri precontrattuali possa ricomprendersi altresì il dovere di custodia di beni consegnati a una parte in vista della stipulazione dell'intesa contrattuale. Tale obbligo, che di norma grava sul mandatario ai sensi dell'art. 1718 c.c., viene dilatato e imposto, secondo un ampio criterio di interpretazione del dovere di correttezza, anche in fase prenegoziale per evitare che il bene oggetto della trattativa che una parte ha ricevuto in visione, subisca danni o perisca.

Se da un lato vi è chi ammette tale tipologia di doveri nell'ambito dei doveri di correttezza⁴⁸, dall'altro vi è chi esclude tale possibilità⁴⁹, in ragione del fatto che la

⁴⁶ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 166; P. GALLO, *op. cit.*, pp. 143- 144, aggiunge che anche una condotta omissiva, volta a impedire la conclusione dell'accordo negoziale, può integrare gli estremi della responsabilità precontrattuale.

⁴⁷ P. GALLO, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁸ Trib. Milano 17 settembre 1973, cit. in N. SAPONE, *op. cit.*, pp. 215- 216.

custodia di oggetti consegnati al fine di concludere il contratto, determina di per sé un autonomo rapporto, che a seconda dei casi potrebbe dar origine a responsabilità di tipo contrattuale, in caso di mancata restituzione, o extracontrattuale, in caso di danneggiamento doloso o colposo.

3. Il recesso ingiustificato dalle trattative.

Il canone di buona fede oggettiva, applicato in fase precontrattuale, quale limite all'autonomia negoziale delle parti, esige un comportamento secondo correttezza, solidarietà e serietà.

Ai primi albori dell'istituto in esame, la dottrina dominante⁵⁰ sembrava respingere l'ipotesi che il recesso esercitato in fase prenegoziale potesse configurare il sorgere di una responsabilità in capo al contraente. Ciò in quanto il recesso era considerato come la manifesta espressione dell'esercizio di un diritto in capo alle parti, peraltro in una fase in cui non era ancora propriamente sorto il vincolo di una volontà ad obbligarsi⁵¹.

In realtà se ciascuna parte non è obbligata a concludere un contratto, potendo interrompere la negoziazione in ogni momento, è altrettanto vero che tale libertà debba correlarsi all'esigenza di un'adeguata tutela dell'interesse della controparte. Invero, negli anni successivi la giurisprudenza⁵² ha affrontato la tematica in questione, protraendosi sino all'epilogo con l'art. 1337 c.c., in cui si è giunti alla determinazione che fonte di responsabilità precontrattuale è certamente il recesso ingiustificato dalle trattative. In particolare, qualora un contraente, conduca una trattativa al punto da ingenerare nell'altro il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, per poi interromperla senza un giustificato motivo, integra gli estremi di una condotta contraria a buona fede, configurando un'ipotesi di responsabilità precontrattuale⁵³.

⁴⁹ Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 144; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 167.

⁵⁰ G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 12 e ss.; L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 727, in nota 4 di G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 54.

⁵¹ Sul punto v. G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 54 e ss.

⁵² Cass. civ. 6 febbraio 1925, in nota 7 di G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 55.

⁵³ Cass. civ. 30 marzo 1990, n. 2623, in *Rep. Foro. it.*, 1990, voce “*Contratto in genere*”, p. 233; Cass. civ. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro. it.*, 1992, I, p. 1766; Cass. civ. 6 marzo 1992, n.

È stata già posta in luce la definizione di trattativa - su cui si erano interrogate dottrina e giurisprudenza - quale fase antecedente la stipulazione di un contratto, in cui le parti esprimono manifestamente la loro volontà ad impegnarsi, senza porre in essere l'atto formale che costituisce il vincolo contrattuale, finalmente accolta all'unanimità.

Durante le trattative le parti si scambiano reciproche dichiarazioni, le quali contribuiscono in vario modo a determinare il contenuto del futuro contratto, generando in tal modo la certa sensazione di concludere l'accordo. Tuttavia la trattativa non comporta il sorgere di un obbligo di contrarre⁵⁴, giacché la responsabilità precontrattuale tutela la libertà negoziale e non l'interesse all'adempimento, ma solo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

È bene ora osservare che il recesso dalle trattative è fonte di responsabilità precontrattuale quando sia ingiustificato e pregiudizievole dell'altrui affidamento riposto nella conclusione dell'accordo negoziale. Tale affidamento non risiede nella conclusione del contratto bensì nella conduzione dell'affare in conformità ai canoni di lealtà e probità⁵⁵. Pertanto l'aver suscitato l'altrui convincimento circa la conclusione a buon fine della negoziazione e l'aver abusivamente interrotto la trattativa, configura un contegno contrario a buona fede⁵⁶, e impone l'obbligo di risarcire il danno a favore della parte lesa⁵⁷.

2704, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1560; Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250; Cass. civ. 29 marzo 2007, n. 7768, in *Mass. Foro. it.*, 2007, p. 3, cit.: "Perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; la verifica della ricorrenza di tutti i suddetti elementi, risolvendosi in un mero accertamento di fatto, è demandato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato".

⁵⁴ La presenza di un obbligo di contrarre determinerebbe in caso di violazione una responsabilità per inadempimento, e quindi contrattuale: v., infatti, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁵ Cfr. F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità* – Commento a Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contr.*, 2012, p. 241, osserva, infatti, che "l'oggetto a cui si rivolge l'affidamento non è necessariamente la conclusione del futuro contratto ma il contegno complessivo tenuto dal recedente nel corso della trattativa. L'equivoco di ritenere la conclusione del contratto quale unico possibile referente del legittimo affidamento conduceva a negare la rilevanza di quest'ultimo nelle trattative, essendo del tutto aleatorio che da esse si sbocchi alla conclusione del contratto. Il grado di avanzamento delle trattative potrà fornire un indice presuntivo ma dovrà essere affiancato dalla valutazione delle circostanze concrete operate alla stregua della clausola di buona fede oggettiva".

⁵⁶ C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 195.

⁵⁷ Cass. civ. 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 1276.

Tali requisiti sono considerati imprescindibili per poter parlare di un recesso abusivo dalle trattative⁵⁸ e, facilitano nell'ambito del possibile l'interprete nell'individuazione di una siffatta fattispecie.

L'elaborazione dei presupposti che presidono il recesso ingiustificato sorge dalla difficoltà di coordinare e mitigare due opposte esigenze che vedono da un lato la libertà delle parti di interrompere la conduzione dell'affare, senza specificare un giustificato motivo, dall'altro la meritevole tutela del legittimo affidamento, che si è istillato nel contraente circa la positiva conclusione del contratto stipulando⁵⁹.

Innanzitutto, la sussistenza del requisito del ragionevole affidamento è ancorata al presupposto dell'avvenuto apprezzamento, ad opera delle parti, degli elementi essenziali del contenuto del contratto. Posto che l'inizio di una trattativa “non autorizza nessuno a fare assegnamento sul suo esito positivo”⁶⁰ e che il giudice non può indagare, in ogni singolo caso, sullo stato psicologico in capo all'oblatore, l'affidamento sussiste qualora le parti abbiano inteso concordare i punti essenziali dell'accordo, che si propongono di stipulare⁶¹. L'affidamento sussiste anche quando le parti abbiano concordato di concludere il contratto, ma abbiano lasciato aperto un termine essenziale, per la futura trattativa⁶².

⁵⁸ Il trattamento giuridico della disciplina del recesso ingiustificato dalle trattative, sicuramente improntato sulla tutela dell'affidamento, richiede il coordinamento dei requisiti sopra indicati. Sul punto è intervenuta la Corte Suprema di legittimità con una pronuncia del 6 marzo 1992, n. 2704, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 1560, in cui afferma che “le parti conservano normalmente nella fase delle trattative piena libertà ed autonomia, e quindi sono libere di recedere (...) purché si comportino in buona fede (...)”. Tuttavia, “l'affidamento non è invocabile quando la parte è debitamente informata sulle possibilità di recesso”. Non può dunque aversi responsabilità precontrattuale “quando il comportamento di una parte escluda qualsiasi certezza sulla conclusione del contratto”.

⁵⁹ Cfr. F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, III, II ed., Milano, 2008, p. 607 e ss.; G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 232.

⁶⁰ Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 168, nota 39.

⁶¹ Cass. civ. 13 marzo 1996, n. 2057, in *Foro. it.*, 1996, I, p. 2065, cit.: “Incorre nella responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., la parte che, dopo aver suscitato in altri un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, recede ingiustificatamente dalle trattative. Tuttavia, - perché le trattative siano considerabili affidanti - è necessario che nel corso di esse le parti abbiano preso in considerazione almeno gli elementi essenziali del contratto, come ad esempio la natura delle prestazioni o l'entità dei corrispettivi”. Concetto successivamente ribadito nella pronuncia del 4 marzo 2002, n. 3103, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1126. Per la dottrina v. anche G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 63 e ss.; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 169; G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 792 e ss.

⁶² In questi termini si spiega G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e responsabilità*, 5/2009, p. 472.

L'analisi di tale requisito è guardata con diffidenza dalla dottrina, perché considerato eccessivamente indeterminato e di difficile interpretazione in chiave oggettiva.

In effetti, il compito del giudice, che si risolverebbe in un accertamento del presupposto in esame, si rivela di non poca difficoltà.

Non ci si può esimere dall'osservare che la traduzione in termini oggettivi dell'affidamento⁶³ può essere percepita in maniera differente anche relativamente al contesto sociale di cui fanno parte i contraenti. Perciò se le parti contraenti provengono da ambienti sociali in cui la c.d. “parola data” ha una valenza espressiva più importante di qualsiasi altra intesa circa gli elementi essenziali del contratto, il giudice dovrà valutare se, in base ai diversi parametri di comportamento vevoli in detti contesti sociali non possa ritenersi sussistente l'affidamento nella conclusione del contratto, anche in presenza di un accordo di massima non riguardante i punti essenziali dell'accordo.

La casistica pone in evidenza una copiosa serie di comportamenti concreti idonei a generare un legittimo affidamento, quali ad esempio l'esteriorizzazione delle trattative e la predisposizione di adeguati mezzi per la loro realizzazione ovvero l'invito del recedente alla controparte a predisporre all'adempimento del contratto⁶⁴. L'esemplificazione dimostra che il requisito del legittimo affidamento si concretizza nell'individuazione di circostanze idonee ad escludere che vi sia stata, da parte del ricorrente, l'incondizionata assunzione del rischio circa le spese sostenute in vista della conclusione del futuro accordo⁶⁵.

È importante dunque che l'affidamento sia stato incolpevole e non dovuto a una scarsa attenzione a determinate circostanze altrimenti rilevabili con l'ordinaria diligenza⁶⁶. Tale criterio operativo consente di eliminare la necessità di un'indagine da parte del giudice circa lo stato soggettivo delle parti di affidamento nella conclusione del contratto.

⁶³ G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 66, parla appunto di “oggettivazione” dell'affidamento.

⁶⁴ G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 794, ritiene invece insussistente l'affidamento in caso di semplice definizione del prezzo e dell'oggetto di una vendita immobiliare, cui non facciano seguito espliciti comportamenti concludenti ovvero la dichiarata indisponibilità a trattare. È inoltre considerato irrilevante il numero minimo degli incontri intervenuti tra le parti o la breve durata del rapporto tra di esse intercorrente.

⁶⁵ *Idem*, p. 793 e ss.

⁶⁶ Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 139.

Peraltro, si considera altresì necessario acclarare se le parti abbiano inteso già vincolarsi a quanto accordato in fase prenegoziale o se abbiano voluto rimettere tale accordo ad una successiva espressione del consenso. Sotto questo profilo, il giudizio del giudice sarà richiesto per verificare non la sussistenza dell'affidamento bensì l'eventuale ammissibilità di un recesso.

La motivazione del recesso viene valutata procedendo al riscontro, nel caso concreto, della sussistenza o meno di una giusta causa⁶⁷.

La giusta causa è identificata con “una circostanza esterna alla sfera del recedente”, nella quale si potrebbe comprendere il repentino cambiamento di idea o il tardivo accorgimento dell'eccessiva onerosità dell'impegno assunto, “sopravvenuta nel corso della trattativa oppure preesistente ma da lui ignorata senza colpa, idonea a modificare la valutazione di convenienza del contratto”⁶⁸.

In ogni caso, la determinazione della presenza o meno di una giusta motivazione di recesso si riduce, di fatto, ad un sindacato secondo le regole di lealtà e correttezza dei motivi che hanno impedito il raggiungimento dell'intesa negoziale⁶⁹.

La giurisprudenza di legittimità⁷⁰ ha osservato che la violazione del canone di buona fede può attuarsi non soltanto in conseguenza di un comportamento doloso, di mala fede, essendo sufficiente anche una condotta non intenzionale, e quindi colposa del contraente, che non ha improntato il suo atteggiamento alla

⁶⁷ Per esempio, se dall'accertamento del giudice si evince che le parti abbiano voluto eseguire una mera puntazione, non avendo ancora stipulato l'intesa, è indubbiamente configurabile un recesso dalla negoziazione. Sul punto v., G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁶⁸ Così, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 174. Peraltro, P. GALLO, *op. cit.*, pp. 138- 139, espone una serie di casi indicati dalla giurisprudenza in cui si ritiene che il recesso sia ingiustificato. Tra i principali si ricordano quelli in cui le parti manifestano il loro consenso in forma orale e una di loro all'ultimo momento rifiuta di sottoscrivere il contratto o di recarsi dal notaio per la redazione dell'atto, presso il quale era stato già fissato l'appuntamento. O ancora il caso di una parte che dopo aver indotto l'altra a effettuare spese in vista dell'adempimento del contratto, non addivene alla conclusione dello stesso.

⁶⁹ Sul punto v., G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 797. P. GALLO, *op. cit.*, pp. 138- 139, espone una serie di casi indicati dalla giurisprudenza in cui si ritiene che il recesso sia ingiustificato. Tra i principali si ricordano quelli in cui le parti manifestano il loro consenso in forma orale e una di loro all'ultimo momento rifiuta di sottoscrivere il contratto o di recarsi dal notaio per la redazione dell'atto, presso il quale era stato già fissato l'appuntamento. O ancora il caso di una parte che dopo aver indotta l'altra a effettuare spese in vista dell'adempimento del contratto, non addivene alla conclusione dello stesso.

⁷⁰ Cass. civ. 27 ottobre 1961, n. 2425, in *Mass. Giur. it.*, 1961, p. 743; anche in nota 44 di C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 169.

correttezza e al senso di solidarietà sociale propria del contenuto del precetto di buona fede.

In altre parole, la responsabilità precontrattuale sorge in presenza dell'intento doloso o colposo di arrecare all'altra parte un danno ingiusto: il comportamento doloso si ha quando il soggetto intraprende la negoziazione pur avendo l'intenzione di non concludere l'affare; la colpa sussiste quando il contraente porta avanti le trattative senza aver avuto prima l'accortezza di accertarsi sulle reali possibilità di concluderle⁷¹.

Chi dunque manifesta l'intenzione di contrarre è responsabile, qualora receda, non già per il recesso in sé e per sé, ma per il fatto di non aver sufficientemente soppesato l'eventualità del recesso stesso⁷², e di aver condotto una trattativa rivelatasi inconcludente. Il recedente deve assumersi l'obbligo di rendere edotta la controparte delle sue perplessità per permetterle di ovviare ad eventuali ed inutili conseguenze dannose anche di natura economica.

Tale rilievo esprime altresì il concetto per cui la buona fede non rappresenta il solo principio a dominare la responsabilità precontrattuale. Le parti di una trattativa devono, infatti, uniformarsi al precetto dell'ordinaria diligenza per non ledere l'altrui libertà negoziale⁷³.

Alla luce dei presupposti finora esaminati, è ragionevole affermare che l'interruzione delle trattative non sempre configura il sorgere della responsabilità precontrattuale⁷⁴. È stato giustamente osservato che il contatto che si determina tra le parti per l'avvio di una trattativa non comporta, in sé, alcun obbligo di contrarre, giacché le parti si trovano in una fase embrionale della negoziazione: ciascuna parte conserva, secondo la legge, il potere di revocare la proposta o l'accettazione fintanto che il contratto non sia concluso, senza che ciò integri una condotta illecita⁷⁵.

⁷¹ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 168.

⁷² Cfr. F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XII ed., Napoli, 2006, p. 873.

⁷³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 169.

⁷⁴ Così, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 173. L'autore ritiene che la rottura di una trattativa non sia di per sé illecita, ma costituisce manifestazione della libertà contrattuale. La stessa norma codicistica *ex art.* 1328, riconosce alle parti il potere di revocare la proposta e l'accettazione.

⁷⁵ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 168. La stessa Corte di Cassazione, con sentenza del 18 giugno 2004, n. 11438, *Juris data*, 2006, p. 3, ha precisato che la responsabilità *ex art.* 1337 c.c., nel caso di ingiustificato recesso dalle trattative, richiede il coordinamento fra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e il principio che impone alle parti di

In tal senso, il recesso è ritenuto giustificato allorquando: la parte adotti nel corso delle trattative un comportamento negligente o malizioso; o ancora quando le trattative si protraggano nel tempo e subentrino nuove circostanze o se una parte apporti variazioni notevoli al contenuto delle intese raggiunte sino a quel momento⁷⁶. Il recesso è altresì lecito qualora la stipulazione del contratto implichi la commissione di atti illeciti⁷⁷.

Per quanto riguarda il mero ripensamento circa la convenienza dell'affare, la giurisprudenza ha affrontato solo incidentalmente tale questione: in particolare, discussa è l'ipotesi se l'offerta contrattuale economicamente più vantaggiosa possa costituire o meno una giusta causa di recesso.

In dottrina non vi è unanimità di vedute. Tra le posizioni di chi intende attribuire il carattere di illiceità al recesso⁷⁸, emergono le posizioni di chi invece considera favorevolmente la proposta economicamente più vantaggiosa un motivo di recesso, purché sia impossibile ottenere la miglior condizione tramite la prosecuzione dell'originaria contrattazione. A tal proposito il contraente dovrà informare la controparte circa l'offerta del terzo, onde consentirle l'avanzamento di una proposta migliore o uguale. Soltanto se alla sollecitazione non sia conseguita alcuna proposta da controparte, sarà possibile recedere lecitamente dalla negoziazione⁷⁹.

Ciò detto vale a sottolineare che non è il rifiuto di concludere il contratto ma le modalità con cui sono state condotte le trattative a poter qualificare come

comportarsi secondo buona fede nelle trattative. In particolare, ha affermato che “la mera presenza di trattative non è sufficiente ad integrare l'invocata responsabilità poiché le parti hanno la facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di recedere in ogni momento indipendentemente da un giustificato motivo, solo ove si sia precedentemente formato il ragionevole affidamento della responsabilità della parte. La giustificazione del recesso dalle trattative diventa necessaria (per escludere la responsabilità precontrattuale) ove preesista il ragionevole affidamento della controparte sulla successiva conclusione del contratto”.

⁷⁶Cfr. G. MERUZZI, *op. cit.*, pp. 796- 797.

⁷⁷Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, p. 1237.

⁷⁸A. GAMBARO - U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile, Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012, pp. 22-23. È ivi espresso che ritenendo giusto il recesso a fronte di un'offerta più vantaggiosa rispetto al risultato che condurrebbero le trattative, si dovrebbe a rigor di logica ammettere il recesso causato da una qualsiasi modificazione del costo di produzione della prestazione. “In questo modo, però, la responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative non troverebbe praticamente mai applicazione, dal momento che solamente il recesso capriccioso non sarebbe giustificato”. Tesi confermata anche da G. AFFERNI, *op. cit.*, p.

471.

⁷⁹Così G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 797.

“corretto” il comportamento tenuto dalla parte contraente. La violazione della buona fede ex art. 1337 c.c., e il conseguente insorgere della responsabilità precontrattuale, deve essere verificata in base a dei parametri che non devono essere quegli *standards* generali riferibili ai comuni doveri di correttezza, bensì quelli che il contraente ha inteso assoggettarsi assumendo specifici vincoli precontrattuali⁸⁰.

4. Altra fattispecie particolare di responsabilità precontrattuale: il negozio unilaterale.

Un interessante interrogativo investe il regime della responsabilità precontrattuale, in particolare ci si chiede se ed in quale misura sia possibile estendere l’ambito di operatività dell’istituto in esame ai negozi unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale.

In primo luogo occorre accertare se l’art. 1337 c.c. sia compatibile con la struttura unilaterale del negozio. In caso positivo, l’applicabilità delle norme sulla responsabilità precontrattuale discende dall’art. 1324 c.c. Una parte della dottrina⁸¹ ha sostenuto che l’art. 1337 c.c., in tema di *culpa in contrahendo*, disciplina anche le trattative e la formazione dei negozi unilaterali. Invero, pur apparentemente difettando di una trattativa, in quanto nel negozio unilaterale è presente una sola parte, mentre nel contratto vi sono due parti contraenti, in realtà la trattativa nel suo aspetto sostanziale si qualifica come un’attività volta ad attestare la convenienza e l’opportunità dell’affare⁸². Pertanto tale attività è compiuta anche da chi si dispone a compiere un negozio unilaterale⁸³.

Piuttosto l’incompatibilità è stata rilevata con riguardo ai negozi unilaterali non recettizi, difettando un destinatario al quale riferire un affidamento tutelabile e,

⁸⁰ Sul punto v., G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 1100 e ss.

⁸¹ Per tutti cfr., V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 130.

⁸² Così N. SAPONE, *op. cit.*, p. 501; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 130, secondo cui “La differenza, consistente nel particolare per cui nel contratto vi sono due parti, mentre nel negozio unilaterale vi è una sola parte, non è evidentemente quella che ha ispirato la formulazione del dovere di buona fede”.

⁸³ F. BENATTI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 6, secondo cui “la soluzione proposta appare in armonia con i moderni orientamenti che tendono ad assoggettare tutta l’attività dei privati davanti al giudizio di buona fede, e risponde altresì ad esigenze di ordine pratico”.

dunque, mancando quella “relazione sociale tra due soggetti che giustifica la regola dell’art. 1337 c.c.”⁸⁴. Peraltro, si è rilevato che nei negozi di ultima volontà, a causa dell’assenza di controinteressati alla dichiarazione, manca quel conflitto di interessi riferibile al dichiarante, al quale ricondurre, sotto il profilo della responsabilità, un’esigenza di eventuali aspettative estranee⁸⁵.

Per quanto riguarda la configurabilità della responsabilità in parola in ordine all’istituto della donazione, è interessante osservare le differenti opinioni dottrinarie che si sono manifestate, nell’esperienza giuridica, relativamente a tale argomento. Un orientamento esclude che si possa parlare di *culpa in contrahendo* in tema di donazione, non essendovi trattative ma disposizione⁸⁶. Invero, i sostenitori di tale tesi hanno fondato la loro convinzione sull’assunto che in tema di donazioni si formalizza un atto di liberalità con la quale si dispone di un proprio diritto; al contrario, un’altra parte della dottrina ritiene ipotizzabile la responsabilità precontrattuale del donante ai sensi dell’art. 1338 c.c., in particolare con riguardo alla donazione traslativa nulla in quanto avente ad oggetto beni altrui⁸⁷ ovvero anche nell’ipotesi di esecuzione anticipata del contratto⁸⁸.

Per quanto attiene alla revoca della donazione, fermo restando il disposto dell’art. 782 c.c., che prevede la possibilità, prima che la donazione si sia perfezionata, per il donante e per il donatario, di revocare la loro dichiarazione, sembra doversi

⁸⁴ ID., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 23. L’a. afferma che la giurisprudenza non ha mai applicato l’art. 1337 c.c. ai negozi unilaterali ma esclusivamente ai contratti. “La ragione va ricercata nel fatto che la disposizione in esame sembra disciplinare una situazione qualificata dall’essere strumentale rispetto alla conclusione del contratto e quindi non pare compatibile con atti che per loro struttura non sono preceduti da una trattativa”. *Contra*, G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Contratti*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, secondo cui “in mancanza di attività negoziale del destinatario, non c’è lesione di quella libertà negoziale che la normativa sulla responsabilità precontrattuale mira a tutelare”.

⁸⁵ G. GIAMPICCOLO, *Atto “mortis causa”*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 235 (cit. da F. Benatti, op. cit., p. 6).

⁸⁶ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, Torino, 1961, p. 481 (cit. da N. Sapone, op. cit., p. 503), secondo cui “il donante non tratta ma dispone”.

⁸⁷ Sul punto, F. GAZZONI, op. cit., p. 867, il quale afferma che “in presenza di nullità, il donante non deve, infatti, rispondere per l’evizione, potendo, se del caso, il donatario solo agire per responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c.”. Conformemente a tale indirizzo cfr., D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, p. 39, che ritiene configurabile la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. nel caso in cui il donante ometta di informare circa una causa di invalidità del contratto.

⁸⁸ A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XII, Milano, 1956, p. 453, secondo cui “concorrendo le altre condizioni stabilite dalla legge, non potrà, pertanto, escludersi la responsabilità per colpa *in contrahendo* del donatario che abbia fatto nascere nel donante l’affidamento nella sua accettazione o nella definitività di essa”.

ammettere la responsabilità del donante che senza giustificato motivo abbia revocato la donazione medesima, proposta con dolo o colpa grave. Tale considerazione vale anche per il donatario, il quale risponde non solo per condotte dolose o colpose gravemente, ma in tutti i casi in cui si è posto nei confronti della controparte, con slealtà o scorrettezza⁸⁹.

⁸⁹ Cfr. N. SAPONE, *op. cit.*, p. 503 e ss.

CAPITOLO TERZO

Contratto valido e teoria dei vizi incompleti.

1. Introduzione: tra regole di validità e regole di comportamento (Brevi cenni).

La responsabilità precontrattuale tutela *tout court* la libertà negoziale del soggetto, in particolare l'interesse di questo a non rimanere coinvolto in trattative infruttuose o a stipulare un contratto invalido. Se tale assunto è del tutto pacifico, resta tuttavia ancora da chiarire se sia ipotizzabile una violazione della libertà contrattuale nell'eventualità in cui il contratto stipulato risulti essere valido ma "sconveniente".

La domanda pone in evidenza una questione che è in realtà risalente nel tempo¹, e che apre complesse problematiche ermeneutiche. Infatti, la fase delle trattative e della formazione del vincolo contrattuale è ordinata da un duplice ordine di regole quali i vizi del consenso (dolo, violenza, errore) e le norme in materia di correttezza precontrattuale: le une attengono alla validità degli atti; le altre regolamentano la condotta cui sono tenute le parti nel corso delle diverse fasi della procedura contrattuale.

Le due tipologie di regole, sebbene strutturalmente distinte tra loro, proprio per il fatto di incidere su uno stesso fenomeno, quale è quello della formazione dell'accordo negoziale, danno luogo a delicati problemi di coordinamento non indifferenti².

¹ Nell'ambiente del diritto romano non si rinviene alcuna traccia del principio di non separazione tra regole di validità e regole di correttezza, che, al contrario, si affaccia nel panorama giuridico del nostro ordinamento agli albori del codice civile del 1865.

² Cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 118 e ss. L'autore afferma che le due categorie di regole si pongono sullo stesso piano e si differenziano per la funzione: "le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici, e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte". Altra dottrina (v. anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 9 e ss.) ha distinto le due regole sotto un altro profilo e cioè le regole di validità sono formali, in quanto espressamente previste dal legislatore, mentre le regole di

Sotto la vigenza del codice del 1865 era operante il principio che auspicava la non ingerenza tra la disciplina dell'invalidità e la disciplina attinente al corretto comportamento dei soggetti contraenti, giacché in quel tempo era di fatto inesistente una norma specifica che prevedeva già in fase prenegoziale un dovere di conformarsi a buona fede³. Quest'ultimo, infatti, era un dovere contemplato limitatamente alla fase dell'esecuzione del contratto⁴.

Occorre, peraltro, aggiungere che la buona fede ricopriva un ruolo marginale rispetto all'ordinamento attuale, restando confinata nell'ambito dell'interpretazione del contratto, per fornire maggior valenza a quanto pattuito dalle parti stipulanti. Ciò comportava che la buona fede non era in grado di incidere sul giudizio di validità degli atti, ma, al contrario, le regole di validità, in quanto espressione del dogma di volontà delle parti, erano destinate a prevalere sulle regole di buona fede, incorporandole.

Conseguentemente ogni pregiudizio perpetrato nella fase precontrattuale, purché non integrasse una delle tipiche cause d'invalidità, veniva assorbito dal raggiungimento dell'accordo⁵. E, in effetti, sarebbe risultata una contraddizione in termini ammettere l'efficacia e la validità di un contratto e, nel contempo, condannare al risarcimento del danno colui che lo aveva posto in essere⁶. Tuttavia inevitabilmente il contraente "compromesso", deluso dalla conclusione della trattazione negoziale, veniva a trovarsi sfornito di tutela.

La situazione poc'anzi descritta è stata ribaltata con la creazione del codice civile del 1942, essendo stata inserita, agli artt. 1337 - 1338 c.c., una tutela nei confronti dei contraenti durante la fase delle trattative prenegoziali. In particolare dalla

correttezza sono virtuali, perché desumibili dall'ordinamento. Peraltro, non manca la voce di chi ritenga tale suddivisione superata (v. S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 687).

³ Cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 5 e ss.; v. anche G. PATTI- S. PATTI, *op. cit.*, p. 95 e ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 1007 e ss.

⁴ L'allora codice civile imponeva, in capo alle parti, un obbligo di buona fede durante la fase di esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1124 c.c. abr.

⁵ Cfr. G. PATTI- S. PATTI, *op. cit.*, p. 95; G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1008.

⁶ Su tale punto v. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. BESSONE, Torino, 2000, che ritiene incompatibile la relazione tra la responsabilità precontrattuale e il contratto validamente concluso. Un ostacolo che appare insuperabile anche sul piano della responsabilità extracontrattuale, giacché l'esistenza di una negoziazione alla quale l'ordinamento riconosca validità ed efficacia giuridica, non consente di riportare la perdita economica nella relazione fra le parti ad un atto o fatto avvenuto *contra ius*.

disposizione contenuta nell'art. 1337 c.c. si evince un principio generale di buona fede che, svincolato dalle teorie individualistiche, grava in maniera incisiva sul giudizio di validità. In questo modo la buona fede assurge non soltanto a regola di condotta ma altresì a criterio di giudizio a posteriori del comportamento delle parti, cingendo l'intero arco dell'*iter* contrattuale: dalla fase delle trattative e formazione del contratto, all'interpretazione sino alla sua esecuzione⁷. In altre parole, la clausola generale di buona fede costituirebbe non solo un limite all'autonomia privata, bilanciando i diversi interessi delle parti al corrispondente regolamento negoziale da stipulare, ma diverrebbe in grado di condizionarne, a tal fine, la sua stessa validità.

Il mutamento di prospettiva ha dunque così reso possibile il sorgere di accesi dibattiti sull'argomento in questione, ponendo in discussione la netta separazione tra le due categorie di regole⁸ e risolvendosi in un'unica problematica concernente la corretta interpretazione dell'art. 1337 c.c., onde consentire di individuare il suo ambito di applicazione.

2. Il contratto valido e la responsabilità precontrattuale.

La problematica pertinente, in materia di responsabilità precontrattuale, all'applicabilità o meno dell'art. 1337 c.c. anche ai contratti validamente conclusi, costituisce oggetto di un ampio dibattito dottrinale⁹ e giurisprudenziale¹⁰ tutt'altro che sopito¹¹. Il punto critico è accertare se il perfezionamento del regolamento

⁷ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 9.

⁸ Peraltro la problematica riverbera i suoi effetti sulla compatibilità tra contratto valido e responsabilità.

⁹ G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 95 e ss.; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 135 e ss.; G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1007 e ss.; P. GALLO, *Asimmetrie e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 666; *Id.*, *op. cit.*, p. 144 e ss.

¹⁰ Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 cit. in F. CARINGELLA, *Contratti - Normativa e giurisprudenza ragionata*, con la collaborazione di L. CAMERIERO, Milano, 2008; Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, I, 2717; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in www.cortedicassazione.it; Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Giust. civ.*, 2010, 149.

¹¹ L'interpretazione della norma in esame è al centro di un vivace dibattito, risalente sino all'insegnamento di Jhering. La dottrina legata a una visione più "tradizionale" e quindi "restrittiva" dell'art. 1337 c.c., seguendo l'orientamento di Jhering, non è incline ad ammettere una visione più ampia della responsabilità precontrattuale. Se da un lato si è resa certa la regola della responsabilità per scorrettezze nelle trattative; dall'altro non è ancora del tutto chiaro se si abbia *culpa in contrahendo* solo nell'ipotesi di un contratto invalido o anche quando si è stipulato un

negoziale in termini di validità ed efficacia possa assorbire, rendendola priva di ogni rilievo, la scorrettezza perpetrata in fase precontrattuale.

La questione nasce dalla considerazione che la responsabilità precontrattuale si colloca in una fase anteriore alla conclusione dell'accordo e, più precisamente in quella vicenda contrattuale che costituisce "il materiale di costruzione del futuro contratto"¹²: la trattativa. Secondo alcuni¹³, l'aver imposto uno specifico dovere di condotta in questo preciso momento contrattuale avrebbe reso la trattativa una vicenda autonoma e indipendente dalla successiva fase dell'esecuzione del contratto, fonte di un rapporto vincolante tra le parti *ex lege*¹⁴.

Preliminarmente occorre premettere che non è possibile affrontare la tematica in argomento senza partire dalla clausola generale di buona fede, che permea l'intero istituto della responsabilità precontrattuale.

Come accennato in precedenza, trascorso un periodo in cui la giurisprudenza¹⁵ appariva restia a riconoscere un autonomo rilievo giuridico alla buona fede, che concretava il sorgere della responsabilità soltanto se la lesione del diritto era riconosciuta da altre norme, a cavallo tra gli anni sessanta e settanta, sotto la vigenza dell'attuale codice civile, si è profilato un nuovo orientamento sull'orizzonte giurisprudenziale nonché dottrinale che ha prudentemente aperto una fenditura sulla questione.

Le caratteristiche di elasticità e di astrattezza di cui si connota la buona fede ha destato l'interesse della dottrina¹⁶ a delineare i suoi contorni e a far discendere da essa una serie di doveri di condotta che, nell'intento di circoscrivere il suo ambito di operatività, sembrerebbero porsi ben al di là delle due ipotesi paradigmatiche della responsabilità precontrattuale.

negozio valido. Cfr. F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Treccani*, pp. 1 – 11.

¹² M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2011, p. 140.

¹³ Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 152.

¹⁴ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 2, cit.: "Non si riuscirebbe davvero a comprendere per quale motivo, una volta stabilito che i contraenti devono osservare nelle trattative una condotta improntata a correttezza, il comportamento sleale e disonesto dovrebbe consistere soltanto nella formazione di un negozio nullo o annullabile".

¹⁵ Cass. civ. 26 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1284 in nota 11 di M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 140.

¹⁶ C. M. BIANCA, *op. cit.* pp. 163 -167; V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 169 - 172; P. GALLO, *op. cit.*, pp. 142- 144; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, pp. 252 - 260.

L'elaborazione di una sorta di catalogo dei doveri precontrattuali ha implicato l'elusione di un appiattimento dell'ambito della *culpa in contrahendo* al recesso ingiustificato dalle trattative e alla stipulazione di un contratto invalido, declamato, invece, dall'insegnamento tradizionale.

Secondo questo filone si instaura, infatti, una relazione di *genus ad speciem* tra l'art. 1337 c.c. e l'art. 1338 c.c.: l'uno costituisce la matrice, comprendente le fattispecie astrattamente tutelate dalla norma e da cui deriva l'altro, che rappresenta la sua specificazione¹⁷. Quest'ultimo, invero, ha a sua volta una funzione integrativa¹⁸ del primo, perché volto a sanzionare uno specifico comportamento, e cioè l'omessa comunicazione di una causa di invalidità del contratto.

Stante la stretta corrispondenza biunivoca tra il contenuto delle due norme non sembra esservi spazio per la contemplazione di un'ulteriore fattispecie che possa essere fonte di responsabilità precontrattuale, al di fuori di quelle riportate¹⁹.

Di conseguenza, dopo la conclusione di un contratto valido le slealtà commesse nel corso delle trattative, tali da aver persuaso il contraente a concludere un contratto che altrimenti avrebbe definito a condizioni diverse o non avrebbe stipulato affatto, perdono di fondamento giuridico, risultandone anzi assorbite dal perfezionamento dell'accordo²⁰. Inoltre, la parte vittima del pregiudizio subìto che

¹⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 156; G. PATTI– S. PATTI, *op. cit.*, p. 162 e ss.

¹⁸ Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹ Il principio secondo cui la responsabilità precontrattuale presuppone la mancata conclusione di un contratto o la stipula di un contratto invalido è enunciato anche da Cass. civ. 23 dicembre 1950, n. 2820, in *Giur. it.*, 1951, I, p. 484, secondo cui l'intervenuta conclusione del contratto esclude la configurabilità della responsabilità prevista dall'articolo in rassegna, che presuppone la mancata perfezione dell'accordo; Cass. civ. 19 maggio 1971, n. 1499, in *Giur. it.*, 1973, I, p. 1486; Cass. civ. 11 settembre 1989, n. 3922, in *Giust. civ. Mass.*, 1989; e nella giurisprudenza di merito da App. Firenze, 17 settembre 1986, in *Arch. civ.*, 1987, p. 288, secondo cui "La responsabilità derivante dalla violazione della norma dell'art. 1337 c.c., che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto è limitata alla fase precontrattuale ed è incentrata sul fatto obiettivo che il contratto non è stato più concluso".

²⁰ Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 144; v. anche G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1008, il quale sostiene l'irrelevanza giuridica delle scorrettezze precontrattuali non rientranti nelle specifiche previsioni di legge. Inoltre, a proposito dell'insegnamento tradizionale asserisce che sia "ragionevole pensare che, esclusa l'invalidità del contratto, la scorrettezza che abbia caratterizzato il comportamento di una delle parti in fase precontrattuale debba ritenersi come tale irrilevante, e, una volta concluso il contratto, non possa essere fatta valere se non con rimedi diversi dalla responsabilità per culpa in contrahendo, e, in particolare, attraverso rimedi contrattuali (...). Ammettere la responsabilità precontrattuale in caso di conclusione di un contratto valido consentirebbe di aggirare il rigoroso meccanismo delle invalidità, chiamando la buona fede a svolgere un ruolo di integrazione delle pretese lacune del sistema delle invalidità e di garanzia della giustizia o equità del contratto".

fosse intenzionata a invocare la sua pretesa risarcitoria, avrebbe potuto farla valere attraverso rimedi contrattuali, configurando quindi responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.) in luogo della responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.²¹

In sostanza, la stipulazione del contratto integra un ostacolo concettuale alla ravvisabilità della responsabilità precontrattuale, dove gli unici rimedi esperibili dalla parte, successivamente alla stipulazione del contratto, rimangono quelli contrattuali, e cioè quelli previsti dalla disciplina dei vizi del volere (dolo, violenza, errore), e la tutela risarcitoria collegata alla violazione della regola di comportamento di cui all'art. 1337 c.c., opererebbe solo in presenza di scorrettezze precontrattuali che abbiano condotto alla conclusione di un contratto invalido o alla mancata conclusione di esso²².

Un innovativo contributo dottrinale²³ si è discostato dall'insegnamento tradizionale e ha fondato la sua teoria prendendo le mosse dalla determinazione dell'interesse tutelato dalla norma in oggetto attraverso il rispetto del canone di buona fede. L'individuazione dell'interesse tutelato ha, invero, rappresentato la chiave di volta del discorso su cui si è basata tale dottrina.

²¹ In tal senso, era qualificata come contrattuale la responsabilità del medico per non aver informato previamente il paziente su eventuali rischi dell'intervento eseguito. Così M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 1223. Cfr. anche Cass. civ. 21 maggio 1976, n. 1842, in *Giust. civ. Mass.*, 1976, p. 810 (cit. da R. SGROI, *La responsabilità precontrattuale*, in *La giurisprudenza sul codice civile – Le obbligazioni*, Libro IV, di C. Ruperto, a cura di R. Sgroi, Milano, 2011, p. 511) secondo cui qualora le trattative abbiano portato alla conclusione di un contratto valido, ai fini di una responsabilità per danni ha rilevanza solo l'inadempimento di obbligazioni nascenti dal contratto e non è più configurabile una responsabilità precontrattuale la quale trae origine da una fonte diversa e non può ritenersi in nessun caso “un precedente logicamente necessario” della responsabilità contrattuale”.

²² Tale concezione trova conferma nella celebre sentenza del 25 luglio 2006 n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2717, dove la Corte di legittimità si è pronunciata negativamente in ordine alla configurabilità del cumulo fra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale, ritenendo che la conclusione del contratto assorbe la responsabilità precontrattuale. Quest'ultima può essere fatta valere solo nel caso in cui le trattative non sfocino nella conclusione del contratto. “*Nell'ipotesi in cui la convenzione negoziale tragga linfa da condizioni diverse da quelle che avrebbero preso corpo se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede, la fattispecie di responsabilità legittimamente azionale è quella contrattuale, e non più precontrattuale ex art. 1337 c.c. la cui configurabilità resta preclusa ed assorbita nell'intervenuta stipula del contratto*”. L'affermazione ribadisce quanto già espresso sul punto da una precedente pronuncia del 16 aprile 1994, n. 3621, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 1085, la quale stabilisce che “*la stipulazione del contratto preclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., non rilevando ai fini dell'applicazione della predetta norma il danno concretantesi nella conclusione di un negozio a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti avesse tenuto un comportamento conforme a buona fede*”.

²³ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 152. In senso favorevole all'indirizzo sopra citato, v. anche M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295 e ss.; P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 1443.

Orbene, l'art. 1337 c.c. tutela la libertà negoziale²⁴ dei soggetti contraenti, in particolare “la corretta e leale rappresentazione della realtà in sede di trattative e formazione del contratto”²⁵. Secondo un'opinione generale, ciò si traduce nell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili che non abbiano di mira la conclusione del negozio. Sotto questo profilo, l'oggetto specifico di protezione giuridica è rappresentato dall'affidamento nella conclusione dell'accordo.

Tuttavia una simile prospettiva non può essere condivisibile giacché implicherebbe l'instaurazione di un vincolo obbligatorio tra le parti in sede di trattativa di condurre a termine la negoziazione.

In realtà l'interesse meritevole di tutela reso oggetto dall'art. 1337 c.c. è l'affidamento in trattative condotte con lealtà, probità e serietà²⁶. Dunque l'affidamento di cui si tratta non è un'illusoria aspettativa nella certa conclusione del contratto, altrimenti si parlerebbe di un interesse all'adempimento – cui dà luogo alla responsabilità contrattuale - ma è un assegnamento di fiducia nella corretta conduzione dell'affare, attraverso l'osservanza del canone di buona fede²⁷. L'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c., il cui confine è lungi dall'essere predeterminato e ben definito, giunge ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata dalle trattative. In qualità di norma elastica, e quindi di clausola generale, si atteggia a disciplinare tutte quelle fattispecie in cui la condotta delle parti si è rivelata contraria a essa, sanzionando quei comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e imponendo alle parti di fornire ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini di una corretta e leale trattazione²⁸. Per tale ragione, secondo tale orientamento dottrinale, appare opportuno ricomprendere tra le fonti di responsabilità precontrattuale anche la conclusione di un contratto valido ed efficace ma pregiudizievole per la parte, a causa del raggirò perpetrato dall'altro contraente.

²⁴ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 157.

²⁵ Così S. ROMANO, *op. cit.*, p. 683 e ss., cit. da M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 149- 150.

²⁶ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 157.

²⁷ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, pp. 127-128.

²⁸ Conformemente a tale indirizzo si segnala una recente pronuncia della Suprema Corte del 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 626 e ss. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale significativo nel contesto di una costante in giurisprudenza che vede con sfavore l'inclusione tra le ipotesi di *culpa in contrahendo* quella della conclusione del contratto valido.

Allineato a siffatto orientamento vi è una massima della Suprema Corte di legittimità che recentemente si è espressa in tal senso, ampliando così i confini dell'istituto della responsabilità precontrattuale: *“La regola posta dall'art. 1337 c. c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto”*²⁹.

L'accoglimento di un siffatto orientamento comporta la risoluzione di un altro ordine di problema concernente il principio della distinzione tra le regole di validità e le regole di correttezza. E in effetti, tale tendenza implicherebbe il superamento dell'idea che circoscrive gli obblighi prenegoziali a quelli tradizionali, e quindi il recesso abusivo dalle trattative e la comunicazione di cause di invalidità del contratto. Si tratta dunque di stabilire se i due ordini di regole possano interferire tra loro o se ricoprono un ruolo autonomo.

²⁹ Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Giust. civ. mass.*, 2008 (sulla scorta dell'impostazione riconducibile a Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, p. 784. Il caso trattato dalla S. C. ha riguardato una situazione patologica intervenuta nel rapporto contrattuale tra due società. Con tale pronuncia la Corte ha sancito che costituisce violazione del precetto di buona fede, di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., il comportamento di una società di leasing che aveva omesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla legge n. 341 del 1995, fornendole, anzi, assicurazioni circa la possibilità di far ricorso alle dette agevolazioni, per le quali la controparte medesima si era indotta alla stipula del contratto di locazione finanziaria. La S. C. è poi intervenuta sulla determinazione del danno, stabilendo che, in tema di responsabilità precontrattuale, esso debba essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento tenuto dall'altra parte in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

3. Regole di validità e regole di correttezza: la riscoperta della clausola generale di buona fede (e conseguenze).

Come già anticipato nell'introduzione al presente capitolo, è risultata assai complessa la questione attinente il principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di comportamento (o di correttezza).

Si tratta di un problema che si è manifestato nel panorama giuridico del nostro ordinamento a seguito dell'introduzione nel codice civile del 1942 degli artt. 1337-1338 che hanno comportato una rivalutazione del precetto di buona fede. Invero, sotto la vigenza del codice del 1865 la fase prenegoziale, antecedente l'esecuzione del contratto, era presidiata dalle regole sulla validità del contratto, che imponevano la nullità, qualora il contratto concluso fosse difforme rispetto al modello legale e l'annullabilità, in presenza di vizi considerati meno gravi.

La previsione di una nuova figura di responsabilità nella vicenda precontrattuale che impone a entrambe le parti di comportarsi secondo correttezza ha aperto il problema se e in quale misura i comportamenti scorretti tenuti dalle parti nella fase di preparazione del contratto potessero incidere sul regime di validità e se le conseguenze risarcitorie di tali condotte potessero rilevare anche in caso di validità del negozio.

La riscoperta rilevanza attribuita alla regola aurea³⁰ sembra aver sancito la sopravvivenza della responsabilità precontrattuale alla conclusione di un contratto valido, giacché la buona fede, in quanto limite posto all'autonomia privata nella fase delle trattative e della formazione del contratto, si presterebbe a incidere, almeno in via teorica, sulla validità dello stesso. Tuttavia si tratta di stabilire se le regole di validità e quelle di correttezza siano vicendevolmente conciliabili o se al contrario siano tra loro indipendenti. E in effetti, le prime stabiliscono le condizioni in presenza delle quali il contratto è vincolante, mentre le seconde impongono l'osservanza di doveri di correttezza per garantire una leale contrattazione³¹.

³⁰ Così è stata definita da A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 635.

³¹ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 e ss.

Questa distinzione converge nella problematica principale che si propone di stabilire se la violazione di una regola di correttezza in fase di formazione del contratto possa incidere sul regime di validità.

Tale argomento ha investito anni di diatribe che hanno sfaldato la posizione costante di un insegnamento tralatizio a favore della netta separazione tra i due ordini di regole.

La questione non si può risolvere senza, prima, tornare brevemente sulla compatibilità tra la validità del contratto e la *culpa in contrahendo*.

Infatti, in un primo momento, sulla scia dell'esperienza giuridica tedesca, il cui merito deve attribuirsi in primo luogo a Jhering, la giurisprudenza³² e la dottrina³³ maggioritaria ritengono che fonte di responsabilità precontrattuale siano esclusivamente l'ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative e l'ipotesi dell'invalidità del contratto. Lo stesso insegnamento ritiene poi che sia da contrapporre il piano dell'atto (regole di validità), a quello del comportamento (regole di correttezza), rispettivamente l'uno riservato al legislatore e l'altro al giudice³⁴, quali ordini autonomi di regole.

³² Si rende nota una sentenza della Corte di Cassazione del 25 luglio 2006, n. 16937, la quale testualmente afferma: “Poco comprensibile, appare, innanzitutto, il riferimento alla categoria della “slealtà contrattuale” come fonte diretta di annullabilità degli atti. Le trattative, difatti, di cui erroneamente si predica, tra l'altro, la natura negoziale (attesone, viceversa, il carattere di atti “prenegoziali”, comunemente individuato dalla dottrina) non sono destinate “all'annullamento” (perché, a tacer d'altro, rientrerebbero pur sempre nell'orbita della responsabilità contrattuale). La mancata stipula del contratto cui esse risultano teleologicamente collegate può pertanto, in ipotesi, dar luogo a responsabilità precontrattuale (sulla cui natura molto si è discusso in dottrina e giurisprudenza, se essa debba, cioè, riconnettersi all'istituto della responsabilità contrattuale ovvero extracontrattuale ovvero ancora sia destinata a costituire un vero e proprio *tertium genus* intermedio), tutte le volte che (e solo se) mai esse non sfocino nell'alveo di una successiva convenzione negoziale, alla cui stipula, per converso, consegue che per ciò solo esse perdono ogni autonomia e ogni giuridica rilevanza, e sotto il profilo risarcitorio convergono, perdendo ogni autonomia, in quella struttura contrattuale, che essa si, essa sola, potrà (in ipotesi) costituire fonte di responsabilità risarcitoria. Di talché, nell'ipotesi in cui la convenzione negoziale così divisa tragga linfa da condizioni diverse da quelle che avrebbero preso corpo se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede, la fattispecie di responsabilità legittimamente azionabile dal *deceptus* è (solo) quella contrattuale, e non più quella precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* la cui configurabilità resta preclusa e assorbita nell'intervenuta stipula del contratto.”

³³ Cfr. G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 100 e ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 269; V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in generale: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 29.

³⁴ Cfr. G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1003 e ss. In effetti, l'avallamento di una tale posizione sull'argomento renderebbe ininfluenza il giudizio sul contegno delle parti tenuto in fase di trattazione e formazione del contratto, in relazione al giudizio di validità.

Ciò in quanto, si sostiene che le norme sui vizi del consenso, quali il dolo, la violenza e l'errore, sanzionando i tipici presupposti delle scorrettezze precontrattuali (ai sensi dell'art. 1338 c.c.) consentirebbero di pervenire alla conclusione che in difetto di tali invalidità (e quindi in mancanza di un vizio del consenso) sia da ritenersi giuridicamente irrilevante l'eventuale scorrettezza effettuata in fase prenegoziale. Quest'ultima, infatti, diviene ormai assorbita dalla conclusione valida del contratto. Peraltro, in quest'ultimo caso, l'unica forma ammissibile di responsabilità che può scaturire tra le parti è quella contrattuale; in questo senso, l'eventuale comportamento contrario a buona fede tenuto nella fase precontrattuale può rilevare solo in termini di inadempimento (totale o parziale) o di inesatto adempimento della prestazione dovuta³⁵.

Questa tradizionale impostazione ha iniziato a vacillare a seguito della riscoperta intellettuale delle clausole generali, e in particolare, come già affermato, della buona fede.

Il principio di buona fede precontrattuale è progressivamente giunto ad essere concepito come “espressione paradigmatica” delle regole di comportamento³⁶. L'ampliamento di tale figura ha permesso di considerare come comprensive nel suo ambito di applicabilità una varietà di situazioni e dunque anche la fattispecie del contratto valido, di cui tutti davano una lettura alquanto restrittiva.

³⁵ Così si esprime G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 100 e ss.; cfr. anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 166. Si allinea a quanto affermato anche Cass. civ. 19 novembre 1994, n. 9802, in *Rass. Locazioni e condominio*, 1995, p. 65 (cit. anche da M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato della responsabilità civile*, p. 1223, in nota 8): “La violazione del dovere di buona fede in sede di stipulazione del contratto, che ricorre anche nel caso di omessa comunicazione di circostanze significative rispetto all'economia del contratto e può dar luogo a responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337, 1338, 1427 c.c., non può essere dedotta a fondamento della domanda di risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive, la quale ai sensi dell'art. 1453 c.c., si lega solo all'inadempimento di una specifica obbligazione negoziale che astringa la parte a tenere una determinata condotta ed una successiva violazione delle obbligazioni nascenti da questo contratto.”; Cass. civ. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corr. giur.*, 1994, p. 986, cit.: “Il fatto che l'accordo si formi a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti non avesse tenuto verso l'altra un comportamento contrario a buona fede non rileva come ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. perché la configurabilità di questa è preclusa dall'intervenuta conclusione del contratto”.

³⁶ L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009, p. 218.

Le incertezze si sono sensibilmente destate dal recente contributo di stimata dottrina³⁷ che si è proposta di sviluppare la tesi della conciliabilità tra la validità del contratto e la responsabilità per violazione della regola di buona fede, e dunque, conseguentemente tra le regole di validità e le regole di comportamento. Tale compatibilità troverebbe conforto nella particolare fattispecie del dolo incidente disciplinata dall'art. 1440 del codice civile, che assurgerebbe a ipotesi paradigmatica del principio della compatibilità tra le due categorie di regole, e cioè quello che accorderebbe il rimedio risarcitorio alla commissione di una condotta scorretta in fase di trattativa nonostante la conclusione di un negozio valido³⁸.

La riconduzione della figura del dolo incidente nell'ambito dell'art. 1337 c.c. sancirebbe la compatibilità dell'istituto della responsabilità precontrattuale con la stipulazione di un contratto valido, con la conseguenza che l'art. 1337 c.c. si presta, nella sua veste di clausola generale, a disciplinare qualsiasi scorrettezza che ha colpito la fase precontrattuale, anche nel caso in cui il contratto sia stato validamente concluso³⁹. Trattandosi di contratto valido, la sanzione prevista per tale ipotesi è il risarcimento del danno⁴⁰, che riveste una funzione "correttiva" mirante a riequilibrare l'assetto economico degli interessi "in gioco", compromessi dalla scorrettezza *in contrahendo* posta in essere dal contraente.

