

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 2 2019



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).
Finito di stampare nel mese di giugno del 2019.

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris I Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti - Università di Macerata

Gianni Santucci - Università di Trento

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma

Dott.ssa Maria Teresa Capozza - “Lumsa” di Roma

Dott. Matteo Carnì - “Lumsa” di Roma

Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna

Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Silvia Capasso

APPUNTI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE*

SOMMARIO: 1. Origini e definizione: Jhering e codici. – 2. Natura della responsabilità precontrattuale (e ripercussioni pratiche della sua qualificazione): aquiliana, contrattuale, *tertium genus*. – 3. Il risarcimento del danno: dal mero interesse negativo all'interesse positivo. – 4. Applicazioni ed evoluzioni giurisprudenziali. – 4.1. Il contatto sociale. – 4.2. I vizi incompleti del contratto.

Far riferimento alla responsabilità precontrattuale significa riflettere sulla eventuale lesione dell'autonomia negoziale in una peculiarissima fase, quella delle trattative, a causa di comportamenti scorretti. Quale sia il parametro per valutare la scorrettezza è l'interrogativo che riguarda tanto il passato quanto il presente e proprio la buona fede può rappresentare l'anello di congiunzione attraverso i secoli. L'ordinamento romano manifesta una graduale propensione, soprattutto durante la compravendita, a valutare il contegno tenuto dalle parti durante e dopo la contrattazione. Centrale, a riguardo, è l'ampio concetto di *fides*¹, portatrice di una valutazione valoriale e moralizzante del contegno delle parti che si eleva a parametro giuridico. Sebbene manchi l'attenzione al recesso ingiustificato dalle trattative, è proprio il concetto stoico di umana solidarietà e correttezza che fa venire alla luce gli illeciti prenegoziali, riconducibili sia a condotte attive² sia omissive³. Le prime si possono manifestare in mendacio o in raggiri posti in essere dal venditore, purché il contratto sia però giunto a conclusione (espressione questa del pragmatismo che carat-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ C. BEDUSCHI, *I profili giudiziali della fides* (2009), in *Scritti scelti*, a cura di L. NOGLER, G. SANTUCCI, Napoli, 2017, p. 231 ss.

² Cic. *off.* 3.14.58-60.

³ D. 18.1.62.1 (Mod. 5 *reg.*). Sul tema si v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2008, p. 1 ss.

terizza le strutture giuridiche romane, rifuggendo così mere astrazioni prive di effetti concreti) o anche in omesse informazioni relative ad una ragione di totale inutilizzabilità del bene; le seconde, invece, si declinano sia in relazione al silenzio del venditore, ossia alla sua reticenza⁴, sia ai beni mobili e immobili⁵. La diversa maturità della riflessione sulla *bona fides*⁶ del venditore si può cogliere anche rispetto ai diversi meccanismi sanzionatori, rapportati o alla natura del bene, o a difetti, talvolta tassativamente determinati. Valutare dunque le modalità ed i limiti di un'eventuale doverosità sottostante alla *fides* rappresenta lo snodo centrale tanto antico quanto attuale, per rintracciare il fondamento della possibile coercizione⁷. Nella codificazione decemvirale delle XII Tavole, infatti, la reticenza rileva nell'unica ipotesi di vendita di cosa altrui, ma senza porre l'accento sull'indagine dell'elemento soggettivo: attraverso l'*actio auctoritatis* si veniva condannati al doppio del valore del bene evitto in sede giudiziale⁸. Una prima vera previsione di responsabilità precontrattuale, sebbene non generalizzata ma vincolata a tassative ipotesi di vizi, si ottiene nella giurisdizione degli edili curuli che prevede o la risoluzione del contratto con l'*actio redhibitoria*⁹, o la sua esecuzione attraverso l'*actio quanti minoris*¹⁰, che ammette la riduzione

⁴ Val. Max. 8.2.1. L'episodio è quello di una compravendita di un bene immobile, un'abitazione in tal caso. L'alienante, nelle more di un ordine di demolizione al quale non intende piegarsi, vende il bene: lo sfortunato acquirente adempie parzialmente all'ordine demolitorio degli àuguri, ma venendo a conoscenza della reticenza del precedente proprietario, lo cita in giudizio con l'*actio empti*, ottenendo il risarcimento del danno. La presenza, così, di una riflessione sul contegno prenegoziale delle parti può essere desunta proprio da tale fonte, in quanto è la buona fede lesa nelle trattative a costituire il parametro di riferimento.

⁵ Cic. *off.* 3.16.65-67.

⁶ C.A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali* (2003), in *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. VACCA, Torino, 2014, p. 181 ss.

⁷ C. BEDUSCHI, *I profili giudiziari della fides*, cit., p. 244.

⁸ P.S. 2.17.3.

⁹ Si v. L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis'*, Milano, 1994, *passim*.

¹⁰ L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria e i 'bonae fidei iudicia'*, Milano, 1960, *passim*.

del prezzo in virtù del deprezzamento del bene causato dalla presenza di vizi taciuti del bene. Il presupposto dunque della sua applicazione era l'obbligo del venditore di comunicare, alla parte debole del rapporto, gli eventuali vizi della cosa. Una tutela residuale, per tutte quelle ipotesi non riconducibili alla previsione degli edili curuli, viene data attraverso l'estensione dell'*actio empti*¹¹ per ottenere il risarcimento del danno subito¹², in quanto il venditore era a conoscenza del difetto del bene e avrebbe così violato la *bona fides*. Per quanto riguarda invece le condotte attive relative alla fase prenegoziale, esse verranno gradualmente assorbite nella tutela contro il dolo contrattuale, purché il contratto sia stato concluso e possa essere oggetto di valutazione, alla luce del comportamento dell'agente. Il criterio di responsabilità diventa la valutazione del contegno delle parti delineando così un rapporto antitetico, seppur riguardante il medesimo parametro soggettivo, della *fides (bona)* e del *dolus (malus)*¹³.

1. *Origini e definizione: Jhering e codici*

Per inquadrare il tema della responsabilità precontrattuale bisogna comprenderne il contesto in cui si inserisce e successivamente far emergere gli eventuali snodi problematici. A tal proposito potrebbe essere utile partire dal significato da attribuire ai termini in questione. *In primis* il lemma 'responsabilità', che deriva dal verbo latino *re-spondeo*, evoca la volontarietà (*sponte*) dell'atto di pronunciare parole con cui si promette a propria volta, in diversi ambiti applicativi che vanno, almeno nel diritto romano, da quello obbligatorio a quel-

¹¹ N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, *passim*.

¹² C.A. CANNATA, *Il danno risarcibile nel diritto romano* (2011), in *Scritti scelti di diritto romano*, III, cit., p. 145 ss.

¹³ C.A. CANNATA, *La bona fides e strutture processuali*, cit., p. 192, sottolinea come «*bona fides e mala fides, cioè dolus malus*» siano «due facce dello stesso Gianò: [...] individuano due zone complementari» la cui tutela è affidata all'*ars boni et aequi* del giudice.

lo processuale¹⁴. Nel momento in cui viene recepito nelle codificazioni liberali europee, si assiste ad un'astrazione del termine che va a connotare contegni di funzionari pubblici e più in generale situazioni rientranti nel diritto pubblico, facendo emergere il legame tra comportamento volontario, dovere di darne conto e conseguenze, soprattutto risarcitorie, nei confronti dei soggetti lesi. Quest'ultimo aspetto apre nuovamente la strada verso il diritto privato, branca dove il concetto di responsabilità progressivamente si qualifica in relazione a specifiche situazioni. Il problema di individuazione del soggetto responsabile diventa il fondamento della riflessione, riconnesso al «nesso responsabilità-autonomia»¹⁵, dal momento che tale indicatore lessicale e concettuale non è portatore in sé di una sanzione, ma determina un accollo di conseguenze che devono essere sopportate in virtù del presupposto iniziale della volontarietà. Ecco dunque che ritorna il concetto di responsabilità riconnesso alla doverosità obbligatoria, sulla base però di presupposti non predefiniti, ma modulabili in relazione ai molteplici spazi di espansione dell'autonomia privata. Proprio per qualificare dunque il concetto neutro di responsabilità, è necessario affiancare un aggettivo, che, nel nostro caso, è 'pre-contrattuale'. Ancora una volta può essere utile riflettere sui termini: il prefisso 'pre' indica un momento temporalmente antecedente rispetto ad un altro (che in riferimento al nostro tema sarebbe quello 'contrattuale'), quest'ultimo evidentemente connotato da maggiore certezza, tale da poter costituire il termine di paragone anche per il secondo. La conclusione del contratto, infatti, rappresenta l'inevitabile punto di svolta che attribuisce certa tutela giuridica alle parti contraenti, sia in relazione all'adempimento – sulla base di quanto le stesse hanno volontariamente stabilito –, che rispetto agli elementi costitutivi del vincolo, questi tassativamente previ-

¹⁴ S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa, responsabilità*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano* (Copanello 4-7 giugno 1990), a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1992, p. 161 ss. L'A. riflette sul significato del termine 'responsabilità' partendo dal diritto romano, per poi allargare l'angolo visuale al contesto europeo di *common* e *civil law*.

¹⁵ Così ancora S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa, responsabilità*, cit., p. 187.

sti dal legislatore all'art. 1218 c.c. Si creano dunque diritti e obblighi reciproci rapportati alla prestazione, al contegno, alle aspettative che ciascun contraente può rivendicare nei confronti dell'altro, azionando tutele giuridiche previste in modo certo dall'ordinamento giuridico. Queste considerazioni non possono con la stessa facilità ricondursi alla fase delle trattative, in quanto nel nostro ordinamento giuridico non esiste una norma che definisce in maniera specifica quale debba essere il contegno delle parti nella fase antecedente alla conclusione del contratto, ma l'attuale art. 1337 c.c. genericamente si riferisce alla 'buona fede'. Proprio tale concetto rappresenta il fulcro della riflessione: da un lato bisogna chiedersi quale contenuto attribuire ad esso, dall'altro se sia possibile riscontrare un'attitudine di tale norma a creare vincoli obbligatori, già nella fase delle trattative. Rispondere a tali interrogativi significa indagare su eventuali obblighi di comportamento, fino ad arrivare ad una valutazione degli effetti in caso di violazione. Il problema, dunque, si sposta sul riconoscimento di una rilevanza giuridica delle trattative. In tale fase le parti si orientano, pongono in essere comportamenti collegati solo in potenza alla formazione del contratto – che non è detto giunga a conclusione – attraverso il reciproco scambio di informazioni utili per valutare la convenienza dell'affare. Il riportare i propri interessi alla rappresentazione fattuale, che va delineandosi gradualmente attraverso progressivi elementi utili¹⁶, connota tale fase prodromica alla formazione del contratto. La peculiarità di questo momento complesso – ma che forse troppo semplicisticamente il legislatore oggi riconduce alla clausola elastica e generale della buona fede – è data senza dubbio dall'assenza del vincolo contrattuale, circostanza, tuttavia, che non fa venir meno l'interesse alla lealtà e alla serietà nell'interazione fra le parti del futuro ed eventuale contratto¹⁷. Chiedersi quale debba essere il contegno da tenere nella

¹⁶ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», in *Commentario del codice civile*, a cura di A. SCIALOJA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1972, p. 206.