³⁷ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 152 e ss. A sostegno della responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido, v. anche F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, Vol. 3, Milano, 2008, p. 597.

³⁸ Cfr. M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 289, che sostiene che il dolo incidente configura una fattispecie di vizio incompleto, in cui è fatta salva la validità del negozio, poiché il vizio "non raggiunge la soglia che consente l'impugnazione". Ciononostante permane il rimedio risarcitorio, a causa della scorrettezza perpetrata in fase precontrattuale.

A proposito della fattispecie del "*dolus incidens*", si segnala all'attenzione C. M. BIANCA, *op. cit.*, 174 che la configura come un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

³⁹ La distinzione tra regole di correttezza e regole di validità del contratto, basata sull'atipicità delle prime rispetto alle seconde, e quindi sul raggio di azione più ampio delle une rispetto alle altre, comporta che le regole di correttezza fondate sulla buona fede (art. 1337 c.c.) possono operare anche in conseguenza di contratti validamente conclusi, con conseguente obbligo di risarcimento del danno.

⁴⁰ Il risarcimento del danno rappresenta un mezzo per riportare ad equità un contratto valido, ma rivelatosi iniquo a causa del comportamento tenuto da una delle parti nella fase delle trattative. Sul punto trova conferma la dottrina maggioritaria. Tra tutti, D. ACHILLE, *Contratto di intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1471, in nota 114, cit.: "La stipula del contratto non preclude la richiesta del risarcimento del danno relativo alla condotta illecita o sleale".

Attualmente, la nuova impostazione sembra essere supportata da gran parte della dottrina⁴¹, ritenendo che la visione di chi predilige la tesi restrittiva della *culpa in contraendo* sia il frutto di una superficiale considerazione del ruolo svolto dalle regole di correttezza.

In realtà, il riconoscimento dell'art. 1440 c.c. come ipotesi rientrante nella disciplina della responsabilità precontrattuale non è riuscito a definire in maniera netta e assoluta la compatibilità tra il contratto validamente concluso e la responsabilità precontrattuale, e quindi non ha affermato in modo categorico il rilievo delle regole di comportamento in tema di validità del contratto. Sebbene la dottrina⁴² abbia individuato numerose altre fattispecie, in cui un vizio non essenziale ma incidente sulla volontà dei contraenti dia luogo a responsabilità precontrattuale benché l'accordo sia stato raggiunto, non è possibile affermare con chiarezza in quale misura la violazione di una regola di correttezza possa condizionare il regime della validità del contratto.

3.1 (Segue) Il principio di non interferenza tra regole di correttezza e regole di validità e la nullità.

Secondo un orientamento dottrinale⁴³, per cui costituirebbe un dato ormai assodato l'incidenza della buona fede in tema di validità, per effetto del combinato disposto degli artt. 1337 – 1418 c.c., la violazione delle regole di comportamento

⁴¹ Per una disamina delle varie dottrine, cfr. F. BENATTI, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1991, vol. IV, 1, p. 21 s.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, op. cit., p. 157 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1996; A. DE MAURO- F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002; V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, p. 133 ss.; C. MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 648 ss.

⁴² M. MANTOVANI, op. cit., p. 187 e ss.

⁴³ In particolare, parte della dottrina, facendo leva sull'obbligo di informazione precontrattuale, ha disconosciuto il principio di autonomia tra regole di comportamento e regole di validità, anche in virtù dell'equiparazione tra dolo omissivo e dolo commissivo ad opera della S. C. Ciò ha permesso di affermare il nesso tra la violazione della regola di buona fede ex art. 1337 c.c. e la nullità del contratto ex art. 1418 c.c., o di singole clausole di esso. Per ulteriori approfondimenti cfr. D. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1464 e ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 1003 e ss.

nel corso delle trattative avrebbe comportato la nullità dell'accordo concluso, per violazione di una norma imperativa.

La stessa legislazione europea⁴⁴, per lo più espressa in direttive, è stata d'impulso per concepire la “giustizia” del contratto come un dato rilevante per definirne la sorte e il regime. Ciò ha comportato una sorta di “trascinamento del canone di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto”⁴⁵.

Invero, non sono mancate anche nel nostro ordinamento fattispecie di nullità del contratto da cui la dottrina ha potuto trarre la conclusione (erronea) di ritenere ormai superato il principio di non interferenza tra regole di validità del contratto e regole di correttezza⁴⁶.

Come si è visto nel paragrafo precedente, a seguito della conciliabilità tra la validità del contratto e la responsabilità per violazione della buona fede precontrattuale si è avvertita l'esigenza di una rimeditazione del principio di non ingerenza tra le due categorie di regole⁴⁷.

Anche sul versante giurisprudenziale (di merito) si sono registrate posizioni contrastanti: da un lato, una buona parte delle pronunce è schierata a favore della declaratoria di nullità dei contratti, come soluzione per sanzionare il contratto, cui hanno aderito altresì talune voci dottrinarie⁴⁸; dall'altro pronunce che hanno optato per soluzioni differenti alla nullità, configurando rimedi alternativi quali ad esempio la risoluzione per inadempimento ovvero il risarcimento del danno o ancora un rimedio più blando e meno afflittivo della nullità, quale è l'annullamento del contratto⁴⁹.

⁴⁴ Per approfonditi chiarimenti cfr., L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 224.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 20724-20725, disponibile in www.indiritto.it.

⁴⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1003 e ss.

⁴⁷ Cfr. D. ACHILLE, *op. cit.*, p. 1466 e ss. il quale afferma che “in relazione al settore dell'intermediazione finanziaria, si è rilevato, da parte di alcuni, che lo stesso codice civile contiene indicazioni in grado di condurre ad una commistione tra regole di validità e di comportamento, anche in base alla circostanza che le informazioni previste *ex lege* per gli intermediari “integrano il contenuto stesso del contratto” in esame”.

⁴⁸ Per maggiori riferimenti, cfr. D. ACHILLE, *op. cit.*, pp. 1462 - 1463, in nota 65. Occorre precisare che nella specie si discuteva il problema della violazione degli obblighi comportamentali posti a carico dell'intermediario finanziario sotto il profilo della loro possibile incidenza sulla validità dei contratti d'investimento. La risoluzione di tale questione ben può essere utile ai fini della nostra trattazione, e cioè se la violazione di una regola di correttezza imposta ai contraenti in fase precontrattuale possa incidere sulla validità del contratto.

⁴⁹ *Idem*, *op. cit.*, pp. 1463 - 1464.

In realtà tale impostazione si pone in netto contrasto con l'impianto del nostro codice civile. Ivi è, infatti, sancito il principio che l'invalidità del contratto può derivare dalle ipotesi tassativamente previste dal legislatore (*ex art. 1418 c.c.*), e non dal giudice in sede di applicazione del precetto di buona fede *ex art. 1337 c.c.* Pertanto, è da respingere in primo luogo la teoria della commistione tra gli artt. 1337- 1418 c.c.⁵⁰ In secondo luogo occorre precisare che ciò non sta a significare che alla violazione della buona fede non possa conseguire l'invalidità dell'atto. Basti pensare alle norme sui vizi del consenso, cui il legislatore ha inteso assegnare il rimedio dell'annullabilità per violazione di una regola di comportamento⁵¹.

Per far luce sulla questione e porre chiarezza anche in ordine all'ampia casistica giurisprudenziale la problematica è giunta all'attenzione della Sezione I della Corte di legittimità⁵². A tale scopo, la Suprema Corte ha sancito la riaffermazione della tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento dei contraenti, con la conseguente riconferma del principio di non ingerenza tra le due tipologie di regole⁵³.

Il *dictum* è risultato maggioritario ed è stato coronato dal celebre intervento delle Sezioni Unite⁵⁴, rilevando che l'obbligo di buona fede è estraneo alla disciplina di validità del negozio. In particolare si è testualmente affermato che: *“L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di*

⁵⁰ L'art. 1418 del nostro codice civile ha previsto la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative, salva diversa disposizione di legge. Altresì il contratto è nullo quando difetta di uno dei requisiti richiesti dall'art. 1325 c.c., o per illiceità della causa, o per illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 c.c. o ancora quando l'oggetto è privo dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c. Infine il contratto è nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

Secondo l'orientamento tradizionale la scorrettezza prenegoziale non rileva di per sé, salva l'ipotesi in cui la legge preveda di assorbire nell'ambito di operatività della nullità la violazione di una determinata condotta prescritta come obbligatoria *ex lege*.

⁵¹ Sul punto, G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1003, in nota 73.

⁵² Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105. Nel caso di specie, la Corte ha precisato l'impossibilità di determinare la nullità del contratto di investimento in caso di illegittima condotta dell'intermediario, in assenza di un'esplicita previsione legislativa.

⁵³ La Corte si è ispirata al principio di autonomia tra le regole di validità e le regole di comportamento, affermando che la violazione di queste ultime non incide sulla validità dell'atto ma produce conseguenze esclusivamente sul piano risarcitorio.

⁵⁴ In realtà gli interventi sono stati due: Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 - 20725, che ribadisce quanto già espresso nella precedente pronuncia della sezione prima, relativamente all'esclusione della nullità del contratto a seguito della violazione di norme comportamentali quando non sia espressamente previsto da una norma di legge.

comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale – il codice civile faccia discendere conseguenze che possono a determinate condizioni anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto, ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, e i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”.

Nonostante il carattere autoritario di cui si connota la pronuncia delle Sezioni Unite non sembra esservi stabilito un principio assoluto rispetto alle regole di validità del contratto⁵⁵.

Come più volte affermato, la riscoperta della regola di buona fede da parte di dottrina e di giurisprudenza l'ha resa uno dei pilastri fondamentali su cui poggia il nostro ordinamento giuridico. Un'opinione dottrinale ha, infatti, osservato come in realtà sia imprescindibile il rapporto tra l'impegno contrattuale assunto dalle parti e il dovere di eseguirlo secondo buona fede. Volendo ammettere tale assunto,

⁵⁵ Cfr. D. ACHILLE, *op. cit.*, p. 1465.

si può comprendere come sia eccessivamente rigido “negare rilievo alle regole di comportamento, e dunque alla buona fede”⁵⁶, in regime di validità del contratto.

4. La fattispecie del dolo incidente.

Prima di procedere all’esame di tale peculiare figura codicistica, occorre giustificare la scelta di collocare il dolo incidente al di fuori del successivo paragrafo relativo alla “teoria dei vizi incompleti del contratto”.

La *ratio* risiede nella circostanza che non vi è unanimità in dottrina circa la corretta determinazione di tale fattispecie. È, in effetti, dubbio se considerare la figura del *dolus incidens* come figura di eccezionale applicazione prevista dal codice civile, e come tale insuscettibile di ulteriori impieghi per analogia ad altre fattispecie, o se diversamente possa aprire la strada all’individuazione di altre figure di “vizio incompleto”, come assume certa dottrina⁵⁷, che attesterebbero la compatibilità tra contratto valido e responsabilità.

L’art. 1440 del codice civile disciplina una particolare figura di dolo, ricondotta dalla dottrina alla disciplina della responsabilità precontrattuale⁵⁸: il dolo incidente⁵⁹.

Tale fattispecie, come si desume dalla stessa definizione, fa riferimento a quei raggiri che, pur non essendo stati decisivi del consenso, hanno inciso sul contenuto del contratto, giacché in difetto di essi la parte avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse, e quindi meno onerose per il *deceptus*. Invero, il raggiratore, avendo a oggetto circostanze non essenziali, non determina la vittima a stipulare il contratto, ma la persuade ad accettare condizioni meno favorevoli di quelle che avrebbe altrimenti conseguito.

⁵⁶ *Idem*, p. 1478, il quale afferma che “la clausola di buona fede ben si presta ad essere intesa come limite all’autonomia privata, operante nella fase di formazione del contratto ed idonea a condizionarne, almeno potenzialmente, la validità”.

⁵⁷ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 171 e ss.

⁵⁸ *Idem*, *op. cit.*, p. 19 e p. 171, secondo cui la fattispecie del dolo incidente confermerebbe la compatibilità tra responsabilità precontrattuale e validità del contratto. Di diverso avviso è invece G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 115, che certamente sostiene la natura precontrattuale della responsabilità prevista dall’art. 1440 c.c. ma non ritiene che tale legame possa sigillare in maniera netta il principio della conciliabilità tra la responsabilità precontrattuale e il contratto valido.

⁵⁹ U. ALBANESE, *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Milano, 1993, p. 100, definisce il *dolus incidens* come quella “macchinazione strutturata in modo tale che, pur influenzando il processo formativo della volizione del soggetto, non risulta determinante il consenso”.

Tuttavia il comportamento fraudolento non minaccia la legittimità del contratto, non costituendo la causa principale di esso, e che pertanto rimane valido, ma l'autore in malafede⁶⁰ risponde dei danni, costituiti dalla minor convenienza economica dell'affare a causa dell'intervento doloso⁶¹.

La figura del dolo incidente spiega molteplici effetti in relazione all'angolo di visuale da cui viene esaminato.

In primo luogo è indispensabile soffermarsi sulla natura della figura in esame che, come già anticipato, è stata ricondotta nell'alveo della *culpa in contrahendo*⁶². In dottrina⁶³ vi è l'opinione predominante che ravvisa in tale ipotesi la commissione di una condotta contraria alla regola di correttezza, in fase di trattativa e di formazione del contratto, incidente sulla definizione del contenuto della prestazione. Tale condotta comporta una lesione della libertà negoziale del contraente che, com'è noto, è proprio l'interesse oggetto di tutela della responsabilità in questione.

Anche la giurisprudenza segue tale orientamento, affermando che l'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio di buona fede, contemplato dall'art. 1337 c.c., il quale impone appunto alla parte un dovere di lealtà e di correttezza nel corso della formazione del contratto⁶⁴.

Attraverso la rivisitazione in chiave ermeneutica dell'art. 1440 c.c. in termini di illecito precontrattuale, si consente l'esperimento dell'azione per il risarcimento del danno anche in ipotesi di contratto valido ed efficace ma dannoso o

⁶⁰ Sul concetto di "malafede", cui fa riferimento la norma in esame, si è espressa la dottrina che lo ha inteso in tal senso, e cioè che il dolo del contraente comporta la sua diretta responsabilità, ma il dolo può provenire anche da un terzo, e allora risponde dei danni anche il contraente se è in malafede, e cioè se è a conoscenza dell'inganno perpetrato dal terzo. Così si esprime G. B. FUNAIOLI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 747, cit. da G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 111, in nota 26.

⁶¹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p.174; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 111; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 365.

⁶² Sulla natura del dolo incidente la dottrina risulta divisa. Tra i sostenitori della natura di *culpa in contrahendo* cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p.177; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 95 e ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 146; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 231 e ss.; L. MENGONI, *op. cit.*, p. 360 e ss.; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 377.

⁶³ Fra tutti, C. M. BIANCA, *op. cit.*, p.174.

⁶⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192. Di parere conforme anche App. di Venezia, 31 maggio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1199.

sconveniente. Di talché una parte della dottrina⁶⁵ ha avanzato l'idea che la collocazione del *dolus incidens* nell'ambito della *culpa in contrahendo* comporti la definizione del dolo incidentale non più come figura eccezionale ma come vicenda paradigmatica e sintomatica di un generale principio di compatibilità tra contratto validamente concluso e responsabilità ex art. 1337 c.c. Tale impostazione però non è stata esente da critiche da parte di chi sostiene l'impossibilità di trarre conclusioni affrettate e di carattere generale.

In particolare si è osservato come il dolo incidente (*dolus incidens*) non differisca, sotto il profilo strutturale, dal dolo determinante (*dolus causam dans*), in quanto entrambi gli istituti rientrano nel quadro dei rimedi previsti dall'ordinamento giuridico contro le turbative che, in sede di formazione del regolamento contrattuale, minacciano la corretta e libera costituzione del consenso delle parti. La distinzione tra le due figure non risiede nel grado o nell'intensità del raggirio, le cui caratteristiche sono le stesse in entrambe le ipotesi, bensì attiene all'effetto che l'inganno ha sortito, o meglio "all'oggetto su cui cade l'errore prodotto dal dolo"⁶⁶. Infatti, nel caso del dolo determinante, esso è causa del consenso a negoziare un contratto che altrimenti non si sarebbe concluso; mentre nel caso del dolo incidente, il dolo è causa della stipulazione di condizioni contrattuali diverse da quelle che la parte, in assenza dei raggiri, avrebbe voluto⁶⁷. Le sanzioni previste, nelle due fattispecie, sono rispettivamente l'annullamento del contratto (e l'eventuale richiesta di risarcimento), e il risarcimento del danno.

Sulla base di tali considerazioni una parte della dottrina⁶⁸ ritiene che l'art. 1440 c.c. si qualifichi in realtà come una figura eccezionale rispetto alla regola che ricollega al dolo determinante l'annullabilità del contratto, in quanto voluta dal legislatore per salvaguardare il "principio della conservazione del negozio",

⁶⁵M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 19 e ss. L'a. ha delineato una serie di fattispecie che attesterebbero il superamento dell'orientamento tradizionale che intende fonti di responsabilità precontrattuale il recesso abusivo dalle trattative e l'invalidità del contratto.

⁶⁶G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁷Cfr. V. BELLOMIA, *op. cit.*, p. 102; R. SACCO- G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 573, cit: "Il dolo è determinante quando induce la vittima a procurarsi un bene o un servizio di cui non ha bisogno (o a privarsi di un bene che gli è necessario). Il dolo è incidente se induce la vittima a promettere, in vista della controprestazione, più di quanto convenisse. Il primo incide sull'oggetto della stipulazione o della promessa, il secondo sulla misura della prestazione promessa o stipulata (...) Questa è la ragione per cui il dolo determinante conduce all'annullamento e il dolo incidente conduce ad un risarcimento".

⁶⁸G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 118.

attraverso il rimedio risarcitorio nei casi di dolo meno gravi. Autorevole dottrina⁶⁹ ha definito tale ricostruzione una “finzione legislativa”, e proprio per il suo carattere “eccezionale” risulta insuscettibile di applicazione analogica.

Resta da chiarire la determinazione del danno⁷⁰ da ristorare al contraente vittima dell’illecito raggiro che gli ha impedito di concludere il contratto a condizioni più vantaggiose.

La dottrina maggioritaria ritiene che il danno si determini in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo⁷¹. L’eccezionalità della norma in esame si ravvisa proprio in ciò che non è la risarcibilità del danno a rilevare bensì è il criterio con cui esso viene definito. Invero, il danno non è correlato all’interesse a non stipulare il contratto bensì è correlato alle condizioni diverse che la parte avrebbe potuto conseguire⁷². Ciò si spiega con il carattere incidentale del dolo, in assenza del quale il soggetto stipulante avrebbe comunque stipulato il contratto, benché a condizioni migliori. Il danno risarcibile consiste quindi nelle occasioni maggiormente vantaggiose perdute a causa dell’affare, e cioè costituisce il risultato determinato dalla situazione patrimoniale in cui si trova la parte dopo aver stipulato il contratto risultato poi “svantaggioso” e dalla situazione in cui invece la parte si sarebbe trovata se avesse stipulato il contratto in assenza di inganno.

⁶⁹ *Idem*, p.118; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 298.

⁷⁰ Cass. civ. 4 aprile 1990, n. 2798, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 456; Cass. civ. 16 agosto 1990, n. 8318, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, cit.: “ In tema di *dolus incidens* (art. 1440 c.c.) e con riguardo all’azione di risarcimento del conseguente danno, l’attore, una volta provata l’esistenza di un raggiro su un elemento non trascurabile del contratto, non è tenuto a provare altro ai fini dell’an *debeatur*, in quanto opera la presunzione *iuris tantum* che senza la condotta illecita, le condizioni contrattuali sarebbero state diverse e quindi per lui più favorevoli”. Cass. civ. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192, cit.: “Il danno risarcibile nell’ipotesi di dolo incidente, prevista dall’art. 1440 c.c., non si esaurisce nelle diverse condizioni alle quali l’accordo viene concluso, bensì si estende alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto. Rilevano sia il danno emergente che il lucro cessante”. (Nel caso di specie, il venditore che aveva omesso di informare l’acquirente della sussistenza di un giudizio petitorio sul fondo oggetto di compravendita risponde anche dei danni derivanti dalla sospensione dei pagamenti da parte di terzi successivi acquirenti e dalla dazione di garanzie in loro favore).

⁷¹ Sul punto C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 176, cit.: “Se il contratto rimane valido ed efficace il danno da illecito precontrattuale consiste nelle migliori condizioni che il contraente avrebbe ottenuto senza l’illecita ingerenza della controparte o del terzo. Così nel caso del dolo incidente il danno si determina in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo”. Di parere conforme altresì, G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 122.

⁷² M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 292, sostiene che “ciò che lamenta il contraente deluso è la realizzazione di un equilibrio di interessi alterato a suo vantaggio”.

5. La teoria dei vizi incompleti del contratto.

Le fattispecie poc'anzi esaminate si collocano nell'ambito di una più ampia categoria di elaborazione dottrinale⁷³, la c.d. *teoria dei vizi incompleti* del contratto, idonea a racchiudere varie fattispecie che si pongono all'interno della tesi della compatibilità tra *culpa in contrahendo* e contratto valido.

L'espressione "vizio incompleto" indica quelle fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle tipiche ipotesi di vizio, il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appaia il frutto di una decisione deformata in ragione della condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto⁷⁴.

Il concetto di vizio incompleto viene definito in negativo, individuando fattispecie in cui difetta uno dei requisiti richiesti dal legislatore per la rilevanza dell'errore, della violenza e del dolo.

Di seguito verranno esaminate alcune delle ipotesi principali di vizi incompleti, configurate come tali da accreditata dottrina⁷⁵, e tuttavia contestate da un orientamento dottrinale⁷⁶ volto a definirle un aggiramento dei meccanismi del sistema di invalidità, e più in particolare del principio di separazione tra regole di validità e regole di correttezza.

⁷³Per tutti v. M. MANTOVANI, *op. cit.*, p.187 e ss.

⁷⁴Testo citato da M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 187. V. anche Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2007, 1, p. 49 ss., che sembra aver accolto la proposta di Mantovani quando afferma che "la tesi per cui il comportamento contrario a buona fede possa fondare una pretesa risarcitoria anche in caso di validità ed efficacia del contratto (come nel caso dei vizi incompleti del negozio che, pur nella validità ed efficacia del medesimo, generano una responsabilità per danni: tipico esempio è appunto il dolo incidente) sia di per sé condivisibile".

⁷⁵M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 187 e ss.

⁷⁶G. D'AMICO, *op. cit.*, p 99 e ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *op. cit.*, p. 1021. Riguardo a tale affermazione M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 188, replica che la configurazione di ipotesi incomplete di vizio "non abbia di mira la costruzione di un sistema di vizi incompleti parallelo alle categorie legali di vizio. Rispetto ai modelli di vizio incompleto la scorrettezza in *contrahendo*, ferma la validità del contratto, dovrebbe poter rilevare sul terreno della responsabilità precontrattuale, alla luce della clausola generale di buona fede".

5.1 La fattispecie dell'errore determinante sui motivi (riconosciuto o riconoscibile).

Tale fattispecie è considerata da un già citato orientamento dottrinale⁷⁷ come un'ipotesi incompleta di vizio, di cui si afferma la rilevanza sul piano della *culpa in contrahendo* e del connesso obbligo di risarcimento del danno⁷⁸.

Il vizio incompleto oggetto dell'ipotesi in esame consiste nella mancata segnalazione all'altro contraente di un errore non essenziale (c.d. errore sui motivi) ma determinante del consenso, qualora sia stato riconosciuto dal destinatario della dichiarazione o da lui riconoscibile⁷⁹ con l'uso dell'ordinaria diligenza.

Il dibattito sul rapporto tra errore e responsabilità ha investito la dottrina già sotto l'impero del codice 1865, dove il criterio scusabilità- inescusabilità dell'errore, in tempi in cui dominava la teoria del dogma della volontà, fungeva da giudizio del comportamento del dichiarante in termini di validità del contratto. Con l'avvento del codice del 1942 si è assistito al passaggio dal principio di scusabilità dell'errore a quello della sua riconoscibilità, che ha inteso rendere oggetto di tutela non più la volontà bensì l'affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione viziata. Peraltro l'introduzione del principio di riconoscibilità non ha rappresentato la sola novità del codice del '42, essendo stata affiancata dalla nuova disciplina della responsabilità precontrattuale che ha mutato "il rapporto tra l'errore e l'apprezzamento della condotta reciproca delle parti in fase di formazione e conclusione del contratto". Infatti la circostanza che l'errore si renda riconoscibile in base ai requisiti previsti dall'art. 1431 c.c. costituisce, laddove si accolga un'interpretazione ampia del dettato letterale imposto dall'art. 1338 c.c., presupposto del dovere di informazione a carico della controparte, la cui violazione contrasta in ogni caso con il canone generale di buona fede previsto all'art. 1337 c.c. Sviluppando tale argomentazione, e tenendo salda la concezione che la disciplina dell'errore si instauri in un punto di equilibrio tra l'interesse della parte a veder rimossi gli effetti del contratto laddove un'erronea valutazione delle

⁷⁷ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 198.

⁷⁸ Tesi respinta da G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁹ Così, M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 198 – 201.

circostanze deluda le sue aspettative, e l'interesse dell'altra parte a conservare il contratto su cui ha posto affidamento, è possibile estendere tale prospettiva alla considerazione della figura di errore non essenziale, e cioè l'errore sui motivi, al fine di vagliarne la possibile rilevanza. L'insegnamento tradizionale è del parere dell'irrelevanza dell'errore sui motivi, essendo relativo a circostanze estranee al contenuto del contratto. È, infatti, onere del contraente avveduto impiegare l'ordinaria diligenza prima di pattuire un regolamento negoziale e quindi di accollarsi gli eventuali rischi derivanti da esso⁸⁰.

Tuttavia, da altro punto di vista, costituirebbe violazione della salvaguardia degli interessi in gioco, e più in generale della buona fede, ammettere che l'errore sui motivi sia irrilevante, e quindi inidoneo a incidere sulla validità del negozio, in quanto concernente valutazioni estrinseche al contenuto del contratto. Ciò in quanto si costituirebbe uno sbilanciamento degli interessi a favore esclusivamente di un contraente, qualora l'errore sui motivi sia riconosciuto da controparte, ma nonostante ciò concluda egualmente il contratto, per sé favorevole, approfittando dell'errore in cui è caduta la parte.

D'altro canto affermare la rilevanza dell'errore sui motivi riconosciuto, appellandosi alla tutela dei valori etici di giustizia sostanziale, comporta entrare nuovamente nel merito della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, che, com'è noto, esclude l'incidenza della regola di condotta in tema di validità. Peraltro, la fattispecie dell'errore sui motivi non integra nemmeno l'ipotesi legale di vizio, difettando del presupposto dell'essenzialità. E quindi a maggior ragione la violazione non incide sul terreno della validità del contratto.