¹⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, II, *Trattato di Diritto privato*, a cura di G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 2011, p. 167; così R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 200.

fase delle trattative significa, da un lato dare rilevanza ad un vincolo contrattuale *in fieri*, dall'altro preoccuparsi di tutelare – e forse delimitare – l'autonomia contrattuale, di giudizio e di scelta¹⁸ delle parti.

Le radici di tale interrogativo risalgono al diritto romano, ma è Rudolf von Jhering¹⁹ nel 1861, interpretando alcuni passi dei *Digesta*²⁰, che si fece precursore del riconoscimento della moderna responsabilità precontrattuale – seppur limitata entro specifici confini – riflettendo sull'alienazione di *res extra commercium*: un contratto invalido, in quanto avente ad oggetto beni non commerciabili, legittimava l'esperimento dell'*actio empti* al fine di tutelare giuridicamente l'acquirente, che avrebbe così potuto richiedere l'adempimento della prestazione o il risarcimento del danno prodotto derivante dall'aver legittimamente confidato nella validità del vincolo. La nullità del contratto non avrebbe fatto dunque venir meno gli effetti risarcitori fondati su una presunzione di colpa. L'alienante, infatti, avrebbe dovuto diligentemente informarsi sulla presenza dei requisiti di validità del contratto e l'aver ingenerato affidamento nella controparte circa la validità dell'accordo avrebbe giustificato il risarcimento, temporalmente collegato alla fase delle trattative²¹. Ecco come si delinea la riflessione sulla *culpa* che lo stesso autore definisce – in maniera innovativa rispetto

¹⁸ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 200 ss.

¹⁹ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, p. 1 ss. Cfr. F. PROCCHI, *Nota di lettura*, in R. VON JHERING, *Della 'culpa in contrahendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it., Napoli, 2005, *passim*.

²⁰ D. 18.1.62.1 (Mod. 5 *reg.*); D. 18.4.8.9 (Iav. 2 *ex Plautio*); I. 3.23.5; D. 11.7.8.1 (Ulp. 25 *ad ed.*); D. 18.4.9 (Paul. 33 *ad ed.*). Sul tema, di recente, si v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 10 ss.; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, I, a cura di R. FIORI, Napoli, 2011, p. 97 ss.

²¹ Cfr. G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, p. 84; G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, a cura di L. VIOLA, Matelica, 2007, p. 69 ss.

alla dottrina prevalente che monoliticamente affermava l'irrisarcibilità dell'errore ostativo²² – *in contrahendo*, proprio perché la sua fonte è ravvisabile nella lesione della *diligentia* contrattuale, che si estende anche alla fase precedente alla contrattazione. La rilevanza del contegno tenuto dalle parti, nonostante la nullità del contratto, identifica questo tipo di elemento soggettivo come «*culpa* contrattuale in una particolare direzione»²³, perché è la colpa che diviene il «criterio di imputazione della particolare forma di responsabilità contrattuale», si eleva a «fondamento giuridico e a movente legislativo»²⁴. Viene cioè alla luce un vero e proprio «patto tacito di responsabilità» legato alla situazione concreta di avvio delle trattative, che si porrebbe come presupposto di tutti quegli obblighi di correttezza, buona fede – e dunque di *diligentia* – rientranti in tale tacita condivisione. La violazione del contegno doveroso avrebbe dato luogo a questa forma peculiare di responsabilità precontrattuale, ma comunque ricollegabile con il vincolo del contratto invalido o comunque non perfetto. L'autore, infatti, dopo aver sostenuto l'impossibilità classificatoria di tale responsabilità come extracontrattuale²⁵, declina questo collegamento intrinseco della *culpa* al contratto, attraverso la rilevanza dell'affidamento verso lo stesso vincolo, sebbene ancora *in fieri*, tanto da giustificare la tutela risarcitoria. Chiarito il

²² F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 2010, p. 9 ss.; ID., *'Licet emptio non teneat'. Alle origini delle moderne teorie sulla cd. 'culpa in contrahendo'*, Padova, 2012, p. 11, nt. 12.

²³ G. SARLO, *Culpa in contrahendo e responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici*, in *Giustizia amministrativa. Rivista di diritto pubblico*, 18 novembre 2011, in <https://www.academia.edu>.

²⁴ Così F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali*, cit., p. 25.

²⁵ F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali*, cit., p. 12 ss., ripercorre le argomentazioni proposte da Jhering nel 1861: l'impossibile applicazione della *lex Aquilia* si fondava sulla sua circoscritta operatività legata solo al danno prodotto attraverso un'attività fisica diretta verso il *corpus* altrui, causando la distruzione della cosa materiale in proprietà. Anche l'*actio de dolo* risultava dunque impraticabile, perché presupponeva il comportamento doloso.

presupposto del risarcimento del danno, Jhering si preoccupò della sua quantificazione attraverso l'elaborazione della nozione di interesse negativo precontrattuale, ravvisabile cioè nella perdita delle occasioni che l'inutile contrattazione avrebbe determinato, situazione alla quale aggiungere le spese eventualmente sostenute²⁶. Egli operò dunque una bipartizione: mentre l'interesse positivo riguardava esclusivamente il contratto valido, quello negativo atteneva all'invalidità del vincolo.

La riflessione di Jhering, sebbene non portò alla codificazione di tale principio nel codice civile del 1865, trovò spazio in parte della dottrina italiana²⁷ che, attraverso una discussa *fictio iuris*, ravvisava la presenza di quello stesso patto tacito, che l'autore tedesco aveva teorizzato, tra le parti in trattativa, che avrebbe richiesto la medesima diligenza propria dell'adempimento del contratto²⁸, seppur esclusivamente rapportato alle condizioni di validità dello stesso²⁹. Un secondo orientamento dottrinale, invece, incentrò la propria riflessione sul fondamento dell'obbligo risarcitorio, identificato nella violazione della buona fede e nell'affidamento ingenerato, e poi disatteso, nei confronti dell'altro contraente. L'attenzione verso il recesso ingiustificato dalle trattative veniva rapportato al comportamento della parte³⁰.

²⁶ Cfr. M. FRATINI, F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, in *De iustitia. Rivista di informazione giuridica*, 2017, p. 58.

²⁷ Il panorama dottrinale italiano precedente all'entrata in vigore del codice del 1942 plasmò differenti riflessioni in relazione alla teoria di Jhering, enfatizzandone peculiari aspetti: talvolta in primo piano fu messa la responsabilità derivante dal contegno della parte in trattativa, invocando, quali fondamenti del risarcimento del danno, la buona fede e l'affidamento ingenerato nei confronti della controparte in relazione alla conclusione del contratto, soprattutto nell'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative; altre volte l'influenza della dottrina tedesca produsse la teoria del contatto sociale quale fonte di un rapporto giuridico anche nella fase delle trattative. Cfr. L. COVIELLO, *Della c.d. culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 735, e l'ampia bibliografia citata da R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 202, nt. 7, 8 e 9.

²⁸ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 201.

²⁹ G. MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, diretto da G. VISINTINI, Padova, 2009, p. 775 ss.

³⁰ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 202.

Proprio allineandosi a quest'ultimo filone dottrinale, la giurisprudenza di legittimità affrontò per la prima volta il problema di individuazione di una cornice normativa entro cui ricondurre la rottura ingiustificata delle trattative, la mancata comunicazione di una causa di invalidità del contratto e la manifestazione colposa di informazioni inesatte³¹. Nel 1925, infatti, la Corte di Cassazione³² applicò analogicamente l'art. 1151 del codice postunitario riguardante la responsabilità aquiliana esplicativa del principio del *neminem laedere*³³: la mancanza di una specifica previsione normativa indusse cioè a forzare – e forse travisare – la teoria di Jhering, individuando come norma di riferimento, alla quale ricondurre diverse condotte suscettibili di integrare la responsabilità in questione, proprio quella che teorizzava una fattispecie che lo stesso autore tedesco aveva escluso³⁴. La fortuna applicativa di tale teoria fu dovuta anche a Gabriele Faggella³⁵, il quale, ben prima della sentenza della Suprema Corte, nel dirimere l'acceso dibattito tra posizioni contrapposte – da un lato incentrate sul dogma ottocentesco dell'autonomia contrattuale, che negava ogni forma di responsabilità precontrattuale, dall'altro sull'esigenza sempre maggiore della tutela dell'affidamento dei contraenti in caso di rottura ingiustificata delle trattative – configurò la responsabilità precontrattuale come ammissibile, sebbene esclusivamente a causa del recesso ingiustificato dalle trattative, sulla base del consenso manifestato alla contrattazione e della lesione di un valore patrimoniale della controparte da identificare nelle opere prestate insieme ad eventuali esborsi³⁶.

³¹ V. CUFFARO, s.v. «Responsabilità precontrattuale», in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1265.

³² Corte di Cassazione, 6 febbraio 1925, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, p. 428 ss.

³³ G. ROTONDI, *Dalla 'lex Aquilia' all'art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1916, p. 3 ss.

³⁴ M. FRATINI, F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 58.

³⁵ G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, p. 269 ss.

³⁶ T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto privato*, 2011, p. 200, nt. 15; R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 202.

Nel codice del 1942 fu prevista una norma come l'art. 1337³⁷ che in modo innovativo, anche per il contesto giuridico europeo³⁸, considerava la buona fede come parametro adoperabile sia per la fase contrattuale che per quella delle trattative³⁹.

³⁷ Art. 1337 (*Trattative e responsabilità precontrattuale*): «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

³⁸ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, Milano, 2006, p. 983 ss. Per una riflessione comparata, cfr. F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in A. DE MAURO, F. FORTINGUERRA, S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, p. 1 ss.; V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, p. 747 ss.

³⁹ Per contestualizzare l'obbligo di correttezza e buona fede (in senso oggettivo) in riferimento alle trattative contrattuali, è utile riflettere sulle motivazioni sottese alla previsione in esame ed esplicate nella *Relazione del Ministro guardasigilli preceduta dalla relazione al disegno di legge sul 'Valore giuridico della Carta del lavoro'* (Roma 1943), p. 391. «612 – [...] L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva. Esso, riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità *in contrahendo* quando una parte conosca e non rileva all'altra l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (art. 1338; n. 638)». Si noti, dunque, come l'obbligo di comportarsi secondo buona fede si declina come 'probità', valutazione soggettiva della correttezza, insieme ad un dovere di informazione lineare e immediata, che implicitamente fa riferimento all'assenza di artificiose costruzioni ricollegabili all'ambito del dolo. A dimostrazione di come l'ideologia fascista sia fortemente radicata nelle previsioni codicistiche e, dunque anche nella stessa *Relazione*, si fa riferimento agli 'interessi delle parti' subordinati a quelli della Nazione, concezione questa antitetica a quella giusnaturalistica, che pone invece al centro il cittadino, figlio della Rivoluzione francese e portatore di diritti e doveri autonomi e preesistenti rispetto allo Stato. Lo stesso Grandi, infatti scrive: «La nostra dottrina contrappone alla figura del *citoyen* della rivoluzione francese quella concreta ed emergente del produttore, della persona che partecipa attivamente con la propria azione individuale all'azione comune di sempre maggiore aumento della potenza e del benessere della Nazione, che è la potenza e il benessere di tutti» (p. 33).