In realtà se l'argomentazione prende le mosse dall'interpretazione degli artt. 1337 – 1338 c.c. volta ad ampliare l'ambito del dovere di informazione, in virtù della buona fede, anche in relazione alle circostanze le quali, pur senza incidere sulla

⁸⁰ Di tale parere è G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 142 – 145. L'a. sostiene, in primo luogo, che non sia possibile considerare il criterio della riconoscibilità dell'errore, richiesto dall'art. 1431 c.c., come una qualità oggettiva, valutabile dall'interprete, essendo in realtà un criterio che fa riferimento alla persona di normale diligenza, che porterebbe a escludere, nel giudizio di riconoscibilità, se vi sia stata "colpa" del destinatario della dichiarazione. In secondo luogo, il legislatore parla di un errore che sia "essenziale", che ricade su elementi tassativamente previsti dall'art. 1429 c.c., e non di errore sui motivi. Anche ammettendo la rilevanza all'errore sui motivi non è possibile ricondurlo nell'ambito della responsabilità precontrattuale.

validità del contratto, siano comunque rilevanti per le valutazioni operate dai contraenti in vista della conclusione dell'accordo, si può affermare la sussistenza di un dovere di informare la controparte non appena ci si accorga che questa si determina al contratto sotto la spinta di un motivo erroneo; con la conseguenza di imporre a carico del contraente scorretto la sanzione risarcitoria, connessa alla violazione del dovere precontrattuale di informazione, come una delle peculiari applicazioni del principio di buona fede⁸¹.

5.2 La colposa induzione in errore.

Nell'ambito della fattispecie del dolo-vizio, è dubbio se possa rientrarvi la vicenda relativa alla "colposa induzione in errore". Invero, la dottrina è divisa sul fondamento giuridico di tale fattispecie: se da un lato vi è un filone dottrinale che sostiene la sua rilevanza giuridica in quanto vi ravvisa una lesione della libertà negoziale, con conseguente responsabilità per violazione della buona fede precontrattuale⁸², dall'altro vi è chi ne esclude la rilevanza sia sul piano della validità che sul piano risarcitorio.⁸³

È pacifico che non integri gli estremi di un raggiro, e quindi non incide sul terreno della validità, la condotta negligente di una parte, le cui erronee affermazioni hanno avuto l'effetto di indurre l'altra a concludere il contratto.

Tuttavia ciò non implica la sua irrilevanza anche in tema di responsabilità precontrattuale, soprattutto se si considera l'idea che costituisce violazione della regola di buona fede in contrahendo, anche una condotta meramente colposa.

Sotto questo profilo rilevano le ipotesi di errore derivanti da false informazioni fornite colposamente alla parte da un istituto bancario. Quest'ultimo, infatti, se decide di dare informazioni è tenuto ad attenersi alle regole della normale

⁸¹Testo cit. da M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 219, la quale ribadisce che l'esito dell'interpretazione degli artt. 1337 – 1338 c.c. non cambia neppure se si obietta che l'art. 1338 riguarda uno specifico dovere di comunicazione concernente le cause di invalidità. Infatti, l'articolo in questione si ricava dal più generico art. 1337 c.c., il quale dettando un generico dovere di buona fede, implica che il dovere di informazione copre tutte quelle circostanze che ricadono comunque nell'ambito di applicabilità della norma generale.

⁸²C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 174. Cfr. anche M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 225 e ss.; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 117; G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 743 e ss.

⁸³G. D'Amico, *op. cit.*, p. 173 e ss.

diligenza, e risponde pertanto del danno cagionato da informazioni colposamente errate⁸⁴.

5.3 Il *dolus bonus*.

Il *dolus bonus* consiste nella millantata esaltazione di un bene o di un servizio⁸⁵. Tradizionalmente è esclusa la sua rilevanza giuridica in quanto trattandosi di “dolo lecito” appare inidoneo a trarre in inganno la parte⁸⁶.

La nozione di *dolus bonus* appartiene al lascito del diritto romano, secondo cui il contratto non può essere annullabile se gli artifici posti in essere da uno dei contraenti non siano astrattamente idonei a trarre in inganno una persona di media diligenza (*bonus paterfamilias*) e comprende quelle dichiarazioni scambiate tra i contraenti, nel corso della negoziazioni, consistenti in “vanterie innocue” non aventi rilevanza in ordine alle determinazioni delle parti⁸⁷.

In dottrina⁸⁸ vi è chi propone di far rientrare tale fattispecie nel novero dei vizi incompleti. In particolare, si sostiene che appaia discutibile il richiamo al criterio della diligenza propria del contraente, dotato di normale buon senso e avvedutezza per distinguere tra ciò che risulta tollerabile e ciò che costituisce inganno giuridicamente rilevante. Tale orientamento sostiene che nell’ambito del dolo quale causa di annullabilità del contratto, residuino “ipotesi marginali che

⁸⁴ Così C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 174. Analogamente, G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 748, la quale afferma che “in caso di colposa induzione in errore dovrebbe essere disponibile il solo rimedio risarcitorio, e non anche quello dell’annullabilità del contratto”.

⁸⁵ *Idem*, *op. cit.*, p. 666, il quale afferma che si tratta di una figura “tollerata anche nella pubblicità commerciale”. Ivi cfr. in nota 93 anche Cass. civ. 1 aprile 1996, n. 3001, in *Nuova giur. civ.*, 1997, I, p. 377. V. anche Cass. civ. sez. III, 27 marzo 2001, n. 4441, che con riferimento ad un caso concreto chiarisce che: “Non costituisce *dolus bonus* ma integra gli estremi di una truffa contrattuale il comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell’immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare”.

⁸⁶ *Idem*, p. 667. L’a. aggiunge però che qualora si attribuiscono al bene qualità specifiche non rispondenti al vero, “la pubblicità deve considerarsi menzogna e fonte di responsabilità extracontrattuale”.

⁸⁷ G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra *dolus bonus* e *dolus malus**, in *Annali del seminario giuridico* di Palermo, 1957, p. 233. L’a. definisce il *dolus bonus* come quell’insieme di “vanterie innocue, frutto dell’innata tendenza di ogni mercante a magnificare la propria merce, che non possono scalfire la saldezza di decisione di un contraente, sufficientemente fermo”.

⁸⁸ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 220 e ss.; C. INNELLI, *Dolo incidente*, in *Giust. civ.*, II, 2006, p. 390, che in proposito afferma che il *dolus bonus* sia dotato di una certa rilevanza “non tale da lasciare invocare l’invalidità negoziale, né tale da non essere presa affatto in considerazione dal diritto; ma tale da legittimare l’obbligo al risarcimento del danno, a fronte di una condotta che deve giudicarsi, sebbene moderatamente, scorretta”.

sfuggono alle maglie del giudizio di invalidità⁸⁹, e che rilevano sul terreno della risarcibilità, a causa del comportamento scorretto di uno dei contraenti alla luce della regola di correttezza.

Altra dottrina invece ritiene che il *dolus bonus* si tratti di una “formula convenzionale”, riservata a indicare quei comportamenti che, per essere inidonei a ingannare, sono privi di rilevanza giuridica, sia sul piano dell’invalidità sia sul piano risarcitorio⁹⁰.

5.4 La reticenza dolosa.

È opinione risalente e ormai consolidata quella che fa discendere dalla clausola generale di buona fede, ai sensi dell’art. 1337 c.c., il dovere d’informazione gravante su ciascuna parte e la cui inottemperanza cagiona il sorgere della responsabilità precontrattuale.

In anni più recenti si è registrata una progressiva enfaticizzazione di tale dovere, che ha comportato un generico ampliamento del suo contenuto. Tale atteggiamento non sembra conciliare con la volontà espressa dal legislatore, il quale sebbene abbia voluto attribuire carattere generale al precetto di buona fede ex art. 1337 c.c., non ha inteso con essa abbracciare un astratto dovere di informazione se non con riguardo alle sole cause di invalidità, così come stabilito dall’art. 1338 c.c.⁹¹

La conclusione cui perviene gran parte della dottrina, lascia scoperta la fattispecie della reticenza dolosa, qualificata invece da altro orientamento come rientrante nella categoria dei vizi incompleti.

Secondo quest’ultima argomentazione il nodo da sciogliere della questione per comprendere la rilevanza della fattispecie della reticenza dolosa consiste nel tracciare il perimetro del dovere di informazione fino ad intendere cosa è oggetto di comunicazione nel rapporto contrattuale tra le parti.

Tale orientamento pone innanzitutto a presidio dell’art. 1337 c.c. un generico dovere di informazione - a differenza di quanto espresso da altra parte della

⁸⁹ M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 223.

⁹⁰ G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 172.

⁹¹ *Idem*, pp. 146-170.

dottrina, enunciato poc' anzi- in nome della buona fede precontrattuale, volto ad estendersi ben oltre l'avviso di cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.).

Dunque, in primo luogo è necessario indagare sul criterio⁹² con cui le parti contraenti di un regolamento negoziale acquisiscono le informazioni. È utile soffermarsi su tale punto considerato importante giacché l'ordinamento pone a carico di ciascun contraente l'onere di informarsi su circostanze che possano risultare condizionanti ai fini della stipulazione del contratto. In effetti, sarebbe improprio sanzionare la reticenza del contraente in ordine a fatti, seppur essenziali, che l'altra parte avrebbe dovuto conoscere se avesse impiegato l'ordinaria diligenza. Peraltro ciò risponde al principio di autoresponsabilità, sancito dal nostro sistema giuridico, connesso all'esercizio dell'autonomia privata⁹³.

A differenza degli ordinamenti di *common law* in cui a rilevare sono le modalità di acquisizione delle informazioni⁹⁴, nel nostro ordinamento risultano essere in linea con i principi in esso insiti, la natura e l'oggetto delle comunicazioni.

In questo senso l'ambito del dovere di informazione non attiene a ciò che può essere utile ai fini della determinazione del contratto⁹⁵ come può esserlo una notizia circa la convenienza economica dell'affare, la quale rientra nella soglia di rischio che ciascun contraente si assume quando intraprende un'operazione economica.

Tuttavia si è avvertita l'esigenza di distinguere le informazioni che devono essere rese note all'altra parte e quelle che invece possono essere legittimamente taciute. In breve si può affermare che la sussistenza del dovere di informazione è limitata

⁹²In senso contrario, G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 170, il quale non ritiene si possa parlare di "criterio" del dovere d'informazione.

⁹³Il profilo della situazione muta qualora tra le parti vi sia un rapporto di disparità in ordine alla possibilità di accesso all'informazione. Ciò avviene maggiormente nel settore professionale in cui il soggetto che dispone di informazioni, idonee ad incidere sull'assetto di interessi che l'altro contraente miri a conseguire, è tenuto a rivelarle purché l'altro le ignori senza sua colpa. Dunque la condotta reticente della parte, unita all'approfitamento dello stato di ignoranza (incolpevole) dell'altra rileva sul piano risarcitorio. *Contra*, G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 170, il quale sostiene che la presenza in alcuni settori professionali di uno specifico dovere di informazione conferma che tale dovere non ha carattere generale, per cui non è possibile individuare un "criterio" che possa consentire la sua corretta applicazione. Il solo ambito di informazione previsto in fase precontrattuale è quello stabilito dall'art. 1338 c.c. relativo all'omessa informazione in ordine alla presenza di cause di invalidità del contratto.

⁹⁴Sul punto consultare M. MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 239-240.

⁹⁵*Idem*, p. 241.

a quei fatti che attengono alla prestazione propria di una parte e non a circostanze che riguardano la controprestazione dell'altro contraente. Ciò comporta la duplice conseguenza che grava su ciascuno stipulante il dovere, e non più l'onere, di informarsi e che la parte non potrà lamentare di non essere stata avvisata dalla controparte per una circostanza, riguardante la propria prestazione, che avrebbe perciò dovuto conoscere. In questo modo non si configura alcuna condotta scorretta in capo all'altro contraente sanzionabile sul fronte risarcitorio⁹⁶.

La definizione del campo di applicazione del dovere di informazione consente di delineare, anche nella materia del dolo, l'ambito di rilevanza del vizio incompleto in esame sul piano della responsabilità precontrattuale. Tale ambito coincide con quell'area che si colloca al di sotto della fattispecie di dolo-vizio, rilevante sul piano dell'annullabilità, e si spinge fino al limite costituito dalle ipotesi in cui sfumano fino ad elidersi i presupposti che consentono di qualificare come giuridicamente scorretto un contengo, pur moralmente repressibile. All'interno di questa zona ogni scorrettezza che abbia provocato uno squilibrio tra gli interessi delle parti potrà ricevere sanzione sul piano risarcitorio nei limiti del pregiudizio causalmente connesso alla trattativa scorretta⁹⁷.

5.5 La sfera giuridica dell'incidenza: La fattispecie della violenza incidente.

Il codice non contiene alcun accenno circa l'analoga figura della violenza incidente, ossia della violenza cagionata al fine di apportare una "mera" alterazione del contenuto del contratto, che la vittima avrebbe comunque stipulato ma a condizioni diverse. Dunque la violenza non ha influito sulla scelta di stipulare il contratto, ma ha indotto la vittima a stipulare un contratto che avrebbe concluso diversamente rispetto a come avrebbe voluto originariamente.

In dottrina, il dibattito circa la corretta determinazione e altresì configurazione della violenza incidente resta aperto.

⁹⁶Cfr. *Idem*, p. 241 e ss.

⁹⁷M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 244.

Una parte di essa⁹⁸ sostiene che, per l'individuazione delle condotte integranti gli estremi della violenza incidente, debba instaurarsi una sorta di "soglia" consistente in una minaccia che appaia "tale da non essere avvertita come seria dalla generalità dei consociati" al di sotto della quale non vi è rimedio invalidante o risarcitorio. Ad avviso di altri⁹⁹ non sembra che si possa negare l'ammissibilità della violenza incidentale, come ha sostenuto anche una limitata giurisprudenza, prospettando l'applicazione in via analogica dell'art. 1440 c.c. (e dunque il risarcimento del danno piuttosto che l'annullamento del contratto).

Più opportunamente, invece, può dirsi che, in ordine alla violenza incidente, l'orientamento costante¹⁰⁰ non distingue due tipi di violenza, essendo sempre causale e mai incidentale. Ciò si spiega in quanto la violenza ha una valenza maggiore rispetto al dolo e, a differenza di quest'ultimo, è sempre determinante del consenso, e quindi inidonea a configurarsi come una minaccia trasversale al consenso del contraente.

5.6 (Segue) La fattispecie dell'errore incidente.

Esiste notevole incertezza in dottrina sulla natura e sulla rilevanza giuridica del c.d. errore incidente, per tale intendendosi quell'errore non essenziale¹⁰¹, in assenza del quale il soggetto avrebbe concluso egualmente il contratto, ma a contenuto o con modalità diverse¹⁰².

⁹⁸ *Idem*, p. 244 e ss.

⁹⁹ G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 114 e ss.

¹⁰⁰ In tal senso, G. B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927, p. 29 e ss. cit. da G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 113 in nota 30; P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 478.

¹⁰¹ È essenziale l'errore che assume per il contraente un'importanza determinante secondo i parametri oggettivi (per es. l'errore che cade sulla natura o sull'oggetto del contratto) e, altresì, quando abbia costituito la ragione principale o unica del contratto. In tal senso, C. M. BIANCA, *op. cit.*, pp. 648 – 649.

¹⁰² L'errore incidente ("quale falsa rappresentazione della realtà, spontanea e non indotta, che non determina a concludere il contratto ma incide sulle condizioni o modalità di conclusione, con il risultato che il contraente si trova ad essere vincolato a un regolamento contrattuale non corrispondente al suo interesse reale" cit. da M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 256) deve distinguersi dall'errore determinante, in difetto del quale il soggetto non avrebbe stipulato in alcun modo il contratto.

Nell'errore incidente deve porsi l'accento non sull'essenzialità su cui è caduto l'errore, bensì sulla forza causale che l'errore ha avuto sulla determinazione a stipulare il contratto¹⁰³.

L'errore incidente viene ricondotto, dalla maggior parte della dottrina¹⁰⁴, nell'ambito della responsabilità precontrattuale, analogamente al dolo incidente, ammettendo il risarcimento del danno a favore della parte delusa, ma non l'annullamento del contratto, riservato all'errore essenziale previsto dall'art. 1428 c.c.¹⁰⁵

Altra dottrina¹⁰⁶, invece, opta per considerare l'errore incidente come una causa di annullabilità del contratto, sia pure sanabile dalla controparte attraverso l'istituto della rettifica ai sensi dell'art. 1432 c.c.

Infatti, secondo tale orientamento l'art. 1432 c.c. prevede a carico dell'errante la possibilità di offrirsi di “riparare” le conseguenze dell'errore da esso derivanti all'altra parte per mezzo della rettifica. Quest'ultima, infatti, non si presenta come un obbligo di risarcimento del danno bensì come un onere che serve a tutelare contemporaneamente l'errante (in quanto il risarcimento del danno sarebbe stato certamente più oneroso da sostenere) e la vittima dell'errore, che in questo modo vede tutelato il suo interesse lesa.

¹⁰³ G. D'AMICO, *op. cit.*, pp. 125 – 127.

¹⁰⁴ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 174, il quale osserva che “chi cade in errore non deve essere a sua volta in colpa”. Infatti, “il danno che una parte avrebbe evitato se avesse adottato una condotta diligente non può essere causalmente imputato al comportamento dell'altra parte”; M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 256 e ss.; G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di informazione*, p. 743 e ss.

¹⁰⁵ Avverso tale teoria vi è la posizione di chi sostiene che la previsione del dolo incidente porta a negare la configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di errore incidente. Non è da sottovalutare, infatti, la circostanza che il legislatore abbia voluto espressamente disciplinare una sola determinata fattispecie, quale è quella del dolo incidente, per consentire il risarcimento del danno in relazione ad una forma più grave di lesione della libertà negoziale e non all'errore, considerabile meno grave. Sul punto v., N. SAPONE, *op. cit.*, p. 363.

¹⁰⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 134.

CAPITOLO QUARTO

La responsabilità precontrattuale nella fattispecie disciplinata dall'art. 1338 c.c. del contratto invalido.

Fra gli interessi tutelati dall'istituto della responsabilità precontrattuale, assume altresì rilevanza l'interesse di un soggetto a non essere coinvolto nella stipulazione di contratti invalidi. Ossia quelle particolari situazioni prodromiche a contrarre prestazioni, che non rispettino il canone di buona fede oggettiva, in concreto, caratterizzate dalla presenza di un consenso viziato, per il quale si rende auspicabile il ricorso ai rimedi preposti dall'ordinamento giuridico.

In particolare, l'art. 1338 c.c. pone a carico delle parti un dovere di informazione in merito alle circostanze di rilievo attinenti all'affare per tutelare l'altrui affidamento nella validità del contratto. Si tratta di una specificazione del più generale e dispersivo, principio di buona fede espresso dall'art. 1337 c.c. L'importanza assunta dal dovere di informare l'altra parte circa l'esistenza di cause di invalidità del contratto, conosciute o che si sarebbero dovute diligentemente conoscere, pone le basi per approfondire la genesi di un pilastro fondamentale della più ampia struttura della responsabilità precontrattuale.

1. L'art. 1338 c.c. quale specificazione dell'art. 1337 c.c. Ambito di applicabilità della norma.

La tematica della responsabilità precontrattuale ha subito un crescente impulso negli ultimi anni.

In base alle più recenti tendenze ogni qualvolta lo squilibrio tra le prestazioni non sia frutto di una libera scelta autonoma e informata, ma sia la conseguenza di una causa di invalidità, si rende auspicabile il ricorso ai rimedi previsti dall'ordinamento, per attuare quella piena giustizia contrattuale ambita tra le parti. Invero, l'ordinamento consente di servirsi di strumenti atti non solo a rimediare alle conseguenze pregiudizievoli derivanti da vizi di invalidità ma anche a

prevenire le stesse, onde scongiurare la stipulazione di contratti inficiati da tali vizi.

Un ruolo centrale sotto questo aspetto è svolto dalla responsabilità precontrattuale, e più in particolare dal dovere di informazione derivante dall'art. 1338 c.c.¹, espressivo del più ampio dovere di collaborazione secondo correttezza.

L'art. 1338 c.c. stabilisce che la parte che, in fase precontrattuale, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa sentito per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

La norma, come evidenzia la dottrina², è intesa come una specificazione del precetto di buona fede sancito dall'art. 1337 c.c., e ha lo scopo di tutelare la libertà negoziale dei soggetti che si accingono a concludere un contratto, evitando di essere coinvolti nella stipulazione di un contratto invalido.

Sebbene sotto un profilo di tecnica legislativa la norma possa apparire superflua, in quanto riproduce ciò che è già stabilito dall'art. 1337 c.c., in realtà costituisce un adeguato ausilio per una più completa ricostruzione di una delle ipotesi più

¹ Com'è noto, Rudolph von Jhering aveva già riconosciuto l'importanza della fattispecie in esame, attribuendo tale responsabilità alla "colpa" di uno dei due contraenti che con il proprio comportamento si era reso autore del danno da ristorare all'altra parte, per essere stato coinvolto nella gestazione di un contratto rivelatosi nullo.

² C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 156, il quale, tuttavia ritiene che l'interpretazione giurisprudenziale che configura l'art. 1338 c.c. quale specificazione del principio della responsabilità precontrattuale previsto all'art. 1337 c.c., "non coglie l'intero istituto della responsabilità precontrattuale quale risulta dalle norme del codice e dalle indicazioni offerte dalla stessa giurisprudenza. La responsabilità precontrattuale si ravvisa anche in ipotesi di comportamento colposo del soggetto (...) Ciò significa che può avere fondamento oltre che nella scorrettezza anche nella colpa, secondo la regola generale della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.)"; P. GALLO, *op. cit.*, p. 133; G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 162 e ss.; G. FALCO, *op. cit.*, p. 136; L. MENGONI, *op. cit.*, p. 365; V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1266; P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 25; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 108; F. CARINGELLA – G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 608; A. SAGNA, *op. cit.*, p. 244, secondo cui la tutela accordata dall'art. 1338 c.c. presenta una maggior specificità non tanto perché connessa con la violazione dell'obbligo di informazione, desumibile dal dovere di buona fede precontrattuale, ma soprattutto con l'esigenza di protezione che merita colui il quale abbia confidato nella validità del contratto concluso. Anche la giurisprudenza ha pacificamente ammesso che l'art. 1338 c.c. costituisca una specificazione della norma fondamentale prevista all'art. 1337 c.c. Cfr. Cass. civ. 26 maggio 2006, n. 12629, in *Giust. civ.*, 2007, p. 441; Cass. civ. 21 agosto 2004, n. 16508, in *Giust. civ. mass.*, 2004, pp. 7-8; Cass. civ. 22 giugno 1948, n. 990, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, p. 243: "Comunicare all'altra parte le cause, conosciute, d'invalidità del contratto è dovere di lealtà e di correttezza; ciascuno dei trattanti deve per vero accertare che il contratto cui s'intende dar vita non abbia vizi che lo rendano nullo o annullabile, ma la buona fede impone a quello di essi che conosca la causa di invalidità, di avvertire l'altro perché questo non confidi nella validità del contratto e sia in tempo ad evitare il danno conseguente all'invalidità. Ovvio presupposto di tale dovere di buona fede è che la parte conosca o debba conoscere l'esistenza della causa di invalidità, e la dimostrazione di tale conoscenza deve fornirsi dalla parte che dalla omissione di detto dovere risente di pregiudizio".

significative di responsabilità precontrattuale³, aiutando a definire quei determinati “connotati qualificanti”⁴ che sono indispensabili per una corretta lettura degli artt. 1337- 1338 c.c., e quindi del nostro istituto in esame.

In primo luogo, l’obbligo violato in cui si traduce qui il dovere di buona fede oggettiva impone di informare la controparte non solo del vizio dell’atto di cui si abbia a conoscenza, ma anche del vizio ignorato, che si è tenuti a conoscere e a comunicare se rilevabile con l’uso dell’ordinaria diligenza⁵. Invero, ciascun contraente ha l’obbligo di verificare l’eventuale sussistenza di cause di invalidità che rientrino nella propria sfera di autonomia e, nel caso in cui le individui, di darne notizia all’altro, onde evitare la conclusione del contratto invalido. In mancanza, la parte sarà responsabile per *culpa in contrahendo* anche in caso di colpa, pur dovendosi escludere la mala fede.

In tal senso la dottrina dominante⁶ è concorde nel ritenere che la parte che non si sia diligentemente impegnata nell’accertare la presenza o meno di cause di invalidità non può invocare la responsabilità precontrattuale, in virtù dell’assunto che il danno che una parte avrebbe evitato con il proprio comportamento diligente non possa essere causalmente imputato al comportamento dell’altra.

Dunque, il fatto lesivo che determina la responsabilità non è costituito tanto dall’omessa informazione circa le cause di invalidità del contratto, ma soprattutto dalla stipulazione di un negozio viziato da parte di chi conosceva o doveva

³ Sul punto, F. BENATTI, *op. cit.*, p. 3, che peraltro afferma: “Comunque si interpreti l’art. 1338 c.c., le ipotesi di comportamento scorretto *in contrahendo* che non sono fatte rientrare nell’ambito dell’art. 1338 c.c., inevitabilmente ricadono sotto la disciplina dell’art. 1337 c.c.”.

⁴ Così, C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 101.

⁵ Così C. TURCO, *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011, p. 413. Analogamente anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171, secondo cui “non basta che la parte abbia comunicato all’altra ciò che sapeva in ordine alle cause di invalidità del contratto, ma occorre che essa abbia accertato alla stregua dell’ordinaria diligenza le cause di invalidità o inefficacia che rientrano nel suo ambito di controllo”. Per la giurisprudenza, v. anche Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2109, secondo la quale: “Le norme di cui all’art. 1337 e 1338 c.c., mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere; ne consegue che, se vi è stata colpa da parte sua, se cioè egli avrebbe potuto con l’ordinaria diligenza venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto (nella specie, derivante dalla omessa iscrizione della società di intermediazione mobiliare, con cui era stipulato un contratto di swap di ingente valore finanziario, nell’albo previsto dalla legge), non è più possibile applicare le norme di cui sopra”.

⁶ Per tutti cfr., C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171.

conoscere tali vizi⁷. Più precisamente, a differenza della fattispecie che la precede all'art. 1337 c.c., l'ipotesi disciplinata dall'art. 1338 c.c. non tutela l'affidamento che una delle parti ripone in sede di trattative nella regolare conclusione del contratto bensì l'affidamento negoziale sulla validità del contratto stipulato, tale per cui il danno risarcibile non è posto in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma è riconducibile al fatto di aver inconsapevolmente confidato nella validità del negozio⁸.