Il punto di riferimento normativo su cui incentrare la riflessione viene così spostato verso suddetta norma volutamente concepita dal legislatore come elastica⁴⁰, in quanto riconosce un generico obbligo di buona fede⁴¹ incumbente sulle parti sia nello svolgimento delle trattative che nella formazione del contratto. Ben si comprende come la considerazione proprio di suddetta norma come clausola generale, da modulare in relazione alle molteplici situazioni concrete, o – al contrario – come avente una valenza più ristretta applicabile (solo) a tassative e specifiche ipotesi, faccia mutare completamente l’atteggiamento da tenere nel compiere quel difficile bilanciamento tra obblighi di informazione e diritto al riserbo. La buona fede nell’ambito della codificazione, tuttavia, non si pone né come criterio di validità formale delle norme né come parametro di legittimità sostanziale⁴² e così l’intento del legislatore di voler moralizzare la trattativa contrattuale ha coinvolto i tribunali nel compito di applicare la norma in questione⁴³, non senza criticità.

⁴⁰ R. SACCO, *La trattativa*, in *Trattato di diritto privato*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2003⁵, p. 355; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 211, sottolinea come «l’eccedenza del contenuto deontologico» di tale norma sia il suo plusvalore: proprio la sua indeterminatezza sarebbe cioè il suo valore aggiunto.

⁴¹ Come debba identificarsi il dovere di comportarsi secondo buona fede è stato il fulcro di numerose teorie frutto della prolifica elaborazione dottrinale successiva all’emanazione del codice del 1942. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 81 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 151 ss.; F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1949, p. 822 ss., propende per la valutazione oggettiva della regola di comportamento ispirata ad elementi di rettitudine ed onestà nel trattare, così R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 204. Interessante la riflessione prospettata dall’A. in relazione alle differenze tra correttezza e buona fede, non condivisa da altri autori, quali S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 119.

⁴² Così R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino, 2004, p. 92, riprende la terminologia adoperata da M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori nell’ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese. Padova, Venezia, Treviso 14-16 giugno 2001*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, p. 23, riferita al rapporto tra la buona fede e gli ordinamenti chiusi di matrice romanistica.

⁴³ R. SACCO, *La trattativa*, cit., p. 356.

Indagare sul valore da attribuire al concetto di buona fede rappresenta il primo gradino per tentare di riempire di contenuto il dato normativo, troppo generico. Indubbiamente tale principio non va inteso come una fonte di produzione del diritto, ma più correttamente come uno «strumento che veicola valori attraverso il momento applicativo del diritto»⁴⁴. Ecco come il ruolo dei giuristi e dei tribunali manifesta tutta la sua rilevanza in questa continua interazione, che travalica i confini temporali, tra valori definiti e cristallizzati in una data realtà storica e attualizzazione dinamica, proprio attraverso lo strumento della buona fede. Anche la dottrina si inserì in tale riflessione chiarendo la rilevanza della buona fede in senso oggettivo, regola e guida del contegno delle parti in trattativa, criterio di correttezza che si fa portatore di elementi di rettitudine e di onestà nel trattare⁴⁵ e che attualizza principi e idealità solidaristiche proprie di quel modello tanto antico quanto attuale del *vir bonus*⁴⁶ romano.

Una siffatta concezione della buona fede induceva a considerare l'art. 1337 non come una cornice per i doveri di comunicazione imposti da specifiche norme, ma come una valutazione valoriale del comportamento delle parti che amplia il contenuto contrattuale⁴⁷, elemento questo – di arricchimento e adeguamento insieme – che sottolinea una continuità storica del principio di buona fede, ovviamente rapportato alle innegabili esigenze contingenti⁴⁸. La buona fede, dunque, si identificherebbe, in tal senso, con la correttezza⁴⁹.

⁴⁴ R. CARDILLI, «*Bona fides*», cit., p. 99.

⁴⁵ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 204.

⁴⁶ R. CARDILLI, «*Bona fides*», cit., p. 100; Id., «*Vir bonus* e «*bona fides*», in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio, Trani 28-29 ottobre 2011*, a cura di A. LOVATO, Bari, 2013, p. 179 ss.

⁴⁷ R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 14.

⁴⁸ Interessante la riflessione di R. CARDILLI, «*Bona fides*», cit., p. 101, che connota di relativismo la categoria della buona fede intesa come veicolo fluido di valori e che proprio in tali caratteristiche rinviene la continuità di tale principio proponendo un parallelismo tra i secoli: dall'esperienza giuridica romana del I sec. a.C. al diritto moderno codificato.

⁴⁹ V. CUFFARO, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», cit., p. 1265.

Proprio nel rintracciare gli sviluppi applicativi di tale principio, altalenanti sono stati gli atteggiamenti dottrinali in relazione alla considerazione dell'art. 1337 c.c., accompagnati da una forte indecisione giurisprudenziale già immediatamente dopo l'entrata in vigore del codice del 1942. Il tentativo era quello di dirimere un conflitto pericoloso tra le esigenze di tutelare la libertà negoziale delle parti, il diritto all'autodeterminazione, e quello di assicurare l'adeguato risarcimento del danno eventualmente subito⁵⁰ in seguito alla violazione di tale irrinunciabile principio generale fondamento dell'autonomia privata⁵¹.

La difficoltà di considerare l'art. 1337 c.c. come clausola generale – non ingabbiata dunque nei limiti dell'invalidità del contratto e della risarcibilità dell'interesse negativo – era tanto più forte nel contesto giuridico italiano in quanto, anche per ragioni di ordine storico-politico, si salutava con sfavore l'utilizzo di clausole generali da parte del legislatore. Esse si prestavano ad un'eccessiva discrezionalità applicativa, accompagnata da pregiudizi di carattere ideologico, soprattutto se inserite in una codificazione che ancora conteneva il retaggio dell'ideologia fascista⁵². Tale atteggiamento si è protratto per gli ulteriori decenni identificando l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. esclusivamente nel recesso ingiustificato dalle trattative⁵³,

⁵⁰ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 208.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Milano, 2000, p. 154 ss. L'A. ribadisce come la responsabilità precontrattuale indichi la responsabilità per lesione della libertà negoziale, identificata come interesse alla libera esplicazione dell'autonomia negoziale e tutelata dal principio generale del diritto del *neminem laedere* e dall'obbligo di buona fede inteso come canone di lealtà. Questo concetto è ora ripreso dallo stesso autore in C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018², p. 397 ss.

⁵² T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., p. 198.

⁵³ Il recesso ingiustificato dalle trattative si configura ogniqualvolta chi ha creato nella controparte un legittimo affidamento in merito alla conclusione del contratto, recede senza giustificazioni provocando un danno. Cfr. Corte di Cassazione, 14 giugno 1999, n. 5830, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 1179. In dottrina, già da una prospettiva manualistica: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 823; F. GALGANO, *Manuale di diritto privato*, II, Padova, 2004¹⁷, p. 329.

unico caso di responsabilità precontrattuale⁵⁴ intesa come ipotesi caratteristica di comportamento in male fede: la questione coinvolgeva i principi generali del contratto, dovendo tracciare i confini entro i quali il potere di decisione delle parti poteva espandersi⁵⁵. Significava dunque ridimensionare quel dogma ottocentesco della libertà negoziale che aveva profonde radici nella coscienza giuridica italiana.

Seguendo tali argomentazioni anche l'art. 1338 c.c.⁵⁶ rappresentava un'ipotesi particolare della generica previsione contenuta nell'articolo precedente in quanto andava a soffermarsi su uno specifico obbligo informativo, la cui violazione incideva sulla validità del vincolo. Già nel corso delle trattative, infatti, poteva verificarsi una lesione dell'affidamento, nel momento in cui cause di invalidità conosciute o conoscibili da una parte, non venissero diligentemente rese edotte anche all'altra. Quest'ultima, dunque, si sarebbe ritrovata ad aver stipulato un contratto invalido, pur nella convinzione del contrario, in quanto senza sua colpa aveva confidato sulla sua piena regolarità. Il riferimento all'invalidità del vincolo contenuto in questa norma specifica, andava dunque a rafforzare l'idea che anche l'art. 1337 c.c. potesse essere esclusivamente ricondotto entro tale specifico limite, che per lungo tempo ha rappresentato il principale ostacolo al pieno riconoscimento di tale norma come generale.

Ben si comprende, dunque, come il restrittivo atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza italiana fino ai nostri giorni si inserisce pienamente in tale sostrato ideologico e culturale così difficile da scalfire.

Perché la responsabilità precontrattuale fosse integrata, per lungo tempo si è ritenuto necessario che le parti fossero

⁵⁴ Corte di Cassazione, III sez., 14 febbraio 2000, n. 1632. In letteratura, cfr. V. CUFFARO, s.v. «Responsabilità precontrattuale», cit., p. 1273.

⁵⁵ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 208.

⁵⁶ Art. 1338 (*Conoscenza delle cause d'invalidità*): «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

in corso di trattative⁵⁷; che queste fossero giunte ad uno «stadio idoneo a ingenerare, nella parte che invoca l'altrui responsabilità, il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che esse fossero state interrotte, senza giustificato motivo, dalla parte cui si fosse addebitata detta responsabilità; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistessero fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. La verifica della ricorrenza di tutti tali elementi si sarebbe risolta in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivato»⁵⁸.

Le conseguenze di questa impostazione sono molteplici: da un lato comportano l'irrilevanza delle condotte omissive, ad eccezione di quelle integranti l'ipotesi di recesso ingiustificato e di quelle rientranti nell'art. 1338 c.c., dall'altro la risarcibilità del solo interesse negativo⁵⁹ ravvisabile, ad esempio, nella rinuncia ad occasioni più favorevoli in virtù dell'affidamento prodotto dalla controparte. Diventa pericolosamente irrilevante sia la buona fede nella formazione del contratto, tradendo la lettera della norma, sia la buona fede nelle trattative per apparenza ingannevoli diverse dall'affidamento nella conclusione dell'accordo⁶⁰.

⁵⁷ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 200 ss., per un'ampia visuale sulla rilevanza giuridica delle trattative contrattuali, fase precedente (e solo eventuale) rispetto alla vicenda formativa del contratto.

⁵⁸ Con tali parole la Corte di Cassazione circoscrive la responsabilità precontrattuale entro specifici confini: Corte di Cassazione, III sez., 29 marzo 2007, n. 7768. Cfr. Corte di Cassazione, sez. lav., 18 giugno 2004, n. 11438. Così anche R. SACCO, *La trattativa*, cit., p. 356, fornisce un ampio riferimento alla giurisprudenza e alla dottrina conforme sottolineando la portata ristretta della norma riferita in modo esclusivo al recesso ingiustificato delle trattative.

⁵⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 156, configura l'interesse negativo con l'interesse a non stipulare un contratto invalido o a contenuto alterato.

⁶⁰ R. SACCO, *La trattativa*, cit., p. 356 ss., propone una riflessione in merito alla trattativa maliziosa finalizzata ad uno scopo diverso dalla conclusione del contratto, facendo emergere come l'applicazione dell'art. 1337 sia pienamente attuabile, in quanto anche la più generica delle trattative crea affidamento, non certo nella conclusione del contratto, ma nella serietà della stessa.

Con un approccio ermeneutico certamente più corretto si è gradualmente andata affermando in dottrina, e poi in giurisprudenza, l'idea che il recesso ingiustificato dalle trattative fosse solo una delle possibili declinazioni della responsabilità precontrattuale. L'interrogativo di fondo di questo orientamento si incentrava sul modo in cui si dovesse manifestare il comportamento secondo buona fede, criticando dunque l'eccessiva compressione di una clausola così ampia, impropriamente relegata ad una singola fattispecie nel criterio ermeneutico precedentemente illustrato. Si palesavano gradualmente obblighi informativi ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 1338, sovvertendo da una lato il rapporto tra tale norma e l'art. 1337⁶¹, dall'altro facendo sorgere l'esigenza di definire i criteri identificativi ed i limiti.

Ecco che emerge prepotentemente quel doveroso bilanciamento, sopra accennato, tra obbligo di informazione e diritto al riserbo, tra onere di informare ed onere di informarsi, riconoscendo, all'interno del generale comportamento secondo buona fede, obblighi di correttezza, solidarietà e lealtà tra i contraenti e obblighi di protezione verso il contraente più debole. Si spiega così la considerazione dell'art. 1337 c.c. come clausola generale che impone lealtà e correttezza tra le parti⁶² all'interno del generico concetto di buona fede⁶³.

⁶¹ Cfr. *supra*, nt. 24.

⁶² Così come riporta la massima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. II, 26 aprile del 2012, n. 6526: «la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di ingiustificata rottura delle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto».

⁶³ A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, p. 72 ss.

2. *Natura della responsabilità precontrattuale (e ripercussioni pratiche della sua qualificazione): aquiliana, contrattuale, tertium genus*

La classificazione della natura della responsabilità precontrattuale, dalla quale discendono regimi giuridici differenti, rappresenta una, e forse la più grande, questione che ha coinvolto il tema che stiamo trattando. Il problema che investe tutta la disciplina, come si è tentato di ricostruire, deriva dal significato da attribuire agli obblighi di buona fede. Proprio le difficoltà di riempimento di una clausola elastica e duttile si ripercuotono sugli sviluppi pratici che un principio giuridico inevitabilmente presuppone nel momento in cui diventa operativo. La portata vasta di un concetto moralizzante, ma che rischia di diventare evanescente, risulta, così, difficile da ingabbiare in concetti e categorie probabilmente troppo rigidi⁶⁴. Ecco dunque la difficoltà di ricondurre a sistema coerente la buona fede precontrattuale, e con essa la sua violazione, in quanto da un lato gli obblighi di condotta faticano a ricondursi in quelli derivanti da contratto, che ancora in tale fase precedente non è sorto, dall'altro, si rischia di svilire la tutela nel concepire un limitato aspetto risarcitorio. I due problemi, dunque, della fonte della responsabilità e della tutela prevista, rappresentano le coordinate attraverso le quali leggere l'accesso dibattito su questo tema dell'inquadramento sistematico della responsabilità precontrattuale.

Il primo orientamento, sopra definito come restrittivo, in quanto relegava l'operatività dell'art. 1337 al solo caso del re-

⁶⁴ Di questo avviso V. CUFFARO, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», cit., p. 1266 ss., che ridimensiona fortemente l'antitetico schematismo della natura contrattuale o extracontrattuale supportato dalle tesi dottrinali e giurisprudenziali. L'A., infatti, considera quasi superfluo interrogarsi sulla natura contrattuale o extracontrattuale, in quanto «la constatata presenza di interessi e situazioni giuridiche che possono venire pregiudicati da un anomalo svolgimento delle vicende che precedono la formazione del contratto e la vigenza di una norma che a tali situazioni dà rilievo, permettendone la tutela, suggeriscono di non rifiutare a priori la possibilità di leggere nel dettato della disposizione legale una autonoma fattispecie».

cesso ingiustificato delle trattative, faceva propria la tesi della natura aquiliana, e dunque extracontrattuale⁶⁵, della responsabilità precontrattuale. L'influenza storica è palese: come si è tentato di ricostruire nel paragrafo precedente, la propensione ideologica iniziale fu proprio quella delle corti partenopee⁶⁶ di attuare la teoria di Faggella e dunque di allinearsi alla tesi della natura aquiliana in riferimento all'unico illecito precontrattuale conosciuto. Anche quando gradualmente la dottrina iniziò ad ampliare il novero delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, facendo così emergere obblighi reciproci di protezione, correttezza, lealtà e solidarietà, non si abbandonò la tesi della responsabilità extracontrattuale. Le argomentazioni a sostegno di tale posizione, che nel codice del 1942 vedeva l'art. 2043 c.c.⁶⁷ come suo fondamento normativo, riguardavano in primo luogo l'assenza del vincolo contrattuale, in quanto non ancora sorto nella fase che precede la contrattazione, in secondo luogo l'illiceità della condotta sanzionata⁶⁸, di un sog-

⁶⁵ Si v. R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975, pp. 676 e 918 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1975, p. 663; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 157 ss., propone, con una logica argomentativa *a contrario*, la tesi della responsabilità precontrattuale come aquiliana. L'A. sceglie, infatti, di esaminare tutte le argomentazioni adoperate dalla concezione contrattualistica, al fine di scardinarne i fondamenti. Cfr. inoltre D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 370 ss.; E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, IV. *Attuazione e tutela dei diritti*, III. *La responsabilità e il danno*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coord. A. ZOPPINI, Milano, 2009, p. 238 ss.

⁶⁶ Cfr. Trib. di Napoli, 31 marzo 1909; Corte di Cassazione di Napoli, 9 maggio 1917.

⁶⁷ Per una ricostruzione storica della tutela extracontrattuale, si v. G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino 2005², p. 61 ss., il quale, in *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile*, propone un confronto che cavalca i secoli tra la *lex Aquilia* e l'art. 2043 del codice civile italiano e gli altri codici civili europei.

⁶⁸ V. CUFFARO, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», cit., p. 1266. Per allargare l'angolo visuale al panorama europeo, va detto che la dottrina non italiana non rimase indifferente al dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale, a dimostrazione di come le esigenze di tutela del soggetto in trattativa travalicassero i confini nazionali. In Francia la dottrina, così come anche la giurisprudenza, dovettero sopperire al silenzio normativo, ed ancora

getto nei confronti di un altro non legato a questi da un preesistente rapporto obbligatorio, che procura un danno ingiusto. Tale costruzione, dunque, sarebbe rapportata alla lesione dell'autonomia contrattuale, come principio irrinunciabile che, se violato, andrebbe ad intaccare non solo il diritto alla libera formazione della volontà delle parti, quanto la tutela del reciproco e legittimo affidamento che proprio il concetto di buona fede preserva. Viene specificato, dai sostenitori di tale tesi, come la fase precontrattuale faccia riferimento ad un contratto non ancora concluso e dunque gli obblighi di lealtà, di correttezza e di buona fede costituirebbero una declinazione del generico concetto di non arrecare ad altri pregiudizio, un «dovere sociale»⁶⁹ che diventa effettivo solo nel momento in cui le parti si relazionano tra di loro. I soggetti in questione, dunque, non sono identificati da un particolare vincolo, ma il loro rapporto è connotato da un'attività svolta congiuntamente, una cooperazione diretta all'eventuale formazione del contratto⁷⁰. Anche ammettendo, dunque, la presenza di una relazione qualificata che genera speciali doveri di protezione reciproci, per lungo tempo si è faticato a considerare tali doveri di condotta come obbligazioni in senso proprio⁷¹, in quanto era

una volta, come del resto era accaduto in Italia, operare un bilanciamento con l'autonomia contrattuale. In merito alla natura della responsabilità in questione, diverse sono state le tesi prospettate: se una dottrina minoritaria, nel riconoscere il dovere di astenersi da comportamenti sleali, proponeva un'intermittente connotazione della responsabilità precontrattuale come contrattuale o extracontrattuale, a secondo che il contratto fosse poi giunto o meno a conclusione, per lungo tempo la responsabilità per rottura ingiustificata delle trattative è stata connotata come extracontrattuale, cfr. L. JOSSERAND, *De l'abus de droits*, Paris, 1905, *passim*. Il progressivo allargamento delle ipotesi di responsabilità precontrattuale e la nascita di oneri informativi ulteriori rispetto alle cause di invalidità del vincolo pose come *discrimen* un parametro simile all'attuale posizione della giurisprudenza italiana della 'rilevanza delle informazioni'. Nell'ipotesi di informazioni inesatte produttive di responsabilità, sarebbe imprescindibile l'ingiustizia del danno. Si v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, Paris, 1963, p. 104 ss.

⁶⁹ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 214.

⁷⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 161.

⁷¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 177.

assente l'interesse alla prestazione⁷². La violazione della libertà negoziale, sia positiva che negativa, e del diritto di autodeterminazione nella contrattazione giustificerebbe la tutela risarcitoria in virtù del danno ingiusto prodotto, quantificabile dal punto di vista patrimoniale, in quanto è il diritto assoluto all'integrità del patrimonio che viene leso da una condotta illecita causalmente orientata. Il concetto di buona fede, seguendo tale ricostruzione, si manifesterebbe, tuttavia, secondo parte della dottrina, in senso soggettivo ed extranormativo, perché posto al di fuori della norma considerata. La valutazione soggettiva della buona fede tradirebbe dunque la lettera dell'art. 1337 c.c., interpretata come riferimento ad uno stato psicologico di chi ignora di ledere l'altrui diritto⁷³ e non invece come regola di condotta.

Anche la giurisprudenza⁷⁴ ha fatto proprio tale indirizzo, allineandosi, dunque alle prevalenti tendenze in dottrina. Veniva dunque condivisa la restrittiva valutazione del sistema delle fonti delle obbligazioni nel contratto e nella condotta illecita e dannosa rilevante ex art. 2043 c.c.⁷⁵.