Le due norme, sebbene costituiscano l'una "il ponte" dell'altra, si ripercuotono su due differenti ambiti di operatività: la disposizione prevista dalla norma in esame trova applicazione nei casi in cui si rinvenga a carico di uno dei soggetti contraenti il dovere di informare l'altro circa la causa di invalidità del regolamento negoziale⁹; nelle altre ipotesi di invalidità del contratto, invece, vale il generale disposto dell'art. 1337 c.c.¹⁰

Nonostante tale differenza, è comunque pacificamente riconosciuto che l'art. 1337 c.c. costituisca la regola cardine che fonda il dovere di informazione di cui all'art. 1338 c.c., considerato che tra i doveri imposti dalla correttezza precontrattuale vi è

⁷ Sul punto C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171: "mentre nel recesso ingiustificato il soggetto è coinvolto in una trattativa inutile, qui è coinvolto in una stipulazione inutile. Il soggetto pertanto è leso nella sua libertà negoziale, in quanto il comportamento doloso o colposo dell'altra parte lo ha coinvolto nella stipulazione di un contratto invalido o inefficace". Occorre precisare che tale orientamento non è unanimemente condiviso, essendosi manifestate due distinte posizioni: da un lato, vi è chi sostiene che il comportamento lesivo di responsabilità precontrattuale sorga per la mancata comunicazione della presenza di una causa di invalidità (cfr. G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale*, in *I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000, p. 86 e ss.; G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 165: "L'articolo in esame individua la fonte della responsabilità precontrattuale nella mancata comunicazione alla controparte dell'esistenza del vizio invalidante"); dall'altro, vi è chi sostiene, come sopra citato, che il comportamento lesivo sorga per la stipulazione del contratto invalido. Altra voce dottrinale (V. ROPPO, *op. cit.*, p. 182) sostiene che l'illecito, comportando una frustrazione dell'altrui affidamento, comprende entrambe le ipotesi.

Peraltro, in tema di responsabilità ex art. 1338 c.c. si è posto altresì il problema della natura giuridica della responsabilità una volta concluso il contratto. Si potrebbe, e la dottrina è in parte orientata in tal senso, ritenere che si tratti di responsabilità contrattuale, giacché si giunge alla stipula del contratto, benché dichiarato invalido. Cfr. G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1029 e ss.; MENGONI, *op. cit.*, p. 364.

⁸ Cfr. Cass. civ. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1993, p. 351.

⁹ In ciò l'art. 1338 c.c. svolge un ruolo autonomo nell'economia dell'istituto dell'illecito precontrattuale, secondo G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 162 e ss.

¹⁰ V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 105, secondo cui l'art. 1338 c.c. costituisce un'esemplificazione dell'art. 1337 c.c., il quale, stante il suo carattere generale e astratto, comprende il dovere di informazione ma interviene esclusivamente nell'ambito che non appartiene alla competenza della norma speciale. *Contra*, G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1036 il quale ritiene di escludere l'esistenza di un generale obbligo precontrattuale di informazione fondato sulla clausola di buona fede ex art. 1337, in quanto una simile imposizione, al di fuori della fattispecie prevista dall'art. 1338, "rischierebbe di paralizzare le contrattazioni".

anche quello di comunicare la presenza di ostacoli al perfezionamento dell'accordo al fine di evitare l'inutile impiego di energie produttive¹¹.

2. La responsabilità precontrattuale in caso di conclusione di un contratto invalido o inefficace.

Il codice civile disciplina espressamente all'art. 1338 c.c. l'ipotesi della responsabilità precontrattuale in caso di conclusione di un contratto invalido o inefficace. Più precisamente si tratta della dolosa o colposa stipulazione di un contratto invalido (o inefficace), per violazione del dovere di informazione precontrattuale, ad opera di una parte nei confronti dell'altra, con conseguente lesione dell'altrui libertà negoziale e con relativa richiesta di risarcimento del danno, che dovrà essere commisurato nei limiti dell'interesse negativo¹².

Per la sussistenza della responsabilità di cui al presente articolo del codice civile, si rivela necessario esaminare i principali requisiti che devono sussistere per poter discorrere di una delle principali fattispecie di responsabilità per *culpa in contrahendo*, considerata per molto tempo, dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante, insieme al recesso ingiustificato dalle trattative, l'ipotesi paradigmatica dell'istituto in argomento.

2.1 (Segue) Il contenuto del dovere di informazione nella fattispecie del contratto invalido.

Il riconoscimento della rilevanza del dovere d'informazione, e più in particolare del dovere d'informazione precontrattuale, è andato consolidandosi di pari passo con la riscoperta della buona fede, essendo considerato, secondo la

¹¹ Così si esprime L. NANNI, *Le trattative*, in *I contratti in generale – I requisiti del contratto*, di G. Alpa – M. Bessone, Vol. III, Torino, 1991, p. 42. L'a. aggiunge che altra principale differenza tra le due norme "consiste in ciò, che nell'applicare l'art. 1337 c.c. ci si può avvalere degli ampi criteri di giudizio consentiti dall'utilizzazione della clausola generale di buona fede; nell'applicare l'art. 1338 c.c. ci si deve attenere al dettato dalla legge per imputare ad una parte piuttosto che ad un'altra il danno subito per aver trattato inutilmente".

¹² C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171, afferma che sebbene l'ipotesi in questione sia una specificazione della violazione del dovere di buona fede, essa si fonda sul comportamento doloso o colposo della parte.

giurisprudenza¹³, espressione del generale dovere di correttezza. Ne costituisce, infatti, un ineliminabile aspetto tanto da diventare sempre più preponderante e oggetto di applicazione da parte del legislatore in numerosi ambiti soprattutto in quelli in cui tra le parti vi siano specifiche asimmetrie informative¹⁴.

In particolare il dovere di informazione assume un ruolo centrale nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto assolvendo allo scopo di incentivare il reperimento di informazioni relative alla convenienza dell'affare, onde evitare inutili dispendi di energia.

Nella vigenza del codice civile del 1865 l'obbligo informativo era posto in capo alla parte esclusivamente se la legge, gli usi del commercio o la peculiare natura dell'affare imponessero un preciso obbligo di informare. Di talché non era l'obbligo di avviso, in sé e per sé, ad essere oggetto di autonoma giuridica rilevanza, quanto il difetto di informazione nelle ipotesi in cui era espressamente sanzionato¹⁵.

Progressivamente, sulla scia dell'orientamento dottrinale tedesco, ha iniziato ad assumere rilevanza, essendo riconosciuta la responsabilità del soggetto che avesse offerto ad un altro informazioni inesatte. Più precisamente, soltanto sul finire degli anni settanta dopo aver riconosciuto l'importanza della buona fede quale clausola generale, con le norme espressamente disciplinate dal codice agli artt. 1337-1338, si è finalmente attribuito all'obbligo d'informazione fondamento giuridico.

¹³ Cass. civ. 29 maggio 1998, n. 5297, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce “*Contratto in genere*”, n. 321: “Nella fase antecedente alla conclusione di un contratto, le parti hanno, in ogni tempo, piena facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione e di richiedere tutto quanto ritengano opportuno in relazione al contenuto delle reciproche, future obbligazioni, con conseguente libertà, per ciascuna di esse, di recedere dalle trattative indipendentemente dall'esistenza di un giustificato motivo, con il solo limite del rispetto del principio di buona fede e correttezza, da intendersi, tra l'altro, come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo”.

¹⁴ A tale proposito F. GALGANO, *op. cit.*, p. 464, afferma che il dovere di buona fede assume nel corso delle trattative “il carattere di un dovere di informazione di una parte nei confronti dell'altra: ciascuna di esse ha il dovere di dare notizia delle circostanze che appaiono ignote all'altra e che possono essere determinanti del suo consenso. Così, ad esempio, è contrario a buona fede il non dire, mentre si vende un'area edificabile, di essere a conoscenza di un progetto di variante al piano regolatore comunale che modificherà la destinazione di quell'area”. Cfr. anche G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di comportamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 48; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, p. 252 e ss., il quale precisa che il termine asimmetria “evoca un'anomalia da correggere e una tensione ideale (eguaglianza)” da raggiungere.

¹⁵ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

Stante la sua importanza, tale obbligo ha costituito, sin dalla sua origine, un fertile terreno su cui la dottrina ha coltivato opposte teorie e opinioni, onde comprenderne il contenuto, limiti e il suo raggio di applicazione.

Il dovere d'informazione, infatti, non si colloca sullo stesso piano rispetto agli altri doveri precontrattuali, bensì costituisce l'intera ossatura della dinamica della responsabilità precontrattuale. Secondo un'opinione risalente¹⁶ tale obbligo discenderebbe dalla clausola generale di buona fede, così da potersi parlare di un obbligo d'avviso dal contenuto alquanto ampio e di generale applicazione.

Infatti, il principale problema che affligge l'obbligo informativo precontrattuale risiede nella delimitazione dei confini del suo contenuto, cui segue, al riguardo, una divergenza di vedute.

In primo luogo la dottrina¹⁷ si è posta l'interrogativo se tale obbligo possa configurarsi come un dovere di generale applicazione o se al contrario operi solo con riguardo alle cause d'invalidità e nei limiti previsti dall'art. 1338 c.c.

In effetti, da un lato, vi è chi propende per una vistosa enfaticizzazione degli obblighi precontrattuali di avviso sino ad attribuire loro un vasto campo di applicazione, alla luce anche del principio solidaristico di cui si fa porta voce la buona fede; dall'altro, vi è chi contempla una visione più riduttiva del dovere di informazione, proprio per l'incertezza di una corretta individuazione dei suoi confini, prevedendolo limitatamente alle cause di invalidità¹⁸. Quest'ultimo orientamento ha come presupposto l'impossibilità di spiegare diversamente la compresenza delle due norme, in modo da non rendere nessuna delle due un'inutile duplicazione dell'altra. Infatti, pur dovendo ammettere che l'art. 1337 c.c. sancisce un principio generale, quale appunto quello della buona fede, di cui l'art. 1338 c.c. costituisca una sua specificazione, non appare opportuno giungere alla conclusione secondo cui, essendo già previsto dalla regola della buona fede ex art. 1337 c.c. un generale obbligo di informazione, la disposizione dell'art.

¹⁶ Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 360 e ss., il quale, però, ha incluso l'obbligo di informazione nell'ambito dell'art. 1337 c.c. soltanto per giustificare la natura contrattuale della *culpa in contrahendo*. Dunque, l'a. non ha inteso fondare sull'art. 1337 c.c. un generico obbligo di avviso bensì ha voluto ricondurre nella responsabilità in parola una responsabilità per dovere di informazione prevista espressamente da specifiche disposizioni normative.

¹⁷ Cfr. G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 108; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 170 e ss.; P. GALLO, *op. cit.*, p. 133 e ss.; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 562; L. NANNI, *op. cit.*, p. 42 e ss..

¹⁸ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1047.

1338 c.c. sarebbe superflua. Tuttavia è possibile riconoscere la compresenza delle due disposizioni soltanto se si ammette l'esclusione, per volontà del legislatore, dell'art. 1337 c.c. dal campo degli obblighi di informazione e che, pertanto, tali obblighi gravano sulle parti limitatamente alle cause di invalidità ai sensi dell'art. 1338 c.c.¹⁹

In secondo luogo, passando all'analisi di ciò che debba considerarsi il contenuto di tale dovere si rileva che l'oggetto dell'obbligo informativo è strettamente connesso con l'oggetto della prestazione contrattuale, in particolare esso grava in capo a ciascuna delle parti sulle circostanze che attengono esclusivamente alla propria prestazione, e comprende tutte le circostanze utili e, quindi, essenziali, ai fini dell'affare. L'essenzialità delle circostanze può essere oggettiva, se relativa alla prestazione in sé considerata, e può variare in relazione al tipo contrattuale ovvero soggettiva, se costituisce la ragione principale o esclusiva della determinazione della parte. Quest'ultima rileva solo qualora sia stata rivelata alla controparte o questa ne sia venuta a conoscenza²⁰.

È pacifico²¹ che non costituiscano oggetto di obbligo di informazione quelle contingenze, ancorché rilevanti, ma acquisibili con l'ordinaria diligenza. Allo stesso modo, l'estensione di tale dovere anche ai fatti utili circa la convenienza dell'affare, fino a mettere in luce alla controparte i vantaggi o gli svantaggi della prestazione a suo carico è stata criticata sull'assunto che tale convenienza rientri nella normale "strategia" della negoziazione e pertanto determina un onere di valutazione a carico di ciascuna delle parti. È compito spettante a ciascun contraente tutelare i propri interessi, assumendosene il relativo rischio, salvo il ricorso alle norme sui vizi del consenso, qualora ne ricorrano i presupposti²².

¹⁹Cfr. ID., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, cit., p. 147 e ss. *Contra*, M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 149 e ss, che sottolinea "il collegamento sistematico degli artt. 1337-1338 c.c." e afferma che "se un dovere generale di informazione non può direttamente rinvenirsi nell'art. 1338 c.c., pur estensivamente interpretato, poiché esso prevede una fattispecie specifica e ben definita di responsabilità, un dovere di informazione, dal contenuto così ampio, ben può ricavarsi dall'art. 1337 c.c., la dove indica la misura del contegno, cui le parti sono reciprocamente tenute nella fase precontrattuale".

²⁰E. GUERINONI, *La buona fede contrattuale e gli obblighi di informazione*, in *Contratti*, 2007, n. 5, p. 19. Cfr. anche C. TURCO, *op. cit.*, p. 414, il quale afferma che l'obbligo di informazione consacrato nell'art. 1338 c.c. concerne "una corretta rappresentazione di circostanze che, senza pregiudicarne la validità, risultino tuttavia determinanti per la conclusione del contratto o rilevanti sotto il profilo del contenuto e delle modalità concrete dell'accordo contrattuale".

²¹Per tutti v., E. GUERINONI, *op. cit.*, p. 3.

²²Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 163.

Secondo un orientamento dottrinale non appare corretto, invece, escludere che la mancata comunicazione di fatti rilevanti possa quantomeno essere valutata quale fonte di responsabilità precontrattuale sotto il profilo del giusto recesso dalle trattative. In questo senso, l'omessa comunicazione di vizi della cosa, di cui il compratore si avveda prima della stipula del contratto, giustifica il suo recesso dalle trattative e determina l'obbligo del venditore del risarcimento dell'interesse negativo²³.

2.2 (Segue) La responsabilità precontrattuale nelle ipotesi di annullabilità, nullità e inefficacia del contratto. Ambito oggettivo dell'art. 1338 c.c.

Un altro ordine di problemi attiene alla puntuale interpretazione circa le cause di invalidità del contratto.

Alla luce di quanto sopra esposto, sussiste un obbligo per le parti di comunicare, ove conosciuta o conoscibile, una causa di invalidità del contratto.

L'individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo della fattispecie indicata dalla norma costituisce un importante quesito su cui la dottrina si è interrogata, sollevando non pochi problemi esegetici.

Innanzitutto, nel prendere in considerazione le cause di invalidità è dubbio se nel concetto di "invalidità" debbano ricomprendersi sia la nullità che il conseguente annullamento del contratto stesso²⁴.

La nullità costituisce la forma più grave di invalidità prevista dal nostro ordinamento giuridico ed è disciplinata dagli artt. 1418 e ss.

Com'è noto, la nullità si verifica nelle ipotesi di illiceità o di mancanza della causa o dell'oggetto del contratto, di contratto in frode alla legge, di motivo illecito, di mancato rispetto della forma richiesta ad substantiam, di incapacità giuridica e di violenza²⁵. Dunque essa esprime una valutazione negativa del contratto per la sua definitiva inidoneità a essere produttivo di effetti giuridici²⁶.

²³ H. KOTZ - S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, p. 83.

²⁴ Per usare un'espressione di C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 171.

²⁵ Così G. PATTI- S. PATTI, *op. cit.*, p. 166 e ss.

²⁶ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 612. L'a. parla più precisamente di "definitiva deficienza strutturale del contratto (ossia mancanza o impossibilità originaria di un elemento costitutivo)" e di illiceità, intesa quale "dannosità sociale".

Con riguardo alla nullità, non vi è omogeneità di vedute circa la sua configurabilità nell'ambito dell'art. 1338 c.c.

Secondo un risalente orientamento giurisprudenziale²⁷ l'articolo in parola troverebbe scarsa applicazione, con particolare riferimento all'ipotesi di nullità per contrarietà a norme imperative di legge. Invero, qualora una delle due parti contraenti stipuli un contratto nullo per violazione di una norma imperativa, ignorandone l'esistenza, è vittima di un errore inescusabile, essendo tutti tenuti a conoscere, per presunzione assoluta di legge, le norme imperative che disciplinano le specifiche attività che si vogliono realizzare. Più precisamente in giurisprudenza²⁸ si ritiene che, per l'operatività del principio "*ignorantia legis non excusat*"²⁹, si ritiene insussistente il requisito del legittimo affidamento nella validità del contratto, in quanto la parte che non sia a conoscenza di una causa di invalidità per mancata conoscenza della norma non può imputare tale ignoranza alla controparte, trattandosi di norme di legge che ciascun cittadino avrebbe il dovere di conoscere, con l'uso dell'ordinaria diligenza³⁰.

²⁷ Cfr. Cass. civ. 2 marzo 2006, n. 4635, *Giur. it.*, 2007, p. 1145: "se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa precontrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia ommesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse"; Cass. civ. 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1062; Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2109; Cass. civ. 26 giugno, 1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2773; Cass. civ. 20 agosto 1992, n. 9682, in *Giur. it.*, 1993, p. 2160; Cass. civ. 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, p. 2314; Cass. civ. 4 ottobre 1974, n. 2603, in *Giust. civ. Rep.*, 1975, voce *Obbligazioni e contratti*, p. 386.

²⁸ Vedi sul punto, Cass. civ. 2 marzo 2006, n. 4635, *Giur. it.*, 2007, p. 1145: "Se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa precontrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia ommesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse" (nel caso di specie si decideva della nullità per mancanza della forma scritta di un contratto della P.A.); Cass. civ. 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1062; Cass. civ. 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2109; Cass. civ. 26 giugno, 1998, n. 6337, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2773; Cass. civ. 20 agosto 1992, n. 9682, in *Giur. it.*, 1993, p. 2160; Cass. civ. 9 ottobre 1979, n. 5240, in *Mass. Foro it.*, 1979, p. 1062.

²⁹ Tale principio è stato ritenuto da una parte della dottrina (G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 171) "una distorsione" del principio penalistico di cui all'art. 5 c.p., secondo cui "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale".

³⁰ Secondo la giurisprudenza, infatti, l'errore su una norma di legge è incompatibile con la diligenza che l'art. 1338 c.c. pone a carico delle parti in trattative. Peraltro, l'art. 1338 c.c. presuppone che una delle parti versi in stato di colpa. Invece nel caso dell'errore di diritto, come lo è appunto la nullità virtuale, entrambi i soggetti versano in colpa, perché ognuno è tenuto a conoscere la legge.

Non sono mancate voci in dottrina³¹ che hanno manifestato vigorose riserve nei confronti dell'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità, considerato eccessivamente rigido se non ingiustificatamente aprioristico³², volto a inibire del tutto l'applicazione dell'art. 1338 c.c.

Innanzitutto pur ammettendo che si debba qualificare come negligente il comportamento di chi ignora le norme di legge perché potrebbe conoscerle - anche in assenza di un espresso dovere - tuttavia il nostro codice non contiene alcun articolo che distingua, sotto l'aspetto della scusabilità, l'ignoranza di fatto dall'ignoranza di diritto³³. Pertanto, non vi è ragione alcuna per escludere la rilevanza della buona fede derivante da errore sulla norma³⁴.

A conferma di tale assunto vi è anche la dimostrazione che la crescente vastità ed eterogeneità delle norme giuridiche che disciplinano i rapporti sociali, spesso di oscura e di difficile comprensione, e dunque difficilmente padroneggiabile dal contraente medio, attenua il rigore del principio dell'irrilevanza dell'ignoranza della legge³⁵. Invero, la corretta conoscenza della legge richiede spesso un'elevata e specifica competenza tecnica che può essere propria di una sola delle parti, la quale dolosamente potrebbe ben approfittarsi dell'ignoranza dell'altra³⁶.

³¹ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 60 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 224; G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 265; C. TURCO, *op. cit.*, p. 27 e ss.; G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 166 e ss.

³² Così V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1271.

³³ Sul punto, F. BENATTI, *op. cit.*, p. 4.

³⁴ R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 284, cit. da F. Benatti, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ In conformità a tale parere, cfr. G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 171 e ss., secondo cui l'assoluta presunzione di conoscenza deve essere esclusa a favore della possibilità di procedere ad un accertamento dell'effettivo sforzo diligente posto in essere, verifica resa necessaria dalla molteplicità delle regole legislative e dalla difficoltà pratica per il contraente medio non solo di conoscere il contenuto della norma ma anche più semplicemente di immaginarne l'esistenza; A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 405; R. SACCO - G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 574; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 878-880; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, p. 222 e ss., il quale afferma che: "Si pensi alla stipula da parte di uno straniero di un contratto disciplinato dalla legge italiana. In tal caso è possibile ipotizzare che detto contraente, nonostante abbia posto in essere uno sforzo diligente, non sia stato in grado di conoscere l'esistenza della norma invalidante. Si determina, pertanto, la necessità di verificare, con riguardo ad entrambi i contraenti la sussistenza di conoscenza o della conoscibilità della causa di invalidità ed il compimento dello sforzo diligente tendente all'eliminazione dello stato di ignoranza. Da ciò deriva che la responsabilità deve essere negata nel caso in cui la conoscenza o la conoscibilità della causa di invalidità sussista o venga esclusa con riguardo ad entrambi i contraenti. La responsabilità sarà invece addossata all'unico dei due contraenti che risulti in colpa"; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 173.

³⁶ Dunque, si ritiene necessario accertare, caso per caso, se effettivamente l'ignoranza della legge sia dovuta a negligenza o al comportamento doloso della controparte.

Per quanto riguarda poi le singole ipotesi di nullità la dottrina unanime ritiene che l'art. 1338 c.c. possa trovare piena applicazione nei casi di impossibilità originaria della prestazione, di indeterminatezza (o indeterminabilità) dell'oggetto del contratto ovvero di illiceità dell'oggetto³⁷, nonché nelle ipotesi di nullità parziale del contratto. Infatti, anche in tale ultima fattispecie sussiste l'esigenza di tutelare chi, senza colpa, abbia confidato nella validità del contratto. Pertanto in presenza di una discrasia anche solo parziale tra l'accordo pattuito tra le parti stipulanti e quello riconosciuto valido dall'ordinamento, l'oblato avrà diritto al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo e relativamente alla parte del contratto affetta da nullità³⁸.

Un recente intervento della Corte di legittimità sembra avvallare quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, in particolare si segnala una pronuncia dell'8 luglio 2010, n. 16149 in cui afferma che la norma dell'art. 1338 c.c. volta a tutelare il contraente di buona fede nella fase precontrattuale comprende tutte le ipotesi di invalidità del contratto, e pertanto non solo quelle di nullità, ma anche quelle di nullità parziale e di annullabilità nonché le ipotesi di inefficacia del contratto. La medesima pronuncia aggiunge, tuttavia, che “non può configurarsi responsabilità per *culpa in contrahendo* allorquando la causa di invalidità del negozio nota a uno dei contraenti, e da questi in ipotesi taciuta, derivi da una norma di legge che per presunzione assoluta deve essere nota alla generalità dei cittadini”³⁹.

³⁷ Sotto il profilo del contratto in frode alla legge, la dottrina ritiene che poiché tale fattispecie prevede la consapevolezza di entrambi i contraenti di eludere una norma imperativa, non possa sorgere una responsabilità per *culpa in contrahendo* e di conseguenza risulta inapplicabile l'art. 1338 c.c. giacché richiede il legittimo affidamento di una delle parti nella validità del contratto. Nel caso, invece, della donazione nulla per illiceità del motivo, il donatario avrà diritto al risarcimento del danno soltanto se non sia stato in grado, neppure con uno sforzo diligente, di avvedersi del motivo illecito. Per maggiori approfondimenti, v. G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 174 e ss.

³⁸ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 56; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 221; G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 176.

³⁹ Cass. civ., sez. III, 8 luglio 2010, n. 16149, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, secondo cui “le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dall'ignoranza di una causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, ma se vi è colpa da parte sua, potendo con l'ordinaria diligenza venire a conoscenza della reale situazione o della causa di invalidità del contratto, le norme suddette non sono più applicabili”.

Circa la determinazione dell'ipotesi di annullabilità del contratto⁴⁰, non vi è accordo in dottrina, giacché secondo alcuni⁴¹ l'interesse tutelato dalla norma in esame è costituito dall'omessa comunicazione di cause di invalidità del contratto, per cui la tesi che ritiene applicabile l'art. 1338 c.c. a tutti i casi di annullabilità del contratto non è condivisibile; altri⁴², invece, ritengono che la norma in esame sia applicabile a tutte le ipotesi in cui si verifica l'annullabilità del contratto, compresa qualsiasi attività illecita volta a cagionare l'invalidità dello stesso (e, dunque, anche la stessa condotta volta a porre in essere la causa di invalidità).

In particolare, in merito alle ipotesi di annullabilità per vizi del consenso la dottrina ha operato una distinzione a seconda che il vizio abbia avuto origine nella sfera della parte ritenute meritevole di tutela, come nel caso dell'errore, o in quella della controparte, come nei casi di violenza e di dolo. Secondo un orientamento dottrinale la tutela accordata alla vittima di violenza o di inganni è estranea alla logica dell'art. 1338 c.c. poiché quest'ultimo spiega i suoi effetti soltanto nell'ipotesi di errore spontaneo⁴³.

Con riguardo invece alla fattispecie del dolo incidente⁴⁴, si rileva che la relativa disciplina prevede una peculiare convivenza tra la validità del contratto e il risarcimento del danno, rimanendo estranea all'azione di annullamento del contratto⁴⁵. Invero, l'art. 1440 c.c. prevede il diritto al risarcimento dei danni in

⁴⁰ Nel novero delle annullabilità si è posto il problema della responsabilità del minore per non aver comunicato il proprio stato di incapacità, fonte essa stessa di annullabilità. La dottrina predominante e la giurisprudenza costante hanno ritenuto di poterla escludere, poiché sarebbe una contraddizione in termini. Infatti, per poter addossare al minore l'omessa dichiarazione gli si dovrebbe riconoscere una capacità d'agire che è proprio l'annullabilità del contratto ad escludere. Per la dottrina cfr. L. NANNI, *op. cit.*, p. 43; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 221; G. VISINTINI, *op. cit.*, p. 271 e ss.; per la giurisprudenza cfr. Cass. civ. 21 luglio 1954, n. 2616, in *Foro it.*, 1955, I, p. 339. Tuttavia vi è una posizione dottrinale che basandosi sull'assunto per cui il minore è ormai divenuto un soggetto civilmente oltre che penalmente imputabile delle proprie azioni, si ritiene che possa rispondere dei danni ai sensi dell'art. 1338 c.c. Sul punto, P. GALLO, *op. cit.*, p. 136.

⁴¹ Fra tutti, G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 180; cfr. anche D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1999, pp. 484 - 486.

⁴² Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 220.

⁴³ Per ulteriori riferimenti cfr. L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, p. 13 e ss.; G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 183 e ss. Quest'ultimo sostiene che la violenza non possa configurarsi come un'ipotesi conforme all'art. 1338 c.c., in quanto "manca il giusto affidamento nella validità del contratto da parte di chi subisce tale comportamento illecito: quest'ultimo, infatti, è sempre a conoscenza dell'attività illecita posta in essere ai suoi danni".

⁴⁴ Si tratta di una *species* di dolo, la cui nozione era già nota ai Glossatori, e la cui rilevanza era riconosciuta nel codice del 1865.