⁷² Si v. M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, p. 267 ss. L'A. traccia una panoramica ampia che dal diritto romano giunge ai codici europei e dunque all'esperienza italiana. Il riferimento alle nuove frontiere della responsabilità extracontrattuale, pone l'accento sull'obbligazione senza prestazione e sulla buona fede rapportata all'art. 1337 c.c. L'A. arriva alla conclusione che «[...] di illecito contrattuale si potrà parlare quando la condotta *non iure* lede un interesse giuridico configurato quale espressione di un bilanciamento di interessi realizzato attraverso il contratto. Fuori da questa ipotesi, non può che operare la responsabilità extracontrattuale e con essa la prova della lesione di un interesse giuridico» (p. 275).

⁷³ M. FRANZONI, s.v. «Buona fede (dir. civ.)», in *Enciclopedia Italiana Treccani-Diritto on line*, 2013, in <http://www.treccani.it>.

⁷⁴ A riprova di come tale orientamento si sia stratificato per molti anni è possibile dunque passare in rassegna numerose sentenze: cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 23 aprile 1947, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, III, Roma, 1947, p. 430; Corte di Cassazione, 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro italiano*, 1972, col. 2088; Corte di Cassazione, 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1994, col. 285; Corte di Cassazione, sez. lav., 7 maggio 2004, n. 8723; Corte di Cassazione, sez. III, 12 marzo 2008, n. 6633.

⁷⁵ F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 111; C. CASTRONOVO, *L'obbl-*

Indubbiamente i risvolti pratici di tale collocazione classificatoria non sono di poco conto, in quanto coinvolgono importanti effetti sui quali a breve ci soffermeremo. Non mancano, tuttavia, riflessioni dottrinali che tendono a ridimensionare la diversità del regime giuridico, in quanto le due forme di responsabilità tenderebbero ad avvicinarsi soprattutto per quanto attiene al profilo sostanziale e al grado di responsabilità⁷⁶. Tralasciando tale ultima posizione, innegabili sono le differenze di regime. Primo fra tutti in tema di onere della prova⁷⁷, in quanto, qualora si identificasse la responsabilità pre-

gazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in *Studi in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss., ha teorizzato tale concetto nel ravvisare un antitetico rapporto tra contratto e torto. Laddove, infatti, manchi un vincolo contrattuale entro cui non poter ricondurre la lesione di un interesse regolamentato dalla *lex contractus*, si configura un illecito che, pur violando la buona fede precontrattuale rientrando nella previsione legislativa dell'art. 1337 c.c., viene ad essere ricondotto nell'art. 2043 c.c.

⁷⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 159.

⁷⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735, che in maniera limpida sancisce la ripartizione dell'onere della prova scaturente dall'inquadramento della responsabilità extracontrattuale nell'art. 2043 c.c.: «La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'*iter* formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, 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 quæ*»; Corte di Cassazione, sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4802: «La responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'*iter* formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova»; Corte di Cassazione, 20 marzo 2012, sez. III, n. 4382, secondo cui «in linea di principio è ormai *ius receptum* che la responsabilità precontrattuale della P.A. è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico nelle trattative e anche nelle relazioni con i terzi abbia compiuto azioni e, così agendo, sia incorso nel compimento di atti contrastanti con i principi di correttezza e buona fede, cui è tenuta nell'ambito del rispetto dei doveri primari, oramai dalla valenza anche costituzionale garantiti dall'art. 2043 c.c.». Cfr. la recente pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5.

contrattuale come aquiliana, la parte danneggiata dall'illecito dovrà dimostrare la colpevolezza dell'autore al fine di pretendere il risarcimento del danno⁷⁸. La prova del danno, dunque, spetta al danneggiato per quanto attiene al fatto, al danno e al nesso di causalità. Rilevante a tal fine è dunque provare l'antigiuridicità della condotta, la violazione del diritto in questione (che nel caso di specie si configurerebbe come il diritto all'autodeterminazione e all'autonomia contrattuale), l'entità del danno e il nesso causale.

Per quanto invece concerne i profili strumentali, diversi effetti si produrrebbero a seconda delle differenti connotazioni, in tema di prescrizione, in quanto l'azione per il danno da illecito aquiliano soggiace alla prescrizione quinquennale, così come prevede l'art. 2947 c.c.⁷⁹. Anche la possibile *mutatio libelli* sarebbe ammissibile laddove una pretesa risarcitoria ex art. 1337 c.c. possa poi identificarsi ex art. 2043 c.c. e viceversa, inammissibile sarebbe invece il passaggio dal titolo precontrattuale a quello contrattuale e viceversa⁸⁰. C'è da aggiungere inoltre, nel procedere a tale desunzione di effetti prati-

⁷⁸ In giurisprudenza risulta essere accettato che l'onere della prova sia incombente sul danneggiato una volta accertato l'illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c., che dunque dovrà provare gli «elementi costitutivi di tale fatto, del nesso di causalità, del danno ingiusto e della imputabilità soggettiva», così come riportato in Corte di Cassazione, sez. III, 12 gennaio 1996, n. 191. Tra le altre cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 3 dicembre 2002, n. 17152; Corte di Cassazione, sez. III, 11 gennaio 2008, n. 390; Corte di Cassazione, sez. III, 16 maggio 2013, n. 11946.

⁷⁹ Cfr. sul punto l'indicazione bibliografica contenuta in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 159. nt. 10, che dà conto di tesi contrapposte a riguardo. A dimostrazione di come il differente inquadramento corrisponda a un diverso regime giuridico, esemplificativa è la recente sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, n. 14188 del 2016, che oltre a rappresentare un punto di svolta della posizione della Suprema Corte, pone l'accento proprio sulla pratica questione della prescrizione.

⁸⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 178. Cfr. Corte di Cassazione, sez. I, 16 gennaio 2013, n. 1000: «la domanda di responsabilità precontrattuale avanzata successivamente a quella di responsabilità contrattuale, ancorchè faccia riferimento [...] ad un medesimo episodio della vita, introduce comunque una *causa petendi* fondata su situazione giuridica non prospettata antecedentemente, in tal modo sottoponendo al giudice ulteriore tema di indagine e spondo i termini della controversia».

ci della diversa qualificazione, che in tema di responsabilità precontrattuale aquiliana sarebbe ammissibile far valere l'esimente dell'incapacità naturale, altrimenti indifferente.

La tesi contrattuale, invece, per lungo tempo è stata teorizzata esclusivamente dalla dottrina⁸¹ che, come si è detto, cominciò a riflettere sull'inadeguatezza dell'inquadramento aquiliano. L'assunto principale si fondava sulla possibilità di inserire l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in un vincolo obbligatorio sorto tra le parti. Il problema principale che si presentava era reperirne la fonte, dal momento che, in virtù delle differenti valutazioni effettuate in ambito civilistico fino a quel momento, in concreto mancava un rapporto contrattuale definito. La riflessione partì appunto dalla situazione di fatto in cui le parti si trovavano, un contatto effettivo che si atteggiava a unico dato concreto⁸². Per considerare esistente un vincolo obbligatorio tra le parti, a monte della stipulazione, l'art. 1337 c.c. doveva essere inteso come portatore di clausola generale di buona fede e riconducibile anche alla fase che precede la contrattazione. In tal senso il dovere di buona fede, infatti costituirebbe il fulcro di un'obbligazione legale de-

⁸¹ Si v. R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 215; F. BENATTI, s.v. «Responsabilità precontrattuale», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 8, sostiene che bisogna «attribuire identica natura alla responsabilità per violazione del dovere di buona fede sia che esso si ricollegi al rapporto contrattuale sia che si fondi sul rapporto prenegoziale: se nel primo caso la responsabilità ha natura contrattuale e viene assoggettata al principio dell'art. 1218, altrettanto deve dirsi per il secondo»; T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., p. 227, nt. 106.

⁸² Anche la dottrina tedesca elaborò, ben prima di quella italiana, queste riflessioni e ravvisò nel contatto sociale la fonte dell'obbligo di tutela dell'affidamento reciproco delle parti. Il riferimento, infatti, era ad una obbligazione senza prestazione, che in virtù della situazione di fatto faceva sorgere obblighi di protezione reciproci tra le parti durante le trattative. La disciplina applicabile risultava dunque essere quella propria delle obbligazioni, pur in assenza di un definito e formale vincolo contrattuale. Cfr. H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 578 ss.; G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1943, p. 2 ss. [= trad. it. di G. VARANESE, G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Torino, 2012]. Più recentemente si v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, p. 104 ss. Successivamente alla riforma del diritto delle obbligazioni nel diritto tedesco del 2002, si v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2012², p. 217 ss.

clinata negli obblighi di informazione, chiarezza, custodia, segreto, lealtà⁸³. La violazione di un obbligo di comportamento, ossia di una regola di condotta, quale è appunto la buona fede oggettiva, verrebbe così assimilata tra le fonti di obbligazioni *ex art.* 1173 c.c. L'ampliamento, dunque del classico ed inadeguato dualismo tra contratto e delitto, diventa più sfumato e, sebbene non verrà abbandonato, produce un allargamento del novero delle fonti dalle quali far discendere l'obbligazione, questa volta identificabili anche in situazioni atipiche, ma idonee comunque a creare obblighi reciproci. La difficoltà di sganciare il concetto di buona fede da uno specifico e definito vincolo tra soggetti determinati, ha indotto così la dottrina a ricondurre la condotta prenegoziale nell'ambito di un rapporto obbligatorio scaturente dal contatto, dall'attività che le parti pongono in essere nel momento in cui manifestano concretamente la propensione alla valutazione della convenienza dell'affare. La violazione, così, dovrà essere provata dal debitore in relazione alla difformità dell'adempimento, che potrà manifestarsi sia rispetto al criterio soggettivo, sia temporale, che di luogo, oppure oggettivo. A invogliare tale riflessione, sarebbe anche la stessa lettera dell'art. 1337, che nel riferirsi alle parti, evocherebbe il legame obbligatorio tale da poter parlare di soggetti determinati⁸⁴. La trattativa, e dunque il contatto prenegoziale, farebbero sorgere l'obbligo di uniformarsi ad un comportamento, che seppur atipico, debba rispondere a principi generali di lealtà reciproca e solidarietà. Sulle basi di tali argomentazioni si andò delineando, dunque, anche nella dottrina italiana, quella stessa idea che aveva pervaso quella tedesca, influenzata dalle riflessioni di Jhering. Il contatto, dunque una situazione di fatto, tra le parti (termine che, come si è detto, evocherebbe un vincolo esistente tra soggetti determinati, ma che pone l'accento anche sulla uguaglianza so-

⁸³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 158.

⁸⁴ Discusso infatti il valore da attribuire al tenere letterale della norma. Bisognerà valutare, dunque, se i soggetti destinatari degli obblighi di condotta secondo buona fede nello svolgimento delle trattative debbano essere necessariamente anche successive parti contrattuali. Si v. V. CUFFARO, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», cit., p. 1268.

stanziale di soggetti che vantano medesimi diritti e doveri) determinerebbe il reciproco affidamento scaturente dall'obbligo di agire secondo buona fede. Gli obblighi di informazione e di protezione verrebbero così ricondotti, non in obblighi di prestazione derivanti dal contratto, ma in doveri relativi al contegno che le parti devono tenere anche nella fase antecedente alla conclusione del contratto.