⁴⁵ Cass. civ. 4 aprile 1990, n. 2798, in *Giur. it.*, 1991, I, p. 456, che afferma la non cumulabilità tra l'azione di annullamento ex art. 1439 c.c. e l'azione di risarcimento del danno ex art. 1440 c.c., giacché la prima presuppone l'invalidità del contratto mentre la seconda non incide sull'esistenza

favore di colui che, in seguito ai raggiri di controparte, viene indotto a stipulare un contratto a condizioni diverse da quelle che avrebbe accettato, se il procedimento di formazione della volontà contrattuale non fosse stato alterato dall'altrui condotta scorretta. Pertanto, trovandosi di fronte ad un contratto valido, non può trovar luogo l'azione di annullamento del contratto che presuppone l'invalidità del negozio. Peraltro, l'annullamento mira, mediante la tecnica della demolizione testuale, alla cancellazione del testo contrattuale che perde ogni idoneità alla produzione degli effetti giuridici in funzione dei quali è stato elaborato; al contrario, il risarcimento del danno previsto dall'art. 1440 c.c. si rivela l'unico e adeguato rimedio esperibile in tale circostanza, giacché non rimuove il testo negoziale ma lo integra o ne corregge gli effetti sul piano risarcitorio. Analogamente, la dottrina prevalente⁴⁶ ritiene che ai sensi dell'art. 1440 c.c. il contratto è valido di talché, non potendo modificare il contenuto contrattuale, la norma interviene a tutelare l'interesse della parte attraverso il risarcimento⁴⁷.

Un altro nodo da sciogliere in tema di interpretazione del concetto di invalidità riguarda il quesito se il legislatore abbia voluto configurare un dovere di informazione esclusivamente con riferimento alle cause di invalidità del contratto in senso stretto, o intese anche nel senso di inefficacia o inesistenza.

L'interpretazione prevalente è favorevole all'orientamento estensivo, cioè a quell'orientamento volto ad applicare la portata dell'art. 1338 c.c. a tutti i casi in cui il contratto stipulato difetti di un requisito di efficacia⁴⁸ o sia addirittura considerato inesistente⁴⁹. Quest'ultima ipotesi è sostenuta da chi ritiene che il

del negozio che sarebbe stato egualmente concluso, se pur a condizioni diverse, e implica solo l'obbligo del risarcimento del danno a carico del contraente in mala fede.

⁴⁶ Per tutti cfr., I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 12 e ss.

⁴⁷ Dunque il legislatore non ha inteso accordare al dolo incidente effetti invalidanti giacché il contratto è e rimane valido ma ricollega ad esso conseguenze risarcitorie.

⁴⁸ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, secondo cui nella norma sono compresi tutti i casi di inefficacia del contratto, in cui risulta mancare un requisito legale di efficacia del negozio, come ad esempio un'autorizzazione amministrativa o la legittimazione negoziale del contraente.

⁴⁹ R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 604; G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1035; L. M. FRANCIOSI, *op. cit.*, pp. 12-13; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 222. Cfr. anche F. GALGANO, *op. cit.*, p. 328, il quale afferma che "l'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto, l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale. L'importanza della distinzione fra nullità e inesistenza sta in ciò: il contratto o l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che il contratto o l'atto nullo produce"; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 172 e p. 614, in cui afferma che l'inesistenza concerne la mancanza di un fatto o atto socialmente rispondente alla nozione di contratto. In tal senso, un'operazione non socialmente valutabile come contratto non

concetto di “contratto invalido” utilizzato dal legislatore sia da intendere come “accordo non produttivo di effetti”⁵⁰.

Sotto il profilo dell’inefficacia invece rileva un’ipotesi particolarmente significativa che è quella disciplinata dall’art. 1398 c.c., in tema di *falsus procurator*⁵¹. Più specificamente quest’ultima attiene al caso di colui che avendo contrattato come rappresentante senza averne il potere o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Il contratto concluso dal falso rappresentante, pur essendo valido in quanto completo di tutti i suoi elementi, è inefficace, giacché il potere di rappresentanza è inesistente e perché, avendo dichiarato di agire in nome altrui, era con il rappresentato e non con chi si è dichiarato falsamente tale, che il terzo voleva concludere il contratto. Pertanto il falso rappresentante risponderà di responsabilità precontrattuale, dovendo risarcire il danno che il terzo ha sofferto per aver confidato, senza colpa, nel potere di rappresentanza. Il danno da ristorare sarà commisurato all’interesse negativo, e cioè a non essere partecipe di un contratto o atto invalido o inefficace.

3. (Segue) I vizi del consenso nella fattispecie del contratto invalido: dolo, violenza, errore.

Sebbene nel panorama dottrinario non vi sia accordo in ordine alla configurabilità dei vizi del consenso nell’ambito dell’art. 1338 c.c. per la posizione di chi ritiene che tale norma disciplini soltanto talune ipotesi di annullabilità del contratto ad eccezione di altre, si reputa egualmente opportuno esaminare il contenuto del dovere di informazione precontrattuale proprio in relazione alla disciplina dei vizi del consenso.

giustifica alcun serio affidamento delle parti o dei terzi; *Contra*, Cass. civ. 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1990; Cass. civ. 28 maggio 1954, n. 1731, in *Foro it.*, 1955, I, p. 359, in cui si sostiene l’esclusione dell’inefficacia dal novero delle invalidità.

⁵⁰ A. M. MUSY, *op. cit.*, p. 405.

⁵¹ Cass. civ. 27 maggio 1960, n. 1368, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1508; Cass. civ. 7 febbraio 1966, n. 402, in *Giur. it.*, 1967, I, p. 101.

In effetti, la disposizione prevista nell'articolo in esame tutela comunque l'interesse del soggetto a non veder lesa la sua libertà negoziale, attraverso comportamenti contrari a buona fede che rendono invalido il contratto.

Autorevole dottrina⁵² sostiene che tale lesione si configura in tutti i casi in cui il contraente è vittima di violenza o di dolo.

Analizzando in primo luogo la figura della violenza si afferma che essa costituisce la forma più grave di lesione della libertà contrattuale di un soggetto. Essa costituisce sempre fonte di invalidità del regolamento negoziale anche quando sia esercitata da un terzo senza essere nota alla controparte. Se quest'ultima è consapevole o ne è partecipe, la responsabilità precontrattuale graverà solidalmente su di essa e sul terzo. Al contrario un orientamento ritiene di poterla escludere dall'ambito dell'art. 1338 c.c. non essendo ipotizzabile un legittimo affidamento nella validità del contratto, dato che la violenza determinante l'invalidità del regolamento negoziale è percepita dalla vittima⁵³. Si ritiene, infatti, che la fattispecie della violenza debba ricondursi nella previsione generale dell'art. 1337 c.c., in quanto si tratta di un comportamento scorretto che integra una manifesta violazione della buona fede ex art. 1337 c.c. ed esclude al contempo “qualsiasi colpa o negligenza dell'affidamento della controparte”⁵⁴.

Analogo discorso ha coinvolto il dolo. Infatti se da una parte si ritiene che esso rientri nelle fattispecie astrattamente previste dall'art. 1337 c.c., dall'altra costituisce una causa di invalidità del contratto (ai sensi dell'art. 1338 c.c.) se posto in essere dalla controparte o da un terzo. Se tuttavia la controparte che ha tratto vantaggio dal dolo posto in essere dal terzo non ne era a conoscenza il contratto non è annullabile. Il terzo è comunque responsabile per aver leso la libertà negoziale dell'oblato e sarà tenuto a risarcire il danno nella misura dell'interesse della vittima a non stipulare il contratto⁵⁵. Tale orientamento trova conforto anche in una sentenza della Suprema Corte del 19 luglio 2006, n. 20260,

⁵²C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 173.

⁵³G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 191 e ss., cui fa “salva la responsabilità ex art. 1338 c.c. del contraente che pur conoscendo l'attività dolosa del terzo ha omesso di renderne edotta la controparte, e di colui che ha subito la violenza e ha taciuto tale causa di invalidità alla controparte in buona fede”; G. PIGNATARO, *La responsabilità precontrattuale, in I contratti in generale*, a cura di P. Cendon, V, Torino, 2000, p. 136.

⁵⁴C. TURCO, *op. cit.*, p. 414.

⁵⁵C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 174.

la quale ha inteso inquadrare la fattispecie in questione nell'ambito dell'art. 1338 c.c.⁵⁶

Sotto il profilo dell'errore⁵⁷, la complessità della disciplina è più evidente. Innanzitutto l'art. 1428 del codice civile statuisce che l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente. È essenziale, se ha inciso sulla libera determinazione delle parti ed è riconoscibile se, tenuto conto della qualità delle parti contraenti, del contenuto e delle circostanze del contratto, sia ravvisabile da una persona che si comporti con normale diligenza. La norma citata si pone come un rimprovero rivolto alla parte che non cade in errore, in quanto mira a tutelare l'affidamento incolpevole dell'altro soggetto alla conservazione del contratto.

Con riferimento alla responsabilità precontrattuale la fattispecie dell'errore si riconduce all'art. 1338 c.c. che dispone l'obbligo del risarcimento del danno a carico del contraente che non versa in errore⁵⁸. Ciò ha comportato un mutamento nella materia con specifico riguardo alla determinazione del soggetto responsabile dei danni subiti dalla controparte, nel caso di annullabilità del contratto a causa di errore⁵⁹. Invero, si è sostenuto di dover dare spazio alla tesi secondo cui l'errante, che conosceva o doveva conoscere lo stato di errore in cui versava l'altra parte, può ritenersi responsabile dei danni ad essa cagionati per aver omesso di comunicarle il vizio. L'art. 1338 c.c., infatti, individua l'illecito precontrattuale nella mancata comunicazione della causa di invalidità, conosciuta o conoscibile, dell'accordo contrattuale. Tuttavia il risarcimento del danno dovrà ritenersi

⁵⁶ Nel caso di specie la S.C. è intervenuta in una fattispecie di dolo causam dans per aver omesso di comunicare alla banca, nel richiedere un mutuo, lo status di fallito di uno dei coniugi. Cfr. Cass. civ. 19 luglio 2006, n. 20260, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 1, p. 75.

⁵⁷ L'errore consiste in una falsa conoscenza della realtà che concorre a determinare la volontà del soggetto o nell'ignoranza di quest'ultimo in relazione ad un dato del contratto. Si distingue dall'errore vizio che attiene alla formazione della volontà, dall'errore ostativo che attiene alla dichiarazione del contraente, il quale ha correttamente formato la propria volontà, ma questa è stata dichiarata o trasmessa in maniera inesatta. Concependo dunque l'errore quale falsa rappresentazione della realtà, si comprende come siano due gli interessi da contemperare: da un lato, l'interesse dell'errante che richiede l'annullamento del contratto per averlo stipulato in maniera non corretta e dall'altro, l'interesse dell'altro contraente a conservare gli effetti di quanto pattuito, per aver posto assegnamento sulla dichiarazione dell'altro. (Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 781).

⁵⁸ Al riguardo Rudolph von Jhering attribuiva all'errante l'obbligo di risarcire la controparte dei danni da questa subiti a causa dell'errore inescusabile. Sulle orme di questo insegnamento, anche il codice civile del 1865 aveva accolto tale tesi.

⁵⁹ Cfr. G. PATTI – S. PATTI, *op. cit.*, p. 192.

escluso qualora l'errante sia in colpa, cioè quando egli avrebbe potuto avvedersi dell'errore ponendo in essere un normale sforzo diligente⁶⁰.

⁶⁰ *Idem*, p. 195, secondo cui “ai sensi dell’art. 1338 c.c., il requisito dell’inescusabilità dell’errore deve essere considerato non più un elemento ostativo all’annullamento del contratto, bensì un limite al diritto di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione dell’obbligo di comunicare l’esistenza dell’errore”.

CAPITOLO QUINTO

Il risarcimento del danno

1. Il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale. L'interesse negativo.

Il soggetto che si sia reso responsabile di *culpa in contrahendo* è tenuto a risarcire i danni cagionati all'altro contraente, in stretta dipendenza (c.d. nesso di causalità) delle trattative e della prospettiva di una conclusione futura del contratto¹. Secondo un insegnamento ormai risalente² il danno risarcibile è quantificabile nei limiti del cosiddetto "interesse negativo", per tale intendendosi quell'interesse della parte a non essere lesa nell'esercizio della sua autodeterminazione negoziale³, individuato nelle spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto⁴, e nella perdita sofferta per non avere usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello da concludere⁵.

¹ A proposito del danno da responsabilità precontrattuale, cfr. Cass. civ. 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Danno resp.*, 2006, p. 46 e ss.; Cass. civ., Sez. Un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1404; Cass. civ. 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1283; Cass. civ., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 483; Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 1961. Per la dottrina cfr. anche F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 852.

² Rudolph von Jhering riteneva che chi avesse colpevolmente causato l'invalidità del contratto non era obbligato a corrispondere l'equivalente della prestazione promessa, poiché da un negozio nullo non derivava alcun dovere di adempimento. Era, però, obbligato a porre l'altra parte nell'identica situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovata se non avesse stipulato il negozio. Pertanto il danno che la parte era tenuta a risarcire coincide non con l'interesse all'esecuzione (c.d. interesse positivo), bensì l'interesse alla non conclusione del contratto, e dunque l'interesse negativo.

³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175; P. FAVA, *op. cit.*, p. 1448; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, *op. cit.*, p. 96 e ss., secondo cui l'interesse negativo "descrive quella tipica perdita subita da chi non ha potuto concludere il contratto o non ha potuto conseguire l'esecuzione, essendo invalido o inefficace"; A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, p. 290, per il quale "l'interesse negativo consiste in ciò che il contraente avrebbe avuto se la proposta non avesse suscitato in lui la fiducia nel contratto, se il contratto non fosse sorto: il risarcimento ha dunque per oggetto il danno per il mancato contratto".

⁴ Con il termine "spese" s'intendono i costi sostenuti per lo svolgimento delle trattative e per la stipulazione del contratto, nonché quelli finalizzati all'esecuzione o a ricevere la prestazione, detratto quanto il soggetto può recuperare mediante reimpiego o rivendita. Cfr. sul punto C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175.

⁵ Così F. BENATTI, *op. cit.*, p. 9. Cfr. anche quanto espresso sul punto da G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 802, secondo cui l'interesse negativo costituisce la conseguenza risarcitoria di una responsabilità

Preliminarmente occorre rilevare che si è ritenuto che il lucro cessante non fosse da ricomprendersi nell'ambito dell'interesse negativo, riguardando un interesse che la parte vanterebbe soltanto se il contratto, una volta stipulato, non fosse stato adempiuto, a causa della condotta della controparte⁶. Tuttavia altro orientamento giurisprudenziale ha ritenuto ampliare l'area del lucro cessante altresì alla responsabilità precontrattuale, stabilendo che la liquidazione del danno deve essere operata applicando l'art. 1223 c.c.⁷.

L'ammontare del risarcimento dovuto ai sensi dell'art. 1338 c.c. viene, quindi, quantificato nella misura di tale interesse negativo, delle spese sostenute per la conclusione del contratto⁸, e altresì del danno derivante dal fatto di aver perduto l'occasione reale di concludere con altri lo stesso tipo di negozio, poi non giunto a buon fine⁹.

Al riguardo mentre l'art. 1337 c.c., nulla dice circa la misura del risarcimento che grava su chi non si è comportato secondo buona fede nello svolgimento delle

in contrahendo concepita come strumento di tutela, al ricorrere di ben date condizioni, dell'affidamento delle parti nella futura conclusione del contratto e nella sua validità.

⁶ Cfr. Cass. civ. 13 ottobre 2005, n. 19883, in *Mass. Foro it.*, 2005, p. 1894. In materia di responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, e dunque non comprende, in particolare, il lucro cessante risarcibile se il contratto non fosse stato poi adempiuto o fosse stato risolto per colpa della controparte; inoltre sia la perdita dei guadagni che sarebbero conseguiti da altre occasioni contrattuali, sia la relativa valutazione comparativa devono essere sorrette da adeguate deduzioni probatorie della parte che si assume danneggiata, e non possono basarsi sulla semplice considerazione della sua qualità imprenditoriale, né può senz'altro farsi luogo alla liquidazione equitativa da parte del giudice, ai sensi dell'art. 1226 codice civile, subordinata, anche nella materia della responsabilità precontrattuale, all'impossibilità o alla rilevante difficoltà, in concreto, dell'esatta quantificazione di un pregiudizio comunque certo nella sua esistenza.

⁷ Sul punto v. Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Danno e resp.*, 2006, p. 46 e ss.: "In tema di responsabilità precontrattuale la liquidazione del danno va operata applicando l'art. 1223 c.c., essendo pertanto riconoscibili sia il danno emergente sia quello da lucro cessante. La liquidazione deve, peraltro, avvenire tenendo conto delle caratteristiche di detta responsabilità, onde non possono essere risarciti i danni che sarebbero derivati dall'inadempimento del contratto, atteso che quest'ultimo non si è concluso e che l'interesse leso – cioè l'affidamento – consiste nel cosiddetto interesse negativo. Il danno per lucro cessante può essere costituito anche dal pregiudizio economico derivante dalla rinuncia alla stipulazione di un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello per cui si sono svolte le trattative, tenuto conto che l'art. 1337 c.c. tutela non tanto l'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla iniziata, con conseguente perdita di occasioni favorevoli". Cfr. altresì una recente pronuncia di Cass. civ. 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contr.*, 2007, p. 313 e ss., che nell'ambito del lucro cessante ammette il risarcimento anche delle attività preparatorie, nel caso di specie relative alla realizzazione di uno spettacolo, poste in essere sulla base dell'affidamento nella futura conclusione del contratto.

⁸ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175.

⁹ Cfr. Cass. civ. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, p. 351.

trattative e nella formazione del contratto¹⁰, diversamente accade con l'art. 1338 c.c., il quale stabilisce espressamente che la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra è tenuta a risarcire "il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto". In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità¹¹, nonché la dottrina unanime¹², ha precisato che la disposizione contenuta nell'art. 1337 c.c. non può essere invocata per il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto. Pertanto, il pregiudizio risarcibile ai sensi dell'art. 1337 c.c. è egualmente circoscritto nei limiti dell'interesse negativo. L'espressione di "interesse contrattuale negativo", cui corrisponde il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1338 c.c., è stata coniata da Rudolf von Jhering, il quale ebbe proprio il merito di utilizzare per primo tale termine. In particolare, il noto giurista tedesco lo ricollegò principalmente all'ipotesi di chi colpevolmente avesse dato causa all'invalidità del contratto, per poi estenderla, in via analogica, alla diversa fattispecie della revoca di una proposta contrattuale, l'una e l'altra configurando la violazione del dovere di diligenza *in contrahendo* (c.d. *Verpflichtung zur diligentia in contrahendo*), cui doveva uniformarsi la condotta delle parti durante le trattative, traducendosi nell'apparente conclusione di un contratto valido¹³.

Nella teorica ricostruzione di Jhering, l'interesse negativo (c.d. *negatives Vertragsinteresse*) consiste nella diminuzione patrimoniale conseguente all'invalidità dell'accordo¹⁴, e costituisce lo strumento più adeguato volto a ripristinare la situazione patrimoniale dell'oblato, vittima dell'altrui scorrettezza precontrattuale¹⁵. Invero, secondo Jhering la parte colpevole di aver cagionato l'invalidità del contratto è tenuta a corrispondere non l'equivalente della somma

¹⁰ Cfr. R. SACCO, *Le fonti dell'obbligazione*, Vol. 3, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 662 e ss.

¹¹ Così, Cass. civ. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Danno e resp.*, 2000, p. 982.

¹² Per tutti cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 334 e ss.

¹³ Cfr. M. MANTOVANI, *Art. 1338 c.c. - Conoscenza delle cause di invalidità*, in *Commentario al codice civile. Contratti in generale*, Vol. 1, a cura di E. Navarretta – A. Orestano, Torino, 2010, p. 501.

¹⁴ Cfr. G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 804.

¹⁵ Così, G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 469.

promessa, bensì a porre l'altra parte nella medesima condizione patrimoniale in cui si sarebbe trovata se non avesse stipulato il contratto¹⁶.

Così, mentre nel caso dell'inadempimento, la pretesa del contraente era rivolta all'esecuzione della prestazione dedotta in contratto e il risarcimento era volto al conseguimento dell'equivalente della prestazione mancata, (e quindi degli utili che sarebbero derivati dall'adempimento del regolamento negoziale), nell'ipotesi di mancata o invalida conclusione, il rimedio risarcitorio non poteva avere eguale contenuto, poiché dal contratto invalido o non concluso non sorgeva alcun diritto all'adempimento. In questo senso, la rivendicazione del risarcimento risultava "limitata" a quelle conseguenze svantaggiose che la parte avrebbe evitato se non avesse avviato la trattativa, in seguito interrotta o approdata a una stipula invalida. Nella teorizzazione di Jhering, la nozione di interesse negativo veniva così contrapposta a quella di interesse positivo¹⁷ sebbene tale differenza si esplicasse su quella che è stata definita "reciproca diversità direzionale"¹⁸ della condotta diligente piuttosto che sul piano qualitativo. Invero, l'interesse positivo richiede una condotta diligente in funzione dell'acquisizione del valore e delle utilità inerenti alla prestazione contrattuale; l'interesse negativo implica l'osservanza di un comportamento improntato a buona fede, volto a impedire una trattativa infruttuosa e pregiudizievole. Di conseguenza, secondo tale impostazione, il risarcimento dell'interesse negativo non incontrava alcun limite nella quantificazione del danno da ristorare, potendo ben eguagliare, se non addirittura superare, il risarcimento conseguibile a titolo di interesse positivo, qualora il vantaggio che la parte avrebbe potuto ottenere dalla mancata occasione di concludere un diverso contratto sarebbe stato superiore a quello che le sarebbe derivato se avesse stipulato un negozio valido¹⁹.

¹⁶ In tal modo, l'espressione stessa di "*negatives Vertragsinteresse*" assurgeva al compito di circoscrivere l'area del danno risarcibile a fronte della diversa (ma simmetrica) situazione dell'inadempimento della prestazione originaria da un contratto validamente ed efficacemente concluso, alla quale si riferisce la differente espressione di interesse positivo (c.d. *positives Vertragsinteresse*). Conformemente, M. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 501.

¹⁷ L'interesse positivo è connesso all'esigenza di un esatto adempimento di quanto pattuito tra le parti con il contratto, per cui la mancata esecuzione di esso genera una pretesa risarcitoria finalizzata al conseguimento del surrogato dell'infruttuosa negoziazione.

¹⁸ C. TURCO, *op. cit.*, p. 418.

¹⁹ G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 405; C. TURCO, *op. cit.*, p. 418; R. SACCO, *op. cit.*, p. 664; F. BENATTI, *op. cit.*, p. 9.

La nostra dottrina²⁰ è sul punto non unanime nell'accogliere l'affermazione secondo cui l'interesse negativo possa superare quello positivo.

Già nell'ambito del codice previgente, fonti dottrinarie sostengono che tale assunto fu accolto in virtù del fatto che chi avesse subito la rottura di una trattativa o avesse concluso un contratto invalido avrebbe potuto trascurare un affare più lucroso di quello da cui l'illecito ha avuto origine²¹. Al contrario un orientamento dottrinario²² ha ritenuto di poter affermare l'irrilevanza della questione non essendo mai stata espressamente valutata dalla giurisprudenza. Invero, non sembra essersi mai palesato il caso in cui un giudice abbia dovuto decidere se l'interesse negativo, vantato dalla parte nel corso di una trattativa, fosse superiore all'interesse positivo. Tuttavia sul versante giurisprudenziale sembra che sia stata superata la considerazione per cui l'interesse negativo sia "ontologicamente" inferiore a quello positivo, dovendo il danno essere comprensivo delle due voci di danno emergente e di lucro cessante, qualora sia conseguenza diretta e immediata dell'illecito (*ex art. 1223 c.c.*)²³.

2. L'individuazione dell'interesse oggetto di tutela.

Nel paragrafo precedente abbiamo preliminarmente asserito come l'intera area della responsabilità precontrattuale e del danno risarcibile non consiste nell'intero pregiudizio risentito dalla controparte, bensì nel cosiddetto interesse negativo. In particolare, il danno risarcibile nei limiti dell'interesse negativo deriva dal

²⁰Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175; G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 405; C. TURCO, *op. cit.*, p. 418; A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004, p. 334; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 15 e ss; P. GALLO, *op. cit.*, p. 334; F. MESSINEO, *Contratto in genere*, II, Milano, 1972, p. 304; R. SACCO – G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 576; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987, p. 741.

²¹In questi termini si esprime G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 805. In senso analogo, F. GALGANO, *op. cit.*, p. 636 e ss; V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1274; C. TURCO, *op. cit.*, p. 419; ID., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 373 e ss.; G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1121 e ss., il quale analizza una serie di ipotesi in cui l'interesse negativo possa eguagliare o superare quello positivo. Cfr. altresì P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, *op. cit.*, p. 526 e ss.

²²R. SACCO, *op. cit.*, p. 664 e ss.

²³Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contr.*, 2012, p. 244 commentata da F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*.

pregiudizio che si è avuto nell'aver confidato nella conclusione di un contratto che, in realtà, o non è mai stato stipulato, o era invalido o inefficace, oppure si è concluso a condizioni diverse da quelle che erano le reali intenzioni delle parti.

Per interesse negativo abbiamo definito, quindi, il danno subito dalla parte per effetto del comportamento non corretto della controparte, allorché da tale condotta, il contraente di buona fede abbia subito un danno, quali le spese sostenute nell'affrontare le trattative e il mancato vantaggio eventualmente acquisibile attraverso altre trattative cui avrebbe potuto dedicarsi, se non fosse risultato impegnato da quelle poi rivelatesi purtroppo infruttuose.

Alcuni autori²⁴ hanno ritenuto peraltro come oggetto della tutela risarcitoria sia anche la libertà a non essere coinvolto in trattative prenegoziali inutili nonché, la libertà a non assumere delle determinazioni negoziali (se stipulare o meno un contratto e determinarne il contenuto) senza coartazioni, inganni sviamenti, scorrettezze. In questo caso l'evento lesivo non è costituito dalla mancata conclusione del contratto, ma dall'inizio delle trattative che non dovevano essere avviate o dal protrarsi di trattative che dovevano, invece, essere interrotte.

In relazione all'affermazione secondo la quale l'interesse negativo²⁵ “*comprende i danni rappresentati dalle spese, dalle occasioni perdute di stringere un altro valido contratto, con l'attività sprecata nella trattativa e sottratta ad altre utili applicazioni*”, la giurisprudenza è andata a quantificare tale interesse nelle spese sostenute. In sostanza l'interesse negativo dovrebbe garantire al danneggiato il diritto ad essere posto nella medesima condizione economica in cui si sarebbe trovato se non avesse contrattato con il danneggiante²⁶.

Per quanto riguarda le spese da risarcire, una parte della dottrina²⁷ ha specificato come l'obbligo di risarcimento del danno non si estende tuttavia a tutte le spese sostenute durante il corso della trattativa, ma riguarda esclusivamente tutto ciò che

²⁴Per tutti cfr., N. SAPONE, *op. cit.*, p. 75.