Verrebbe cioè meno l'estraneità, presupposto della responsabilità da fatto illecito, in quanto i trattanti, attraverso una comunione di intenti iniziale, si accingono a ponderare tutti i risvolti pratici che l'affare eventualmente produrrà. Proprio tale cooperazione li sottoporrebbe ai doveri comportamentali della buona fede, considerata, dunque, come norma-contenitore di altri contegni, tutti finalizzati a preservare l'affidamento e la corretta formazione della volontà. Il contatto, dunque, non risulterebbe essere accidentale e innescato esclusivamente dalla condotta illecita, ma preesistente e vincolante, in quanto legato ad una norma, quale l'art. 1337 c.c., che in tale modo si riapproprierebbe del suo valore di clausola generale.

Diverse sono state le obiezioni⁸⁵ mosse a tale impostazione, la più incisiva riguarda la determinatezza dei soggetti coinvolti, non così scontata, in quanto differente sarebbero la finalità e l'interesse tutelato: nella struttura obbligatoria è l'interesse individuale del creditore a dover emergere, mentre il riferirsi ad obblighi generici farebbe venire meno proprio la specificità del destinatario. L'interesse del creditore alla prestazione non emergerebbe dunque nel contatto tra le parti nella fase precontrattuale, che andrebbe invece a tutelare gli interessi della vita di relazione riguardanti tutti i consociati. I doveri di condotta, dunque non sarebbero obbligazioni in senso proprio⁸⁶.

⁸⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 158 ss; N. SAPONE, *La natura della responsabilità precontrattuale*, in <https://www.personaedanno.it>, mette in rilievo come l'inquadramento contrattuale della responsabilità precontrattuale crei una sperequazione tra la libertà di non addivenire al contratto e il dovere di buona fede, a scapito della prima. Tale tesi, tuttavia, non tiene conto dei giusti motivi che potrebbero servire a mantenere nella buona fede il comportamento del presunto violatore dell'art. 1337, v. *infra*.

⁸⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 177.

Anche la giurisprudenza⁸⁷ gradualmente ha mostrato interesse a tale impostazione contrattuale della responsabilità precontrattuale, ravvisando così un rapporto che insiste sulle parti già nella fase antecedente alle contrattazioni e riconducibile alle fonti delle obbligazioni *ex art.* 1173 c.c. Se inizialmente isolate erano le pronunce che sostenevano tale impostazione, oggi si può affermare la propensione della Suprema Corte a ritenere valide le argomentazioni dottrinali sopra prospettate⁸⁸.

⁸⁷ Corte di Cassazione, sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648: «la domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, 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. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c.». Si v. anche la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 4628 del 2015 che, pur occupandosi del preliminare di preliminare, rappresenta un corollario di tale orientamento. Un approfondimento sul tema è proposto da M. SANTISE, *Il contratto preliminare nella giurisprudenza*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018⁴, p. 725 ss., in particolare l'A. ricostruisce i molteplici orientamenti della dottrina e della giurisprudenza e ripropone la «procedimentalizzazione delle fasi contrattuali» proposta nella sentenza da ultimo citata. La Corte infatti, riconosce la validità in astratto del preliminare di preliminare e propone una gradazione delle fasi prenegoziali tra le quali vengono identificate le mere puntuzioni non vincolanti, la cui violazione può determinare una responsabilità precontrattuale, e le settoriali puntuzioni vincolanti, che però non si configurano come preliminare, ma danno origine ad un vincolo parziale rientrante nell'art. 1173 c.c. e dunque si inseriscono nella responsabilità contrattuale. «Si tratta di un vincolo obbligatorio, di carattere ancora prenegoziale, che però vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. e che non può essere eseguito con il rimedio *ex art.* 2932 c.c., deputato, invece, a consentire l'esecuzione del preliminare». Si v. di recente Corte di Cassazione, sez. II, 21 maggio 2018, n. 12527.

⁸⁸ Proprio con sentenza del 12 luglio 2016, n. 14188, la Corte di Cassazione, nell'affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, assoggettandola dunque all'art. 1218 c.c., ripercorre le tappe storiche e dot-

Le ripercussioni pratiche, anche sposando tale tesi, sono cruciali per garantire l'operatività delle norme in questione⁸⁹.

Con riferimento all'onere della prova, è il debitore a dover provare il corretto adempimento della prestazione, dunque chi avrà violato il doveroso contegno da tenere nelle fasi precontrattuali dovrà dimostrare la correttezza del proprio comportamento. Il danneggiante, inoltre, dovrà dar conto della propria mancanza di colpa, ossia manifestare che l'inadempimento sia stato causato da impossibilità sopravvenuta della prestazione, dovuta a causa a lui non imputabile, così come prevede l'art. 1218 c.c.

Ulteriore importante risvolto riguarda la prescrizione, che, come si è visto, sarebbe decennale *ex art.* 2946 c.c. A questo si aggiunga che, nella valutazione della quantificazione del danno risarcibile, bisognerà procedere ad una limitazione rappresentata dalla sola prevedibilità dello stesso, così come indicato dall'art. 1225 c.c. La costituzione in mora *ex art.* 1219 c.c., inoltre, potrà trovare operatività esclusivamente nell'ambito della responsabilità per inadempimento⁹⁰.

Un altro effetto pratico discendente dalla diversa qualificazione è quello della responsabilità del rappresentato in merito al comportamento contrario a buona fede tenuto dal rappresentante durante la fase antecedente alla stipula del contratto. Non unanime è stata la posizione della dottrina, non solo italiana, a riguardo, in quanto, se da un lato l'imprenditore si è ritenuto responsabile della *culpa in contrahendo* dei suoi ausiliari, dall'altro si è affermato che il rappresentato in nome e per conto sia responsabile della violazione della buona fede, salvo autonomi fatti dolosi o colposi del rappresentante⁹¹.

Inoltre va rilevato che la 'contrattualizzazione' della responsabilità precontrattuale solleva problemi in merito al re-

trinali italiane e straniere. Crea dunque una continuità storica e di principio enunciando la tesi del contatto sociale qualificato.

⁸⁹ T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., p. 225.

⁹⁰ M. FRATINI, F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 56, nt. 21.

⁹¹ R. SCOGNAMIGLIO, «*art. 1337*», cit., p. 217.

gime da applicare al terzo che si intromette nelle trattative⁹². La questione, infatti, si sposta sulla considerazione di tale soggetto, come parte della trattativa o come estraneo: dal diverso inquadramento, infatti, deriverebbe una differente qualificazione della sua responsabilità come precontrattuale (e dunque oggi contrattuale *ex art. 1218 c.c.*) o extracontrattuale.

Nel ritornare al problema iniziale dell'inquadramento sistematico della natura della responsabilità in esame, una posizione molto autorevole seppur minoritaria⁹³ colloca tale fattispecie ad un livello intermedio⁹⁴ e non definito, tanto da connotarsi come *tertium genus*.

Tale figura ibrida⁹⁵ rende evidente la difficoltà del tema, in quanto si limita a considerare inappropriata la categorizzazione nell'una o nell'altra definizione⁹⁶. Da un lato emergeva l'impossibile contrattualizzazione, accogliendo per buona parte le argomentazioni della tesi aquiliana, dall'altro lato si considerava insufficiente la mera tutela risarcitoria. I sostenitori di tale impostazione, dunque, ridimensionano fortemente il dualismo classico della responsabilità: considerano insufficiente la tutela dell'affidamento come unica *ratio* della norma, in quanto «tale direttiva non si esaurisce nella prescrizione di rispetto delle aspettative indotte dalle dichiarazioni reciproche dei trattanti, bensì può richiedere comportamenti positivi»⁹⁷. Viene dunque proposto un allargamento della nozione di affidamento rapportato ad un giudizio valoriale

⁹² M. FRATINI, F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 63 ss.

⁹³ P. RESCIGNO, s.v. «*Obbligazioni (diritto privato)*», in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 142 ss.

⁹⁴ R. SCOGNAMIGLIO, «*art. 1337*», cit., p. 215, definisce tale soluzione come un «espediente costruttivo (in contrasto oltre tutto con il sano criterio metodologico che sconsiglia l'eccessiva proliferazione di categorie concettuali)». Esclude la ravvisabilità di un *tertium genus* di responsabilità anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017¹⁸, p. 883.

⁹⁵ T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., p. 225, nt. 98, fa riferimento, infatti, alla sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051.

⁹⁶ G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore (art. 1218, 1222)*, Milano, 1987, p. 62 ss.

⁹⁷ V. CUFFARO, s.v. «*Responsabilità precontrattuale*», cit., p. 1269.

di volta in volta identificato, rifuggendo così da ogni tipizzazione aprioristica del contenuto normativo. Tale valutazione concreta non permetterebbe dunque di connotare *ex ante* la responsabilità precontrattuale: si propone, infatti, di interpretare la disposizione legale come una «autonoma fattispecie produttiva di diritti e obblighi che in nessuno dei due schemi può compiutamente iscriversi»⁹⁸. Le argomentazioni addotte per confutare le due classiche posizioni sono molteplici. L'inadeguatezza della tesi contrattuale si manifesterebbe nell'assenza della prestazione, non potendo così identificare, in virtù di una mera violazione di una norma di comportamento, un vero e proprio inadempimento. Al contempo anche la connotazione di tale tipo di responsabilità come aquiliana sarebbe impropria, perché difficilmente identificabile sarebbe l'interesse leso dalla violazione della buona fede ed inoltre non potrebbe essere ricondotto al generico principio del *neminem laedere*, che banalizzerebbe la tutela e non terrebbe conto della peculiarissima fase in cui i soggetti si trovano.

Ecco dunque, come si propone tale autonoma classificazione, accompagnata talvolta anche da tesi ancora più miste, che addirittura concepiscono la possibile coesistenza di entrambe le responsabilità in relazione alla medesima situazione concreta da valutare nello specifico⁹⁹. Ben si comprende come tutte le ripercussioni applicative sopra esposte – e delle quali si è cercato di far emergere le differenze a secondo del diverso regime *ex art. 2043 o 1218 c.c.* – in relazione a tale tesi minoritaria non possono essere esaminate, in quanto dipendenti dal caso specifico di volta in volta saranno valutate in concreto. Esclusivamente in merito alla prescrizione la giurisprudenza si è espressa ed ha considerato applicabile il termine di prescrizione decennale anche in questa ipotesi, in virtù della impossibile applicazione analogica della prescrizione quinquennale¹⁰⁰.

⁹⁸ Si v. V. CUFFARO, s.v. «Responsabilità precontrattuale», cit., p. 1269.

⁹⁹ A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 792 ss.

¹⁰⁰ Si v. *supra*, nt. 59.

3. *Il risarcimento del danno: dal mero interesse negativo all'interesse positivo*

Il problema del risarcimento del danno in tema di responsabilità precontrattuale rappresenta un corollario dell'inquadramento sistematico del tema. Innanzitutto, nel silenzio della norma, va posta la più ampia questione di quale sanzione applicare in caso di violazione dell'art. 1337 c.c. Una risposta univoca non è ammissibile, dal momento che si è dato conto delle varie tesi che gradualmente hanno attribuito a tale norma un raggio di azione sempre più ampio. Non bisogna infatti mai dimenticare che la cornice per inquadrare il problema è il riconoscimento o meno nell'art. 1337 c.c. di una clausola generale, entro cui ricondurre atipici comportamenti. L'innegabile elasticità della norma, da un lato, ma incertezza dall'altro rappresentano i due poli entro i quali orientare l'indagine. A ciò si aggiunga anche che l'inquadramento contrattualistico o aquiliano della responsabilità precontrattuale determina un diverso approccio alle sanzioni previste, soprattutto in termini di quantificazione.

Parte della dottrina, per sviluppare una riflessione più generale, risale all'annosa questione della differenza tra regole di validità e regole di comportamento¹⁰¹, punto di partenza, come vedremo anche per la recente teoria, recepita oggi dalla giurisprudenza, dei 'vizi incompleti del contratto'¹⁰². Il fondamento veniva rintracciato in una totale separazione di *ratio* tra le due categorie¹⁰³ appena prospettate. La riflessione aveva il suo fondamento nell'assenza dell'interesse all'adempimento nella fase precontrattuale, dalla quale discendeva che «la difformità del diritto dà luogo alla invalidità del ne-

¹⁰¹ F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 302, esplica tale distinzione: le regole di validità hanno lo scopo di garantire la certezza dei traffici, quelle di comportamento (o di buona fede) la giustizia sostanziale.

¹⁰² Si v. *infra*.

¹⁰³ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Bologna, 1972, p. 111, tenta di creare un'interferenza tra le due categorie considerando la reticenza nella fase precontrattuale come causa di invalidità.

gozio; il comportamento illecito tenuto durante la formazione del negozio dà luogo al risarcimento dei danni»¹⁰⁴. Da tale affermazione, dunque, si deduce la propensione a considerare la tutela risarcitoria come riconnessa esclusivamente con la violazione delle regole di comportamento.

Pur in presenza di tale ‘direzione obbligatoria’, non si è mai dubitato che il risarcimento del danno fosse innegabile presidio della buona fede¹⁰⁵. La tutela risarcitoria, infatti, veniva prevista a favore del soggetto che aveva subito le conseguenze del contegno scorretto, sebbene il riconoscimento di tale indicatore valoriale come regola di condotta relegata a tassative ipotesi presupponesse un restringimento inevitabile dell’ambito di applicazione dell’art. 1337 c.c., non considerato dunque come clausola generale di portata imperativa.

Partendo dal condiviso assunto del doveroso risarcimento del danno¹⁰⁶, il problema di fondo è legato, come si è detto, alla sua quantificazione e qualificazione: l’interrogativo prememente riguarda da un lato l’identificazione dell’interesse che deve essere risarcito, dall’altro la definizione delle componenti da prendere in considerazione per la sua effettiva determinazione.

Ben si comprende come l’iniziale ristretta operatività dell’art. 1337 c.c.¹⁰⁷ avesse ripercussioni pratiche anche in relazione al risarcimento del danno¹⁰⁸. Il problema della risarcibilità del danno prodotto rapportato a tale restrittivo ambito¹⁰⁹ sollevava la questione della compressione dell’autonomia contrattuale attraverso un obbligo di comportamento, talvolta ammessa nei limiti dell’affidamento della controparte, al-

¹⁰⁴ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 28.

¹⁰⁵ V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 104.

¹⁰⁶ G. VALDITARA, *In tema di stima del danno aquiliano*, in *Index*, 2016, p. 197 ss.

¹⁰⁷ Si v. *supra*.

¹⁰⁸ Si v. V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 104.

¹⁰⁹ C. CARNICELLI, *Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione*, in *Giustizia Civile*, 2011, p. 293 ss.

tre volte negata in quanto considerata incongrua l'indagine sul motivo dell'interruzione delle trattative¹¹⁰.

La propensione comunemente accettata era quella di creare una «corrispondenza biunivoca tra responsabilità precontrattuale e risarcimento legato al mero interesse negativo»¹¹¹. Quest'ultimo concetto, coniato da Jhering nel 1861¹¹², si riferiva alla sola ipotesi di contratto invalido a causa della *culpa in contrahendo* e dunque il danno da risarcire doveva coincidere con l'interesse alla non conclusione del contratto, non essendo ravvisabile alcun dovere alla prestazione, proprio in virtù della nullità del vincolo. Il risarcimento, dunque, doveva essere finalizzato a porre il soggetto che avesse subito l'illeceità, nella stessa posizione patrimoniale di cui avrebbe goduto, se non avesse stipulato il contratto. Dovevano essere valutati, dunque, due componenti: sia le perdite di occasioni contrattuali favorevoli, che le spese sostenute nella convinzione di impegnare energie per la contrattazione di un vincolo valido. Nell'operare tale ponderazione ben poteva delinearsi dunque l'ipotesi, secondo l'autore tedesco, in cui l'interesse negativo, così costituito, avrebbe potuto giustificare un più cospicuo risarcimento rispetto alla valutazione di quello positivo¹¹³.

Sia la dottrina che la giurisprudenza¹¹⁴ si allinearono a tale tendenza, che assorbiva il duplice limite sia della risarcibilità del mero interesse negativo, che della invalidità del vincolo.

¹¹⁰ L'attuale teoria dei 'vizi incompleti del contratto' ha riqualificato, tuttavia, proprio l'errore sul motivo, in quanto induce a chiedersi dove inizi l'errore incidente e dove il dovere di autoinformarsi. Pur non qualificando tale circostanza come causa di invalidità, l'errore sulle circostanze di rilievo per l'affare genera responsabilità della parte che, nonostante la conoscenza, non ha informato la controparte, che ha dunque concluso il contratto.

¹¹¹ A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo*, cit., p. 792 ss.

¹¹² R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, cit., *passim*.

¹¹³ F. FORTINGUERRA, *Le conseguenze della violazione del dovere precontrattuale di buona fede*, in A. TOMMASO, F. FORTINGUERRA, S. TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360.

¹¹⁴ Di questo stesso avviso, più recentemente, Corte di Cassazione, sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632: «nella materia della responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stesso interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dal-

La dottrina¹¹⁵ identificò le due componenti del risarcimento del danno, delle spese inutilmente sopportate e della perdita di occasioni favorevoli, rispettivamente nel danno emergente e nel lucro cessante. Anche la giurisprudenza¹¹⁶ limitò per lungo tempo l'interesse negativo a tali situazioni, rimarcando inoltre, quale requisito per la risarcibilità, il doveroso nesso causale tra l'affidamento ingenerato nei confronti della parte e il danno prodotto.

Nelle due limitate ipotesi identificative della responsabilità precontrattuale (rottura ingiustificata delle trattative e art. 1338 c.c.), l'interesse negativo così determinato giustificava il risarcimento del danno in virtù del pregiudizio subito da un soggetto, dopo che la controparte avesse ingenerato, durante le contrattazioni, un legittimo affidamento alla conclusione, alla validità o alla convinzione che le condizioni stabili-

le 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. Ne consegue che la disposizione di cui all'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».

¹¹⁵ G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, *passim*.

¹¹⁶ Corte di Cassazione, 4 aprile 1960, n. 759: «L'obbligo risarcitorio derivante dall'ingiustificata rottura delle trattative va contenuto entro i limiti del c.d. interesse negativo», questa affermazione si declinava cioè, come si è detto, in riferimento alle spese sostenute dalla controparte in previsione della conclusione del contratto e alle perdite subite per le altre occasioni non colte, purchè causalmente riconnesse a quelle non riuscite. A dimostrazione di come tale propensione sia stata accolta per molto tempo dai giudici italiani, si v. Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: «Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale. Questa, del resto, è anche la ragione per la quale, in caso di responsabilità precontrattuale da ingiustificato recesso dalle trattative (nel cui ambito si inquadra la vicenda in esame, in cui viene in rilievo la revoca degli atti di gara), il danno è commisurato non al c.d. interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto), ma al c.d. interesse negativo, da intendersi, appunto, come interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative (o, nel presente caso, a gare d'appalto) destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso scorretto della controparte».

te fossero le più favorevoli. Le ragioni del limite risarcitorio al solo interesse negativo così composto trovano la loro concreta sistematizzazione nella natura aquiliana della responsabilità precontrattuale¹¹⁷. La deduzione logica è immediata, in quanto se si considera inesistente l'interesse all'adempimento, dal momento che non sussiste un vincolo obbligatorio nella fase delle trattative, non potrà essere conseguentemente fatta valere una mancata o inesatta esecuzione del contratto, componente essenziale dell'interesse positivo. Dire dunque che il risarcimento del danno debba essere rapportato alla perdita di occasioni favorevoli e alle spese sostenute, significa dare atto di un'assenza di prestazione definibile *ex ante*.

Altra questione a riguardo era la quantificazione dell'interesse negativo rispetto a quello positivo. In base ad una valutazione concreta, ci si chiedeva dunque se l'interesse negativo potesse essere uguale, minore o maggiore rispetto a quello positivo. Se Jhering¹¹⁸ aveva ammesso che il risarcimento rapportato all'interesse negativo avrebbe potuto quantitativamente eguagliare, e anche superare quello connesso all'interesse positivo, la dottrina risultava invece divisa a riguardo, così come anche la giurisprudenza¹¹⁹. Ancora una volta l'inquadramento aquiliano della responsabilità precontrattuale invogliava parte della dottrina a considerare l'interesse negativo come quan-

¹¹⁷ Corte di Cassazione, sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313: «L'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'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. Ne consegue che nelle ipotesi di *culpa in contrahendo* il danno risarcibile non comprende quanto la parte avrebbe ricavato dalla stipula del contratto, ma è rappresentato unicamente dalle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (il cosiddetto 'interesse negativo')».

¹¹⁸ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit.

¹¹⁹ T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., p. 205, nt. 31, dà conto delle diverse posizioni a riguardo.

titativamente¹²⁰ inferiore rispetto a quello positivo, tesi questa contestata da chi, anticipando l'attuale posizione anche della giurisprudenza, ravvisava esclusivamente una differenza qualitativa e non quantitativa tra i due concetti.

L'inquadramento contrattualistico, invece, se supportato anche dall'abbandono dell'ulteriore limite dell'invalidità del vincolo, avrebbe facilmente ammesso la configurabilità di un interesse valutabile positivamente, perché fondato su un rapporto giuridico preesistente disciplinato del legislatore. Tale interesse, infatti, se lesa, avrebbe trovato la sua tutela nelle norme proprie dell'inadempimento di un'obbligazione (artt. 1225 e 1227 c.c.). Si sarebbe arrivati a considerare – come poi è accaduto – gli obblighi di buona fede caratterizzanti la fase precontrattuale come riconnessi ad un vincolo obbligatorio sorto da una situazione di fatto, ma soprattutto di portata generale.