²⁵Fra tutti v., F. BENATTI, *op. cit.*, pp. 1-11, secondo il quale se si passa all'esame concreto di ciò che s'intende per interesse negativo è facile asserire che per interesse negativo si indica “solo un'espressione meramente descrittiva per indicare il danno nascente dalla violazione dei doveri precontrattuali e non presenta alcun valore in ordine all'entità di tale danno e ai criteri attraverso cui debba essere specificato”.

²⁶Cfr. P. G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, p. 469.

²⁷Cfr. G. AFFERNI, *op. cit.*, p. 80.

non può essere recuperato, con uno sforzo ragionevole, dopo il fallimento della trattativa stessa²⁸.

L'interesse in considerazione consegue, quindi, all'incolpevole affidamento della parte, che confidando sul buon esito delle trattative, omette di impegnarsi in altre simili attività, subendo così un danno che da un punto di vista patrimoniale si misura anche con i mancati guadagni che presumibilmente sarebbero stati realizzati ove l'interesse contrattuale della parte fosse stato meglio impiegato in trattative serie e caratterizzate da correttezza e buona fede.

Una particolare ipotesi esaminata dalla giurisprudenza riguarda poi la figura del c.d. *falsus procurator*, allorquando stipuli un contratto con un soggetto in buona fede²⁹. In questo caso il danno risarcibile ex art. 1398 c.c., subito dal contraente che abbia confidato senza colpa nella validità del contratto concluso dal *falsus procurator* si limita al c.d. interesse negativo e risiede oltre che nelle spese e nelle perdite strettamente dipendenti dalle trattative, anche nel vantaggio conseguibile dal contraente in buona fede per il tramite di altre contrattazioni e non del lucro ricavabile dall'adempimento del contratto³⁰.

La responsabilità risarcitoria del *falsus procurator*, ai sensi dell'art. 1398 c.c., postula la conclusione di un contratto (idoneo a produrre effetti in capo al rappresentato a seguito di ratifica da parte del medesimo) e, pertanto, nel caso, ad esempio, di preliminare di compravendita immobiliare, non è configurabile rispetto ad accordi carenti della dovuta forma scritta³¹.

²⁸ Si veda Cass. civ. 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, p. 2, secondo la quale “*la parte interessata a dare in locazione un immobile che faccia installare a proprie spese un impianto di riscaldamento non può normalmente pretendere il risarcimento di queste spese*”. In tal caso l'installazione dell'impianto, ha aumentato il valore dell'immobile. Il proprietario potrà trarre beneficio da questo aumento di valore utilizzando direttamente il bene, oppure vendendolo o dandolo in locazione ad un terzo ad un prezzo o ad un canone più elevato. Se il proprietario ottenesse il risarcimento anche di queste spese, esso verrebbe messo per effetto del riscaldamento in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se non avesse confidato nel buon esito della trattativa. Si è aggiunto però che il giudice, in casi eccezionali potrà concedere il risarcimento anche di queste spese, ad esempio, se le condizioni di mercato sono tali da far ritenere che il proprietario non sia in grado di recuperare quanto investito nella valorizzazione del bene. In tali casi, le spese sono state inutili. In ogni caso, si deve ritenere che l'onere di provare la mancata conclusione del contratto ha reso inutile una certa spesa (e quindi anche che le condizioni di mercato erano tali da non consentire di recuperare quanto investito per valorizzare un bene), gravi sulla parte che agisce per il risarcimento del danno.

²⁹ Cfr. A. SAGNA, *op. cit.*, p. 335.

³⁰ Cfr. *Idem*, p. 334. In giurisprudenza v., Cass. civ. 29 marzo 1995, n. 3691, in *Giust. civ.*, 1995, p.

713.

³¹ Cfr. Cass. civ. 27 agosto 1990, n. 8831, in *Mass. Giur. civ.*, 1991, p. 2.

Una voce dottrina ha peraltro spiegato come mentre la responsabilità del *falsus procurator* nei confronti del terzo contraente incolpevole è disciplinato *ex art.* 1398 c.c., nessuna espressa disposizione contempla la responsabilità del terzo contraente nei confronti dello pseudo rappresentato, ingiustamente danneggiato dalla stipulazione del contratto a suo falso nome; da ciò ne consegue l'applicabilità a tale diverso rapporto del generale divieto di *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., necessitando inoltre la prova del dolo o della colpa³². La domanda risarcitoria del contraente di buona fede avrà ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno che lo stesso ha subito per essere stato impegnato nelle trattative e per avere, in questo modo, sostenuto delle spese con conseguenziale perdita di diverse e migliori opportunità.

Da ultimo, il danno dell'interesse negativo si distingue rispetto all'interesse positivo, in quanto, come più volte già ricordato, quest'ultimo è diretto all'esecuzione del contratto. Il danno, in tale ipotesi, è rappresentato dalla perdita che il soggetto avrebbe evitato (danno emergente) e dal vantaggio economico che avrebbe conseguito (lucro cessante) se il contratto fosse stato conseguito.

Diverso quindi dall'interesse negativo, ove invece il danno consiste nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione o nella validità del contratto ovvero per avere stipulato un contratto che senza l'altrui illecita ingerenza non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse³³.

In particolare, nei casi di rottura ingiustificata delle trattative o stipulazione di un contratto invalido o inefficace, il soggetto avrà inoltre diritto al risarcimento del danno consistente nelle spese inutilmente erogate e nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali³⁴.

³²Cfr. A. SAGNA, *op. cit.*, p. 335.

³³Cfr. Cass. civ. 20 agosto 1980, n. 4942, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, p. 2095 e ss., secondo cui in materia di responsabilità precontrattuale, che sorge nel caso di ingiustificato recesso di una parte delle trattative quando nell'altra sia già insorto un ragionevole affidamento nella conclusione del negozio. La norma di cui all'art. 1337 c.c., tutela tale aspettativa solo nei limiti del cosiddetto interesse negativo, consistente sia nelle spese inutilmente sostenute nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia nella perdita di ulteriori occasioni per la mancata conclusione, nei riguardi di altri possibili stipulanti, di un contratto dello stesso oggetto altrettanto o più vantaggioso di quello non concluso e, pertanto, non può essere invocato per il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati o dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con l'esecuzione del contratto.

³⁴Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 176.

3. Il rapporto tra l'interesse negativo e l'interesse positivo.

Dalle considerazioni fino a qui svolte abbiamo visto come dall'interesse negativo si distingue l'interesse cd. positivo, ossia l'interesse all'esecuzione del rapporto contrattuale: in caso di lesione di tale forma di interesse, il risarcimento del danno è commisurato all'utilità che si sarebbe ricavata qualora non si fosse verificato l'inadempimento dell'obbligazione (*ex contractu*).

Ampiamente dibattuta è stata la questione di stabilire se il risarcimento riconosciuto in caso di lesione dell'interesse negativo potesse superare quantitativamente il risarcimento che sarebbe riconosciuto in caso di lesione dell'interesse positivo, ovvero se il primo debba necessariamente essere inferiore al secondo. Sul punto, si distinguono due orientamenti: secondo parte della dottrina, l'interesse negativo può superare l'interesse positivo, in particolare quando il vantaggio che un soggetto avrebbe potuto ricavare dalla chance perduta sarebbe stato superiore al vantaggio che sarebbe derivato dalla positiva conclusione delle trattative, poi disattese; secondo altra parte, invece, l'interesse negativo non può mai essere superiore a quanto si sarebbe conseguito con l'esecuzione del contratto (all'interesse positivo), per ragioni di carattere equitativo e di ordine pubblico.

Ampiamente discusso³⁵ è se è possibile trarre da tali premesse un principio certo secondo il quale il danno subito a titolo di interesse negativo non può mai essere superiore al danno subito a titolo di interesse positivo; oppure se l'interesse positivo assurga a limite invalicabile nella determinazione del *quantum* del risarcimento correlato all'interesse negativo; e se quindi l'interesse positivo sia *naturaliter* quantitativamente maggiore rispetto all'interesse negativo. In tale ottica è l'opinione della Suprema Corte la quale nell'illustrare la differenza tra l'azione *ex art. 1337 c.c.* e quella proposta *ex art. 1358 c.c.*, per comportamento contrario a buona fede in pendenza di condizione, ha precisato come mentre nel

³⁵ Cfr. P. G. MONATERI, *op. cit.*, p. 470, il quale rileva come la questione se l'interesse negativo possa essere superiore a quello positivo non è mai stata espressamente affrontata dalla giurisprudenza, per il semplice motivo che nessun giudice ha mai dovuto giudicare di un caso nel quale l'interesse negativo (cioè le spese sostenute, le perdute occasioni e l'attività sottratta ad altre utili applicazioni, nel corso delle trattative) fosse superiore all'interesse positivo (cioè al vantaggio che la parte avrebbe conseguito se il contratto si fosse concluso).

primo caso il danno risarcibile è limitato all'interesse contrattuale negativo, nel secondo invece si misura dal contenuto, qualitativamente diverso.

In dottrina, non è mancato chi ha cercato di mettere in crisi la nota distinzione tra interesse positivo e interesse negativo, in quanto le stesse non indicano specifiche tipologie di interessi giuridicamente protetti, non essendo altro che formule descrittive che non valgono ad escludere aprioristicamente che in tema di responsabilità precontrattuale i criteri di risarcimento del danno siano informati al c.d. interesse contrattuale positivo³⁶.

La giurisprudenza più recente³⁷, ha cercato poi di tenere ben presente l'esigenza di una rigorosa “distinzione direzionale”³⁸, tra area dell'interesse positivo e area dell'interesse negativo, ed in particolare ha sottolineato che in tema di responsabilità *ex art. 1337 del c.c.*, l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso di ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative devono svolgersi correttamente.

³⁶Cfr. A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo e dell'interesse positivo nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 792, il quale aggiunge che il concetto di *culpa in contrahendo* indica una serie aperta di illeciti di varia natura, la cui caratteristica comune è data unicamente dalla modalità cronologica della condotta lesiva, ossia dal verificarsi di questa nella fase delle trattative o della formazione del contratto.

³⁷Cfr. Cass. civ. 10 giugno 2005, n. 12313, in *Guida al diritto*, 2005, p. 28 e 78, secondo cui “in tema di responsabilità *ex art. 1337 c.c.* l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso di ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute”.

³⁸L'espressione (propria di C. TURCO, *op. cit.*, p. 418) sta ad indicare la specularità dei due tipi di interesse (positivo e negativo) che pur tuttavia incidono su due ambiti differenti: l'interesse positivo implica un comportamento diligente in funzione dell'adempimento della prestazione; l'interesse negativo implica un comportamento conforme a buona fede in funzione di una regolare e corretta trattazione.

Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute.

Tale contrapposizione, se da un lato appare coerente con la contrapposizione tra obbligo di protezione, quale oggetto del contegno dovuto in sede di responsabilità precontrattuale, ed obbligo di prestazione, quale oggetto della condotta dovuta in sede di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente, dall'altro lato non può però essere intesa nel senso di una necessaria misura inferiore dell'obbligo risarcitorio conseguente ad una violazione di obblighi precontrattuali rispetto a quelli contrattuali, ben potendo accadere che sia avviata una trattativa nella prospettiva della conclusione di un affare idoneo a determinare un certo vantaggio patrimoniale e, dunque, con un corrispondente investimento, laddove a posteriori il possibile profitto si palesa comunque inferiore; allo stesso modo non si può comunque trascurare l'ipotesi dell'affare cui ci si volge per ragioni diverse da quelle dell'immediata convenienza patrimoniale.

Non v'è dubbio, tuttavia, che il rimedio risarcitorio per responsabilità precontrattuale nasca sul terreno della violazione di un obbligo di protezione della sfera della controparte a non essere coinvolta in trattative inutili.

Nel concludere possiamo ricordare come parte della dottrina ha affermato che l'interesse negativo può essere più elevato rispetto all'interesse positivo quando il vantaggio che una persona avrebbe potuto ricavare dalla mancata occasione di concludere un diverso contratto, sarebbe stato superiore a quello che sarebbe derivato se avesse stipulato un negozio valido³⁹. Tale conclusione, appoggiata da taluni autori⁴⁰, si basa sulla constatazione che non esiste alcuna norma

³⁹ Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, op. cit., p. 306.

⁴⁰ Cfr. V. CUFFARO, op. cit., p. 1274; A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p. 305; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, op. cit., p. 19.

dell'ordinamento italiano che limiti nel modo anzidetto la risarcibilità dell'interesse negativo.

4. Il risarcimento nelle due voci di danno: il danno emergente e il lucro cessante.

A questo punto bisogna precisare che l'interesse negativo è risarcibile (così come accade per l'interesse positivo) nelle due componenti del danno emergente e del lucro cessante.

In particolare, il lucro cessante consiste nelle perdite sofferte dalla parte per non aver usufruito di altre occasioni presentatesi durante il corso delle trattative, e cioè per non aver concluso un altro contratto identico o simile a quello per cui furono intavolate le trattative⁴¹.

È interessante notare come, nel corso del tempo, il contenuto del lucro cessante si è ulteriormente esteso all'interno della responsabilità precontrattuale, includendo in esso il pregiudizio economico derivante dalla rinuncia a stipulare un contratto di contenuto diverso rispetto a quello per cui sia stata intavolata la trattativa. E' noto il caso di una trattativa intercorsa tra due società per la stipula di un contratto di noleggio di motonave, sfumata a causa dell'offerta di un'altra società, che si dichiarò disponibile all'acquisto della stessa; la Cassazione nel caso *de quo* aveva concluso per la rilevanza della mancata conclusione del contratto di tipo diverso rispetto a quello concluso, atteso che il danno consisteva nella rinuncia alla conclusione di altri contratti, indipendentemente dalla loro tipologia, ciò a condizione che fosse stata accertata la sussistenza di un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative e la mancata conclusione degli ulteriori affari da parte dell'altro contraente.

Sempre la Suprema Corte di legittimità⁴² identificava il lucro cessante con le perdite per “*la mancata conclusione di altre trattative dalle quali il contraente era stato distolto*”; sull'assunto che tra interesse negativo e interesse positivo sussista una divergenza non quantitativa ma sostanziale, data dalla diversità dell'interesse protetto e dell'illecito posto a fondamento della domanda

⁴¹Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.* 1977, p. 1961.

⁴²Cfr. Cass. civ. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Contr.*, 2005, p. 262.

risarcitoria⁴³. In generale si può asserire che il lucro cessante attiene alla perdita di ulteriori trattative che sarebbe stato possibile concludere se non si fosse sprecato tempo ed energie nella trattativa rimasta senza esito ovvero culminata nel contratto invalido⁴⁴.

Esaminando invece il contenuto del danno emergente, lo stesso si specifica nelle spese sostenute nel corso della trattativa (i viaggi, i prospetti di preventivo, i costi di progettazione, i compensi a tecnici specializzati il cui intervento è stato necessario per comprendere problematiche di speciale complessità), nelle ulteriori spese che siano state sopportate in previsione della prestazione (l'assunzione di maestranze specializzate, l'approntamento di attrezzature particolari *etc.*)⁴⁵. Tuttavia, meno dettagliato, risulta essere il profilo degli eventuali limiti alla pretesa di risarcimento delle spese. Può trattarsi, infatti, di spese palesemente inutili o eccessive (ad esempio, un attore che acquista un costoso abito da scena per fare una bella figura alla rappresentazione) o di spese di carattere voluttuario. Nell'ambito di queste ultime, si pensi, ad esempio, alle spese sostenute dalla parte per l'affitto di una prestigiosa limousine per recarsi all'appuntamento con la controparte, o alle spese effettuate per dare un lussuoso ricevimento o ancora alle spese effettuate in regali per la controparte⁴⁶. Appare, dunque, evidente come il discorso sulle spese sia alquanto complesso e non sia possibile ritenere che tutte le spese effettuate nel corso delle trattative possano essere risarcite a titolo di interesse negativo. Invero, sono risarcibili, ai sensi dell'art. 1227, 2° co., c.c., soltanto quelle spese ragionevoli e comunque non evitabili con l'ordinaria diligenza.

⁴³ Già prima dell'emanazione del codice civile del 1942 si affermava che “interesse negativo e interesse positivo costituiscono due categorie che attengono a due successive fasi contrattuali, la fase di formazione della fattispecie complessa e rispettivamente, la fase in cui sia oramai sorto il rapporto fondamentale definitivo”. Cfr. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*, p. 282, per il quale l'interesse negativo non è funzionale all'acquisizione dei beni o delle prestazioni oggetto del contratto (interesse positivo) ed alla loro successiva utilizzazione alternativa del bene o della prestazione impegnati nella trattativa. Fa invece riferimento alla “diversa tipologia degli interessi che nell'uno e nell'altro ambito, trovano protezione”. G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, p. 87, secondo i quali le espressioni non sono comparabili facendo riferimento a danni concettualmente distinti in quanto derivanti da illeciti tra loro diversi

⁴⁴ Cfr. Cass. civ. 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189; Cass. civ. 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 1283.

⁴⁵ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁶ Gli esempi sono stati citati da P. GALLO, *op. cit.*, p. 348.

Tanto danno emergente quanto lucro cessante devono essere considerati quali conseguenza immediata e diretta rispetto alla mancata stipulazione del contratto, secondo la disposizione di cui all'art. 1223⁴⁷ c.c.

Si dovrà poi tenere in considerazione anche la valenza delle occasioni alternative perse in seguito ad una trattativa inutile. In altri termini non è possibile dedurre automaticamente la possibilità di concludere un contratto quantomeno identico a quello perso, pretendendo di essere risarciti in base al guadagno che si sarebbe realizzato.

Nessun risarcimento dell'interesse positivo viene riconosciuto per il lucro che si sarebbe ottenuto se il contratto si fosse concluso. Tra le parti non è sorto, infatti, alcun vincolo contrattuale né tantomeno si può equiparare la fase che precede il perfezionamento del contratto a quella che lo segue.

A tal proposito, abbiamo visto in precedenza, come la parte cui sia addebitabile una responsabilità precontrattuale per *culpa in contrahendo* risponde di tutti i danni causati all'altra, purché siano in stretta dipendenza (c.d. nesso di causalità) delle trattative e della prospettiva di una futura conclusione del contratto. Peraltro, a proposito del nesso di causalità, tra il contegno lesivo dell'altrui affidamento e i danni causati alla controparte, si rileva la sua importanza riconosciuta altresì dalla giurisprudenza⁴⁸. In particolare, il nesso eziologico, oltre a porsi come limite alla pretesa risarcitoria (nel senso che delimita la richiesta di risarcimento attinente all'interesse negativo), consente di affrontare il tema del grado di affidamento necessario per far scattare il rimedio risarcitorio. Più precisamente, si ritengono, infatti, risarcibili quelle spese che siano direttamente collegate all'affidamento da un rapporto eziologico, e cioè abbiano avuto origine a causa del sorgere dell'affidamento stesso⁴⁹.

Ferma la necessità della sussistenza del c.d. nesso eziologico tra il danno e l'ingiustificata rottura delle trattative, la liquidazione del danno va effettuata sulla base del disposto normativo di cui all'art. 1223 c.c., con conseguente risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante. La prima voce di danno (danno

⁴⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 483.

⁴⁸ Cass. civ. 30 agosto 1995, n. 9157, in *Mass. Giur. civ.*, p. 1568; Cass. civ. 12 marzo 1993, n. 2973, in *Foro it.*, p. 956.

⁴⁹ Per ulteriori approfondimenti cfr., A. SAGNA, *op. cit.*, p. 131 e ss.

emergente) sarà, quindi, costituita dalle perdite sofferte dal contraente che invoca la responsabilità; mentre la seconda (lucro cessante) sarà costituita dalla perdita della possibilità di concludere il contratto con un soggetto diverso dal recedente, e, quindi, dal conseguente pregiudizio economico che ne deriva. Non è per contro risarcibile il c.d. interesse positivo, da intendersi come interesse della parte all'adempimento del contratto, atteso che lo stesso postula, per l'appunto, la valida conclusione del medesimo⁵⁰. Tale tipologia di danno, pertanto, si inserisce in un momento successivo rispetto alle trattative, dando altresì luogo alla diversa tipologia di responsabilità contrattuale.

5. Il risarcimento del danno nelle ipotesi del recesso dalle trattative e della conclusione di un contratto invalido.

Come regola generale è noto come la parte che ha subito la mancata conclusione di un contratto non può pretendere il risarcimento di un danno commisurato al proprio interesse positivo, ovvero, non può pretendere di essere messa per effetto del risarcimento nella posizione in cui si sarebbe trovata se avesse concluso il contratto per le quali erano in corso delle trattative⁵¹. Ciascuna parte è, infatti, libera di recedere dalla trattativa sino al momento in cui il contratto non si è concluso, senza peraltro incorrere in alcun tipo di responsabilità.

Ed invero se si ammette che, sino al momento della conclusione del contratto e nelle forme eventualmente richieste dalla legge, il recesso dalle trattative è libero, la mancata conclusione del contratto stesso non può creare un danno ingiusto, imputabile alla parte che ha causato il fallimento della trattativa⁵². In effetti, sino alla conclusione del contratto il recesso non è illecito di per sé; la parte che recede esercita un diritto anch'esso tutelato dal nostro ordinamento giuridico.

Lo svolgimento delle trattative non comporta alcun obbligo di contrarre, e il contraente conserva il potere di revocare la propria proposta o la propria accettazione fino a quando il contratto non è concluso. L'esercizio di tale potere non comporta una violazione di un obbligo di comportamento.

⁵⁰ Cfr. Cass. Civ., sez II, 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, p. 3009.

⁵¹ Cfr. Cass. civ. 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 349; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250; G. AFFERNI, *op. cit.*, p. 125 ss.

⁵² Cfr. G. AFFERNI, *op. cit.*, p. 121.

La responsabilità del soggetto deriva piuttosto dall'aver tenuto, durante le trattative, un comportamento caratterizzato da dolo o colpa, tale da indurre l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto; ovvero quando ad esempio, inizia una trattativa senza avere però intenzione di concludere la stessa, ma al solo fine di ottenere dalla controparte una valutazione imparziale del bene offerto, oppure di indurre la stessa a svolgere una certa attività e non altra (c.d. trattativa maliziosa)⁵³. Di conseguenza, sebbene l'art. 1337 c.c., non lo preveda espressamente, si ritiene che il risarcimento del danno sia commisurato all'interesse negativo, comprensivo delle spese inutilmente erogate e della perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

La funzione della responsabilità in caso di condotta dolosa o colposa del convenuto sarà, pertanto, non solo quella di sanzionare il soggetto che ha tenuto una condotta illecita durante la trattativa ma anche di compensare la vittima del danno sofferto a causa di tale condotta⁵⁴. Vi è da aggiungere che nel caso specifico di dolo o colpa del convenuto, poiché manca di norma il nesso di causalità materiale tra condotta illecita e mancata conclusione del contratto, la responsabilità di tale soggetto è affermata, non per il fatto del recesso dalla trattativa, ma per le modalità con cui esso è stato esercitato, oppure per le modalità con cui è stata condotta la trattativa⁵⁵.

La mancanza del nesso causale è evidente nel caso in cui la responsabilità precontrattuale sia affermata in presenza di una condotta dolosa o colposa del convenuto, consistente ad esempio nell'aver simulato l'esistenza di una trattativa per scopi diversi dalla conclusione del contratto, oppure l'aver informato la controparte con colpevole ritardo della propria decisione di recedere dal contratto. In tali casi, la condotta rimproverata al convenuto non ha causato, la mancata conclusione del contratto, determinatasi per avere voluto recedere⁵⁶. Diverso è nel

⁵³ Cfr. G. MERUZZI, *op. cit.*, p. 315 e ss.

⁵⁴ Cfr. P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 90 ss.; ID., *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 53 e ss.

⁵⁵ Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 172. Il comportamento doloso sussiste quando il soggetto inizia o prosegue le trattative pur avendo intenzione di non concludere il contratto. Una trattativa per scopi diversi dalla conclusione del contratto, oppure l'aver informato controparte con colpevole ritardo della propria decisione di recedere dal contratto.

⁵⁶ Cfr. G. AFFERNI, *op. cit.*, p. 122; ID., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, *op. cit.*, p. 476.

caso di responsabilità precontrattuale oggettiva da recesso ingiustificato dalla trattativa, laddove invece sussiste un nesso di causalità naturale, ove la mancata conclusione del contratto è stata causata, da un punto di vista materiale o naturalistico, dalla decisione di recedere. A differenza della responsabilità precontrattuale fondata sul dolo o sulla colpa, dove ricordiamo la responsabilità deriva non per il fatto stesso del recesso, ma per le modalità dolose o colpose che hanno preceduto o accompagnato il recesso, la responsabilità oggettiva viene affermata proprio per il fatto del recesso senza giustificato motivo.

E' necessario inoltre che la parte che ha subito il recesso abbia confidato nella futura conclusione del contratto.

In effetti, in questi casi, se il convenuto non avesse receduto senza giustificato motivo dalla trattativa, si deve supporre che il contratto sarebbe stato concluso. La certezza pratica della futura conclusione del contratto costituisce il presupposto fondamentale per l'operare di questo tipo di responsabilità. Si deve aggiungere che la funzione principale della responsabilità per recesso ingiustificato dalla trattativa è quella di spostare sulla parte che recede dalla trattativa (o che abbia dato giustificato motivo alla controparte di recedere) il rischio della mancata conclusione del contratto. In questo modo, quando la futura conclusione del contratto è divenuta un fatto praticamente certo, le parti della trattativa sono incentivate a sostenere quegli investimenti che sono mutualmente benefici, nel senso che aumentano il valore del futuro contratto, e che possono essere sostenuti utilmente nella sola fase antecedente la sua conclusione. Inoltre, questa responsabilità è conforme ad equità, dal momento che essa consente che le conseguenze negative del recesso non rimangano sulla parte che ha modificato la propria posizione confidando nella futura conclusione del contratto, ma siano poste a carico della parte cui è imputabile il fallimento della trattativa⁵⁷.

E' altresì vero che la funzione della responsabilità precontrattuale da affidamento non consiste nell'impedire il recesso, il quale è lecito sino alla conclusione del contratto, ma consiste nel tutelare l'affidamento della parte che ha subito il recesso. A questo proposito, è necessario e sufficiente risarcire il solo danno commisurato all'interesse negativo (il c.d. danno da affidamento), mentre unica

⁵⁷ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 182;

eccezione per non incorrere in alcun tipo di responsabilità è il caso in cui la parte che recede dalla trattativa abbia avuto un giustificato motivo per recedere⁵⁸.

A questo si aggiunga che obbligare il soggetto che recede a risarcire all'altra parte il danno commisurato all'interesse positivo, avrebbe l'effetto di interferire con la stessa libertà di questi a non concludere il contratto. La parte interessata a recedere dovrebbe pertanto pagare un prezzo troppo elevato per poter esercitare il proprio diritto. Nel caso in cui la responsabilità precontrattuale si sia affermata per avere il convenuto rifiutato di concludere un contratto con la forma prescritta dalla legge, la condanna a risarcire il danno commisurato all'interesse positivo avrebbe, invece, l'effetto di svuotare la funzione del requisito della forma scritta per la validità, il quale, come si è detto, è anche di consentire alle parti che hanno dato il proprio consenso solamente in forma orale di cambiare idea. In generale, l'obbligo di risarcire un danno commisurato all'interesse positivo per avere receduto dal contratto dopo che controparte ha confidato nella sua conclusione avrebbe l'effetto intollerabile di cancellare o comunque rendere irrilevante la linea di demarcazione tra la fase della trattativa e la conclusione del negozio⁵⁹.

Nel concludere possiamo aggiungere come in caso di recesso ingiustificato devono essere risarcite le sole spese sostenute e le perdite subite a partire, però, dal momento in cui si è verificato l'affidamento nella futura conclusione del contratto. Non verranno, invece, risarcite le spese sostenute e le perdite subite prima di tale momento, in quanto fino ad allora ciascuna parte ha agito a proprio rischio, assumendosi il rischio di non riuscire a recuperare quanto investito nella trattativa nel caso in cui essa non fosse andata a buon fine⁶⁰.

Non è chiaro, invece, se tra le perdite subite confidando nella futura conclusione del contratto, debba essere risarcito anche il mancato guadagno da occasioni alternative. Contro il risarcimento di questa voce di danno costante dottrina sostiene che non è opportuno premere in misura eccessiva sulla parte che, recedendo dalla trattativa, esercita il diritto di non concludere il contratto⁶¹.

⁵⁸ Si veda come non sussiste responsabilità laddove la parte recede poiché ha appreso che il contratto che si stava per concludere era illecito. Cfr. Trib. Napoli 10 febbraio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, p. 338; App. Firenze 21 dicembre 1964, in *Giur. toscana*, 1965, p. 190.

⁵⁹ Cfr. G. AFFERNI, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁰ Si veda Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1977, p. 1691; Cass. civ. 23 aprile 1977, n. 608, in *giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 430.

⁶¹ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*, p. 156.

Per quanto attiene alla differente fattispecie del risarcimento del danno da conclusione di un contratto invalido, un orientamento dottrinale ritiene che non sia un dato certo la circostanza per cui l'interesse negativo, nell'ipotesi di cui all'art. 1338 c.c., corrisponda a quello che viene in rilievo nel caso in cui non si perviene alla conclusione del negozio e il contraente lamenti una lesione da affidamento che egli aveva riposto nella buona riuscita dell'affare⁶². Trattandosi dunque di un diverso tipo di affidamento⁶³ - differente nel grado di intensità - risulta ragionevole affermare che il risarcimento del danno debba comprendere le spese e il mancato guadagno sopportati per l'esecuzione del contratto. Lo stesso Jhering aveva osservato come l'interesse negativo in tale specifica ipotesi di responsabilità precontrattuale potesse essere equivalente con l'interesse positivo, lamentato dalla parte per l'inadempimento della prestazione contrattuale⁶⁴.

Tuttavia, sebbene sia ammissibile il *quantum* nelle due voci di danno, quali le spese sostenute e il mancato guadagno, la coincidenza della quantificazione del danno risarcibile *ex art.* 1338 c.c. con quello da lesione dell'interesse positivo rimane meramente eventuale, se non addirittura esclusa, come affermato da una pronuncia giurisprudenziale della Corte di legittimità, stante "la natura dell'illecito" e la peculiare "fase contrattuale in cui si colloca"⁶⁵.

⁶²Sul punto, G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 1132.

⁶³Conformemente, Cass. civ. 26 maggio 1992, n. 6294, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 351, secondo cui "La responsabilità prevista dalla norma di cui all'art. 1338 c.c. in tema di colpa precontrattuale, a differenza della fattispecie prevista dall'art. 1337 c.c., non tutela l'affidamento di una delle parti sulla conclusione del contratto, ma l'affidamento della parte sulla validità del contratto, per cui il danno risarcibile non è in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma soltanto quello riconducibile al fatto di aver confidato nella validità del contratto".

⁶⁴Cfr. G. D'AMICO, *op. cit.*, in nota 29, p. 1133; F. BENATTI, *op. cit.*, 304; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 176, il quale sostiene che il soggetto può pretendere l'integrale risarcimento del danno, in quanto il soggetto "non lamenta la mancata o inesatta esecuzione del contratto ma piuttosto la lesione della sua libertà negoziale".

⁶⁵Cfr. Cass. civ. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Contr.*, 2005, 3, p. 262: "In tema di responsabilità precontrattuale *ex art.* 1338 c.c., tendenzialmente è dovuto l'integrale risarcimento del danno sofferto dal contraente ignaro che può venire in rilievo sia sotto il profilo del danno emergente (consistente nelle spese sopportate nel corso delle trattative) sia sotto il profilo del lucro cessante (perdite sofferte dal contraente per la mancata conclusione di altre trattative dalle quali è stato distolto) ma non è consentito per la natura dell'illecito e per la fase contrattuale in cui si colloca, il risarcimento del pregiudizio del c.d. interesse positivo all'adempimento e alla disponibilità dell'oggetto di esso, che si sarebbe avuta se il contratto fosse stato validamente concluso ed eseguito".

6. Eccezioni alla regola che esclude il risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo.

Secondo un'opinione in dottrina⁶⁶ è possibile che in talune ipotesi eccezionali la parte cui sia addebitata la responsabilità per *culpa in contrahendo* sia tenuta a risarcire il danno commisurato all'interesse positivo di controparte. Più concretamente, si pone l'accento sul nesso di causalità giuridica, cui la giurisprudenza dovrebbe dare maggior rilievo e di cui dovrebbe servirsi al fine di poter distinguere i differenti tipi di danni risarcibili nella responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto⁶⁷.

Innanzitutto, il convenuto è tenuto a risarcire il danno subito dall'altro contraente da aspettativa quando egli non aveva il diritto di non concludere il contratto. In tal caso sussiste eccezionalmente il nesso causale tra il comportamento del convenuto e il danno per la mancata conclusione del contratto.

Ciò ad esempio può accadere nell'ambito delle procedure per la conclusione di contratti pubblici, ove la giurisprudenza amministrativa condanna la Pubblica Amministrazione a risarcire al privato il danno commisurato al suo interesse positivo, per aver annullato una gara o revocato un provvedimento di aggiudicazione mediante un atto illegittimo. La Pubblica Amministrazione è tenuta, infatti, ad uniformare le sue scelte e decisioni in conformità all'interesse pubblico; pertanto non può decidere arbitrariamente se concludere o meno un contratto pubblico. Se la relativa decisione viene assunta in difformità con l'interesse pubblico, il privato può ottenere il ristoro dell'interesse positivo, mediante il quale il privato viene messo nella posizione in cui si sarebbe trovato, con certezza o con una certa probabilità, se la pubblica amministrazione non avesse adottato il provvedimento illegittimo e il contratto fosse stato concluso⁶⁸.

⁶⁶ G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, op. cit., p. 476 e ss.

⁶⁷ L'a. (G. Afferni) sostiene l'esistenza di diversi tipi di responsabilità precontrattuale, operanti sulla base di presupposti diversi, con funzioni diverse, e pertanto riconducibili a diversi tipi di danno risarcibili.

⁶⁸ Tuttavia qualora la decisione della Pubblica Amministrazione si traduca in un atto legittimo, il danno cui è tenuta a risarcire a favore del privato dovrà essere commisurato nei limiti dell'interesse negativo. In tal caso il privato viene messo nella posizione in cui si sarebbe trovato se il provvedimento della P.A. fosse stato adottato in modo corretto.

Il risarcimento del danno da aspettativa può altresì essere previsto, in presenza di determinati presupposti, qualora le parti contraenti di una trattativa abbiano manifestato la loro reciproca inclinazione alla conclusione dell'accordo negoziale, ad esempio un contratto di compravendita, ma abbiano pattuito solo taluni punti essenziali, lasciando i restanti aperti per la futura negoziazione. Qualora il contraente alieni il bene oggetto della compravendita ad un terzo si prospettano tre soluzioni per l'avente diritto al risarcimento del danno, di una è l'unica soluzione. La prima consiste nel condannare il venditore a risarcire il danno commisurato all'interesse positivo calcolato in funzione di un prezzo equo. Tale soluzione, poiché consente al giudice di sostituire la propria volontà a quella del convenuto è contraria al principio di autonomia privata, e pertanto è inaccettabile. La seconda consiste nel condannare il convenuto a risarcire un danno commisurato all'interesse positivo calcolato in funzione del prezzo più favorevole al convenuto tra i vari possibili prezzi che avrebbero potuto essere determinati all'esito della trattativa. La terza soluzione, invece, consiste nel condannare il venditore al risarcimento del danno commisurato al solo interesse negativo del compratore, costituito dalle spese sostenute per aver confidato nella futura conclusione del contratto.

Secondo il riportato orientamento dottrinale, non appare utile stabilire in maniera aprioristica quale delle ultime due soluzioni sia da accogliere. Infatti, si ritiene preferibile che la scelta tra le due ipotesi di risarcimento venga effettuata dal giudice, il quale deve analizzare di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, alla luce del nesso di causalità giuridica. L'esempio sopracitato di risarcimento del danno da aspettativa costituisce un'ipotesi, se pur eccezionale, in cui sembra possibile commisurare il danno "precontrattuale" all'interesse positivo dell'oblato. Tuttavia quest'ultima costituisce soltanto un'ipotesi che rimane ancora relegata alla sfera dell'eccezionalità, continuando ad avere carattere generale la regola per cui il danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale deve essere limitato all'interesse negativo della parte.

7. Il risarcimento del danno nell'ipotesi di conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole.

Nel corso della nostra esposizione si è evidenziato come, di regola, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1338 c.c.* presupponga la mancata stipulazione di un contratto, o la stipulazione di un contratto invalido.

Per molto tempo, parte della giurisprudenza ha sostenuto tale tesi, considerando l'avvenuta conclusione del contratto come preclusiva per l'affermazione di un giudizio di responsabilità contrattuale, a nulla rilevando l'eventuale danno rappresentato dalla conclusione di un negozio a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti avesse tenuto un comportamento secondo le norme di buona fede e di correttezza.

Con il passar del tempo, tuttavia, tale rigidità di pensiero si è attenuata, prevedendosi dapprima che l'intervenuta conclusione di un contratto potesse escludere l'obbligo risarcitorio, per violazione del dovere di correttezza, nel caso di responsabilità conseguente ad ingiustificata rottura delle trattative. Nelle altre ipotesi, invece, laddove si era in presenza di un comportamento contrario a buona fede, l'eventuale stipulazione di un contratto non aveva efficacia sanante, poiché non atteneva ad una responsabilità precontrattuale. In tal caso, la giurisprudenza costante⁶⁹, aveva più volte ribadito e specificato come la violazione della regola posta dall'art. 1337 c. c. assumeva rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (art. 1338 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere fosse stato valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (come nel caso del dolo incidente (*ex art. 1440 c. c.*)).

In tal caso, poi, sul fronte prettamente risarcitorio, il risarcimento del danno derivante da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il ben noto c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, avuto esclusivo riguardo all'interesse della parte vittima del

⁶⁹ Cfr. Cass. civ. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, p. 11005.

comportamento doloso o, comunque non conforme a buona fede, a non essere coinvolta nelle trattative, in quanto in tale ipotesi il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto. Ne consegue che, in tale ipotesi, il risarcimento deve essere ragguagliato al “minor vantaggio o al maggiore aggravio economico” determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento “da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”.

In altri termini, quindi, la stipulazione di un contratto valido ed efficace non costituisce un limite alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, a condizione tuttavia che il danno trovi il suo fondamento, non già nell'inadempimento di un'obbligazione derivante dal contratto, ma nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto medesimo.

Se l'art. 1338 c.c. disciplina espressamente la responsabilità precontrattuale nell'ipotesi in cui sia stato concluso un contratto invalido (o inefficace), non molto dice in ordine al caso in cui il contratto sia stato validamente concluso, ma a condizioni diverse da quelle che sarebbero state pattuite qualora, nel periodo antecedente alla sua conclusione, fosse stato rispettato l'obbligo di informazione, non già delle cause di invalidità del contratto, ma delle circostanze e degli elementi che abbiano inciso sulla rappresentazione del contenuto del contratto⁷⁰.

La giurisprudenza è d'accordo nel ritenere che la conclusione del contratto escluda, di per sé, la possibilità di una responsabilità precontrattuale, essendo essa limitata alle ipotesi di mancata conclusione del contratto per causa non imputabile ad una delle parti, ovvero alla stipulazione di un contratto invalido⁷¹. Tale

⁷⁰ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 12 marzo 1993 n. 2973, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 483. Nell'ambito della responsabilità precontrattuale il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo comprende anche i casi in cui il pregiudizio economico che derivi all'altro contraente si concreti nella 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 contraenti.

⁷¹ Si ricordi come la tutela risarcitoria anche nel caso di perdita di occasione a stipulare un contratto avente contenuto diverso rispetto a quello non concluso e per il quale si erano svolte le trattative è stata riconosciuta per la prima volta da Cass. civ. 12 marzo 1993, n. 2973 in *Nuova*

posizione è stata ripresa più volte specificandosi come “*la stipulazione del contratto preclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., non rilevando ai fini dell’applicazione della predetta norma il danno concretantesi nella conclusione di un negozio a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti avesse tenuto un comportamento conforme a buona fede*”⁷².

Tale affermazione, ha pertanto, escluso la configurabilità della responsabilità precontrattuale, nell’ipotesi in cui il contratto sia stato validamente concluso, pur se l’iter formativo sia stato inficiato dalla violazione del principio di buona fede.

Di contro, nel contestare tale conclusione, si è affermato che l’ampia formulazione di cui all’art. 1337 c.c., consente di allargare l’ambito della responsabilità precontrattuale anche ai casi in cui la violazione del principio della buona fede non abbia inciso sulla validità del contratto⁷³. La *ratio* della norma è, infatti, quella di estendere la responsabilità precontrattuale ad ogni ipotesi di trasgressione della regola che impone di tenere un comportamento leale nel corso delle trattative.

Del resto un orientamento dottrinale⁷⁴ propende per l’affermazione secondo la quale l’interesse negativo non rappresenta un elemento che da solo identifichi la responsabilità precontrattuale, costituendo invece una figura generale nell’ambito della responsabilità civile. Cosicché vi sono fattispecie relative alla formazione del contratto, quale è quella di cui all’art. 1440 c.c., in cui sembrerebbe emergere l’interesse positivo⁷⁵. Conseguentemente all’infuori dell’ipotesi di responsabilità

giur. civ. comm., 1994, I, pp. 120 – 124, secondo cui “*La responsabilità precontrattuale prevista dall’art. 1337 cod. civ., coprendo nei limiti del c.d. interesse negativo, tutte le conseguenze immediate e dirette della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase preparatoria del contratto, secondo i criteri stabiliti dagli artt. 1223 e 2056 cod. civ., si estende al danno per il pregiudizio economico derivante dalle rinunce a stipulare un contratto, ancorché a contenuto diverso, rispetto a quello per cui si erano svolte le trattative, se la sua mancata conclusione si manifesti come conseguenza immediata e diretta del comportamento della controparte, che ha lasciato cadere le trattative quando queste erano giunte al punto di creare un ragionevole affidamento nella conclusione positiva di esse*”.

⁷² Cfr. Cass. civ., 16 aprile 1994, n. 3621, in *Resp. Civ. prev.*, 1994, p. 1085.

⁷³ Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁴ Cfr. G. GRISI, *op. cit.*

⁷⁵ Secondo l’impostazione tradizionale la risarcibilità dei danni da *culpa in contrahendo* è ammessa nei limiti del c.d. “interesse negativo”, ossia dell’interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative infruttuose o a non concludere un contratto invalido. Tuttavia la presenza di un contratto valido ed efficace non consente di qualificare come infruttuose le trattative che lo hanno preceduto di talché appare difficile determinare i danni cagionati secondo la formula

per recesso delle trattative o della conclusione di un contratto invalido, la violazione della regola della buona fede comporterà una normale azione risarcitoria, svincolata dal riferimento ad un interesse contrattuale positivo o negativo⁷⁶.

dell'interesse negativo. Si pone dunque il problema di una corretta interpretazione della fattispecie normativa che sappia superare l'ostacolo della connessione tra responsabilità precontrattuale e interesse negativo. Secondo una parte della dottrina si dovrebbe applicare la formula dell'interesse positivo, nonostante la responsabilità precontrattuale del *deceptor*. Tale teoria, però, si scontra con l'assunto che l'interesse positivo è un interesse all'adempimento e nel caso dell'art. 1440 c.c. non vi è un inadempimento in senso stretto. Invero un'attenta dottrina ha parlato di criterio analogo a quello valevole per l'inadempimento (C. M. BIANCA, *op cit.*, p. 628). Altra dottrina invece ritiene che si debba ricostruire l'illecito in termini contrattuali qualificando come negativo l'interesse del contraente leso, è la tesi di chi pone in evidenza la "diretta incidenza normativamente sancita della lesione dell'interesse negativo sul contenuto e sull'attuazione dell'operazione negoziale" (C. TURCO *op. cit.*, p. 270). Tale impostazione appare compatibile con quanti sostengono la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Tuttavia non porta a escludere l'esistenza della responsabilità precontrattuale ma si limita a riconoscerle una fonte obbligatoria di origine legale (I. FEDERICI, *op. cit.*, p. 195) invero con riguardo al dolo incidente la responsabilità del *deceptor* rimane precontrattuale e il danno va commisurato all'interesse negativo non riguardando l'inadempimento di un'obbligazione di prestare ma quella di trattare in buona fede (R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 675). In particolare è interessante rilevare l'opinione di una dottrina (I. FEDERICI, *op. cit.*, p. 201 e ss.) che, rifacendosi al codice previgente - in cui, pur in assenza di un'espressa disciplina sul dolo incidente, era possibile esperire una sorta di rettifica volta a fondare la diminuzione della prestazione promessa, oltre al risarcimento del danno - concepisce l'art. 1440 c.c. come fondante un rimedio non meramente risarcitorio bensì un meccanismo perequativo. Più concretamente, secondo tale orientamento, è significativo che l'articolo in esame non parli di risarcimento del danno ma si limiti a prevedere che il contraente in mala fede risponde dei danni. Ciò aprirebbe la strada ad altri rimedi risarcitori come la rettifica prevista dall'art. 1432 c.c., per effetto della quale il contraente non in errore può evitare l'annullamento del contratto offrendo di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che l'altra parte intendeva concludere. Peraltro, secondo un'altra voce in dottrina (G. D'AMICO, *Regole di validità*, *op cit.*, p. 130) le analogie con il rimedio di cui all'art. 1440 c.c. sembrano accentuate dalla circostanza che anche la rettifica presuppone la natura incidentale dell'errore, giacché l'art. 1432 c.c. fa riferimento a situazioni nelle quali la parte in errore avrebbe stipulato il contratto sia pure a condizioni diverse da quelle effettivamente pattuite.

⁷⁶ Cfr. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974, p. 217.

Indice bibliografico

ACHILLE D., *Contratto di intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione: tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1462 e ss.

AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

AFFERNI G., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini G., Padova, 2009.

AFFERNI G., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 472.

ALBANESE U., *Massime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Milano, 1993.

ALPA G., *Dizionario di diritto privato*, Genova, 1982.

ALPA G. – BESSONE M., *Elementi di diritto privato*, Roma, 2001.

ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, II ed., Torino, 2001.

ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2011.

ALPA G., *Corso di diritto contrattuale*, Padova, 2006.

ANDO' B., *Ritardo nella conclusione del contratto e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002.

BATÀ A. – CARBONE V. – DE GENNARO M. V. – TRAVAGLINO G., *La prescrizione e la decadenza, Struttura e funzioni – rassegna completa di giurisprudenza*, III ed., Milano, 2008.

BELLOMIA V., *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile e, del consumatore e di impresa*, Milano, 2002.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*; introduzioni di G. Perlingieri e F. Festi – Riproduzione anastatica, Napoli, 2012 (Riproduzione dell'edizione: Milano, 1963).

BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 287 e ss.

BENATTI F., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, pp. 1- 11.

BENATTI F., *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1101 e ss.

BESSONE M., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2010.

BIANCA C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., Milano, 2000.

BIANCA C. M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, II ed., Milano, 2012.

BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 205 e ss.

BIGLIAZZI GERI L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, 1988.

BIGLIAZZI GERI L.– BRECCIA U.– BUSNELLI F.– NATOLI U., *Diritto civile*, vol. III, Torino, 1989.

CARBONE V., *Mutamenti giurisprudenziali della tradizionale limitazione della tutela precontrattuale*, in *Corriere giur.* 1993.

CARINGELLA F., *Contratti – Normativa e giurisprudenza ragionata*, con la collaborazione di Cameriero L., Milano, 2008.

CARINGELLA F. – DE MARZO G., *Manuale di diritto civile*, III, Milano,

2008. CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1987.

CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale di informazione*, in *Temi*, Napoli, 1990.

CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

CENDON P., *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon P., Milano, 2009.

CIRILLO P., *Responsabilità precontrattuale*, Roma, 2010.

CONFORTI M., *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*,

2009. CORRADI E., *Buona fede, responsabilità precontrattuale, integrazione, interpretazione*, Torino,

2000. COVIELLO L., *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filandieri*, 1900.

CRISCUOLI G., *Il criterio discretivo tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del seminario giuridico di Palermo*, 1957, p. 233.

CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1988.

D'AMICO G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato: contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo V., Milano, 2006.

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, I, 2011, p. 650 e

ss. DE CUPIS A., *Il danno*, I, Milano, 1979.

DELLA NEGRA F., *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità* - Commento a Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contratti*, 2012, p. 235 e ss.

DE MAURO A. – FORTINGUERRA F. – TOMMASI S., *La responsabilità precontrattuale*, II ed., Padova, 2007.

DIANA A. G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000. DI

DONNA L., *Obblighi informativi precontrattuali: La tutela del consumatore*, Milano, 2008.

DIENER M. C., *Il contratto in generale*, Milano, 2011.

DI MAJO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI MAJO A., *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, di Bessone M., Torino, 2009.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p.

560, DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1866.

FAGGELLA G., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, II ed. completamente riveduta e ampliata, Roma, 1918.

FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto, Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010.

FAVA P., *Il contratto*, Milano, 2012.

FAVA P., *Le obbligazioni*, I, Milano, 2008.

FEDELI F., *Correttezza e buona fede*, in *Le obbligazioni*, a cura di P. Fava, Milano,

2008. FEDERICI I., *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010.

FRANCIOSI M. L., *Trattative due diligence: tra culpa in contrahendo e contratto*, Milano, 2009. FRANZONI

M., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. dir. civ.*, 2004, p. 295 e ss.

FRANZONI M., *La correttezza e la buona fede*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale* (1173-1320 c.c.), Torino, 2004.

FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, II ed., Milano, 2010.

FRANZONI M., *La responsabilità precontrattuale è, dunque, "contrattuale"?*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 283 e ss.

FUNAIOLI G. B., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 747.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, *Le Obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in genere, Contratti in genere*, Padova, 1999.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010.

GALLO P., *Contratto e buona fede*, Roma, 2009.

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 295 e

ss. GALLO P., *Trattato del contratto*, Torino, 2010.

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006.

GALLO P., *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999.

GAMBARO A. – MORELLO U., *Lezioni di diritto civile- Casi, questioni e tecniche argomentative*, Milano, 2012.

GAROFALO L., *Trattato delle obbligazioni*, III, Padova, 2010.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XV ed. aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Napoli, 2011.

GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, 1993.

GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung*, Munchen, 1997.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

INNELLI C., *Dolo incidente*, in *Giust. civ.*, II, 2006, p. 390.

JHERING, R. V., *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi, Napoli, 2005 (pubbl. originariamente in *Jahrbucher fur die dogmatik des heutigen romischen und deutschen privatrechts*, 1861).

LAMBRINI P., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010.

LIBERATI A., *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici: danni patrimoniali e non patrimoniali*, con la collaborazione di A. Reggio D'Acì e di M. Reggio D'Acì, Torino, 2009.

LIUZZO E., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995.

LOI M. L. – TESSITORE F., *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975.

LUMINOSO A., *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, sotto il titolo di *culpa in contrahendo*.

MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Palermo, 1999.

MARTINI R., *Appunti di diritto romano*, II ed., Padova, 2007.

MENGONI L., *Sulla natura del responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MERUZZI G., *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. I, Padova, 2009.

MESSINEO F., *Contratto in genere*, II, Milano, 1972.

MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 924 e ss.

MIRIELLO C., *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace ma pregiudizievole*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 648 e ss.

MONATERI G.P., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998.

MONATERI G.P., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998.

MONTARULI V., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 2005.

MOSCO L., *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III.

- NATUCCI A., *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.
- PALMIERI D., *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999. PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993.
- PATTI G., *Art. 1337: Trattative e responsabilità precontrattuale*, in *Commentario Schlesinger*, continuato da F. D. Busnelli, Milano, 1993.
- PATTI S., *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2010.
- PELLECCHIA E., *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Il diritto civile tra principi e regole*, di F. D. Busnelli, Milano, 2008.
- PEREZ W., *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, Catania, 1996.
- PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003.
- PIETROBON V., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969.
- PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.
- PIGNATARO G., *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999.
- PIGNATARO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Contratti*, a cura di P. Cendon, Torino, 2000.
- PRANDI F., *Culpa in contrahendo e responsabilità per recesso*, in *Giur. it.*, 1972.
- PROCCHI F., *Licet emptio non teneat: alle origini delle moderne teoriche sulla culpa in contrahendo*, Padova, 2012.
- PULICI E., *La responsabilità extracontrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione: questioni processuali*, Milano, 2009.
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000.
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, Milano, 1974.
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del dir.*, Milano 1979, p. 133 e ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del diritto*, Milano, 1969.
- ROMANO S., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 683 e ss. ROPPO V., *Il contratto*, II ed., Milano, 2011.
- ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari ai contratti in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006.
- ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., Torino, 2000.
- SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, III ed., in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004. SACCO R., *Le fonti dell'obbligazione*, 3, in *La responsabilità civile*, Torino, 1998.

SAGNA A., *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004.

SALEILLES R. – FELIX R. S. – S. MARIA C. V., *Dalla responsabilità precontrattuale a proposito di un nuovo studio sulla materia*, 1988 (sul front.: traduzione dal francese, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1907, 697 – Già pubbl. in Corte d'Appello, f.5, 1908).

SCHLESINGER P., *Diritto privato*, appunti dalle lezioni del prof. P. Schlesinger, raccolti da G. Vaciago, Milano, 1963.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generali*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970.

SCOGNAMIGLIO R., *La conclusione e la rappresentanza*, in *Il contratto in generale – Obbligazioni*, vol. III, diretto da Lipari N. e Rescigno P. coordinato da Zoppini A., Milano, 2009.

SGROI R., *Trattative e responsabilità precontrattuale*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, libro IV, Delle obbligazioni (artt. 1321-1361)*, a cura di Ruperto C. e Sgroi R. con il coordinamento di Ruperto S., Milano, 2011

SOLIDUORO MARUOTTI L., *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009.

STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1997.

STOLFI G., *Colpa "in contrahendo" e prescrizione*, nota a Cass. 12 gennaio 1954, in *Foro it.*, p. 432 e ss.

THIENE A., *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, Padova, 2009.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1999.

TRIMARCHI V. M., *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958.

TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

TURCO C., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007.

TURCO C., *Lezioni di diritto privato*, Milano, 2011.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

VISINTINI G., *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.