Con il segnalato ampliamento del raggio d'azione della norma di riferimento si è infatti giunti a riconoscere l'operatività della clausola generale della buona fede durante le trattative, non solo in caso di mancata conclusione di un contratto – quale era l'ipotesi del recesso ingiustificato – o di conclusione di un contratto invalido – come nel caso dell'art. 1338 c.c. – ma anche quando il vincolo generato sia valido e tuttavia pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto¹²¹.

La nuova considerazione del contratto valido, ma sconveniente, induce a riflettere dunque sul contegno tenuto dalle parti durante le trattative, che non si riferisce a tassative ipotesi ristrette, ma diventa parametro di valutazione di portata generale.

Indubbiamente tale cambio di prospettiva ha ripercussioni anche sul risarcimento del danno, che dunque dovrà tener conto della incidenza della buona fede, non sulla validità del vin-

¹²⁰ M.L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 97.

¹²¹ Si v. *infra* per la teorizzazione della tesi dei vizi incompleti del contratto e dell'elastico concetto di sconvenienza dell'affare.

colo che non è intaccata, ma sul suo contenuto¹²². La disciplina di riferimento, dunque sarà quella dell'art. 1440 c.c., che identifica come unico rimedio quello risarcitorio. Tale norma, infatti, fa riferimento specifico all'ipotesi di contratto valido, ma concluso a condizioni diverse rispetto a quelle che si sarebbero avute in assenza dell'inganno¹²³, in quanto il raggirio ha inciso unicamente sulle modalità e non sulla volontà di predisporre un vincolo contrattuale¹²⁴. Le condizioni più gravose per la vittima dell'inganno giustificano dunque, in virtù della lesione ad una libera determinazione della volontà, la tutela risarcitoria. L'antigiuridicità della condotta è il presupposto per operare una valutazione della gravità del raggirio posto in essere, che tuttavia non giustifica l'annullamento del vincolo.

Al fine di rispondere agli interrogativi iniziali circa la quantificazione e la determinazione delle componenti che in concreto definiscono il risarcimento del danno, è necessario riferirsi alle argomentazioni che la stessa Suprema Corte ha

¹²² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 667.

¹²³ Art. 1440 c.c. (*Il dolo incidente*): «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benchè senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in male fede risponde dei danni».

¹²⁴ A riguardo si sottolinea come A. TRABUCCHI, s.v. «*Dolo (diritto civile)*», in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1962, p. 152, ritiene che quando si fa riferimento al *dolus incidens*, non si intende proporre una differenza di dolo, bensì di oggetto, che sarà in tale caso qualche circostanza non essenziale. Sul tema di risarcimento del danno derivante da dolo incidente, si segnala la sentenza della Corte di Cassazione, 20 dicembre 2013, n. 28581: «in ipotesi di domanda di risarcimento per dolo incidente relativa al danno derivante da un contratto valido ed efficace ma sconveniente, l'eventuale esistenza dell'inganno nella formazione del consenso non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo contratto, ma comporta soltanto che il contraente, il quale abbia violato l'obbligo di buona fede, è responsabile del danno provocato dal suo comportamento illecito, commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dallo stesso. Tuttavia, pur non avendo il contraente diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza sia indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale, l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al medesimo contraente di manifestare i motivi per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa ma dalle altrui motivazioni e risorse».

addotto¹²⁵ proprio nel compiere quel doveroso processo di concreta definizione della sua entità, ravvisato nel «pregiudizio costituito dalla minore convenienza dell'affare»¹²⁶. La Corte afferma che «il risarcimento, in detta ipotesi, 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». Non vi è quindi motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo 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, sempre che, s'intende, 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.

Si noti come tale posizione propone una tesi che non ancora ravvisa un interesse positivo all'adempimento, ma chiarisce la portata generale della norma di riferimento.

Tale pronuncia sarà dunque prodromica alla attuale posizione della Cassazione che ha chiarito la natura contrattuale derivante da 'contatto sociale qualificato'¹²⁷ della responsabilità precontrattuale, in quanto ravvisa la presenza di un inte-

¹²⁵ Corte di Cassazione, sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024: «quando, come nell'ipotesi prefigurata dall'art. 1440 c.c., il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma sconveniente, il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, 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».

¹²⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 667, esplicita tale definizione come il «minore vantaggio o maggiore aggravio economico conseguente alla diversa determinazione del contratto per effetto dell'intervento doloso».

¹²⁷ V. *infra*.

resse positivo: «per effetto del rapporto che si è venuto a creare tra le parti e del conseguente affidamento che ciascuna di essa ripone nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altra, si generano tra le stesse obblighi di protezione che precedono e si aggiungono agli obblighi di prestazione scaturenti dal contratto»¹²⁸.

Dalla delineata presenza di una «struttura obbligatoria» sussistono obblighi di protezione rapportati alla buona fede che la Corte stessa definisce «doveri giuridici» autonomi a carico delle parti e tutelati dall'art. 2 della Costituzione.

Il passaggio concettuale ulteriore, tuttavia, che determina il riconoscimento pieno dell'interesse positivo risarcibile è dato dall'identificazione della violazione di tale principio generale con un vero e proprio inadempimento contrattuale, in quanto riferito a doverosi contegni che preesistono e precedono l'accidentale e solo eventuale contatto invece presupposto dell'art. 2043 c.c., che dunque si manifesta in tutta la sua inadeguatezza.

4. Applicazioni ed evoluzioni giurisprudenziali

4.1. Il contatto sociale

Tali riflessioni appena prospettate fanno emergere l'attitudine della Corte ad interrogarsi sulla classica, ma a quanto pare inadeguata, bipartizione tra contratto e delitto come fonte delle obbligazioni. Consapevole di dover necessariamente identificare le fonti della responsabilità precontrattuale, tenendo conto della peculiarissima fase che precede la conclusione del vincolo, la Corte si fa portavoce di una impostazione in linea con altri precedenti giurisprudenziali e posizioni dottrinali, che essa stessa richiama, per arrivare a connotare tale responsabilità come scaturente da 'contatto sociale'¹²⁹.

¹²⁸ Corte di Cassazione, sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

¹²⁹ Corte di Cassazione, sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188. Nel far riferimento ai precedenti, la Corte segnala i diversi ambiti applicativi della tesi del contatto sociale. In tema di incidenti scolastici, emerge il contatto tra insegnan-

Tale indagine parte dalla presa di coscienza che l'unico dato concreto è costituito da una situazione di fatto e dunque atipica che coinvolge i due soggetti nella trattativa. Questa connessione che si instaura non è tuttavia semplice, ma qualificata dalla buona fede e dal comune intento delle parti alla ponderazione della convenienza dell'affare. Inevitabile è il riferimento all'art. 1337 c.c., norma dalla quale la Corte fa discendere la generale vincolatività degli obblighi di protezione, e non di prestazione, che dunque assume portata generale.

Sulla base di tali premesse viene dunque fatta propria la tesi contrattuale esposta dalla dottrina, in quanto sono proprio quegli elementi che abbiamo inteso come qualificanti il rapporto, che si ergono a presupposti, prima fattuali e poi giuridici, di tale responsabilità. La carenza del vincolo negoziale viene colmata proprio dalla situazione di fatto in cui le parti si trovano.

Nella doverosa ricerca del sostrato normativo entro cui ricondurre tali teorizzazioni, la Corte fa leva sulla atipica fonte dei rapporti obbligatori, identificata in «ogni altro fatto o atto idoneo a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico», così come previsto dall'art. 1173 c.c., norma che permette di ampliare l'insufficiente dualismo sopra identificato.

In un vero e proprio rapporto complesso, che si eleva ad obbligatorio, in virtù di tale giustificazione normativa, si pone l'ulteriore problema di identificare gli obblighi di protezione che discendono dal rapporto di fatto ed incombono sulle parti. La stessa Corte, pur non potendosi riferire a tassative ipotesi, nel compiere tale operazione riconduce al concetto di buona fede sia la correttezza che la professionalità.

te, allievo e istituto scolastico. Analoga questione si sviluppa nell'analisi del rapporto tra medico, paziente e struttura ospedaliera, così come anche nella responsabilità bancaria e ovviamente anche nel momento in cui viene essere valutata la responsabilità della P.A., cosa che la Corte compie proprio nella sentenza citata. Sul punto si v. recentemente M. SANTISE, *La crisi di identità della responsabilità civile*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., p. 1022 ss., il quale dà conto di una «fase di transizione» del sistema in tema di responsabilità civile che raggiunge l'apice proprio nel proporre la nuova classificazione di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato.

L'inquadramento contrattualistico peculiare, non derivato dunque da un atto negoziale, ma da contatto qualificato che genera vincolatività e obblighi, comporta inevitabilmente l'assorbimento di tutti quei risvolti pratici a cui si è fatto riferimento.

4.2. *I vizi incompleti del contratto*

Per lungo tempo la validità del contratto concluso ha rappresentato un ostacolo insormontabile alla configurazione della responsabilità precontrattuale. Ancora una volta le radici di tale assunto vanno rintracciate nella restrittiva applicazione dell'art. 1337 c.c. relegata alla sola ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative e nelle ragioni storiche che isolavano le riflessioni della *culpa in contrahendo*, già dalla sua genesi, al solo contratto invalido.

La dottrina¹³⁰, operando un bilanciamento ed una ponderazione di intensità delle scorrettezze compiute nella fase precontrattuale, sosteneva che tutte le cause di invalidità del contratto risultavano essere assorbite nei vizi del consenso, anche per quanto attiene alla fase precontrattuale. Tutti gli altri comportamenti posti in essere dalle parti, e dunque meno gravi rispetto alle cause di invalidità, risultavano essere irrilevanti. Il rapporto così presentato tra cause di invalidità e contegni scorretti, ma non incidenti sulla validità del vincolo, specularmente rappresentava la relazione antinomica tra tipicità e genericità, l'una propria della codicistica previsione in merito ai vizi del consenso, l'altra del generico ed ancora troppo indefinito concetto di buona fede, il cui grado di intensità non preventivamente definito, costituiva il principale problema.

Anche la giurisprudenza considerava la stipulazione del contratto come preclusiva della configurabilità della responsabilità precontrattuale¹³¹.

¹³⁰ Si v. per tutti G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1008.

¹³¹ Cfr. Corte di Cassazione, 16 aprile 1994, n. 3621, in *Repertorio del Foro Italiano*, 1994, col. 211 ss.: «la stipulazione del contratto preclude la con-

Veniva alla luce un'impostazione che, nel relazionare le regole di validità e quelle di comportamento, affermava che la violazione di queste ultime risultava essere rilevante solo laddove le trattative non avessero portato alla stipula del contratto. Il perfezionamento del vincolo, infatti, rappresentava una vera e propria cesura: da quel momento in poi il rapporto tra i contraenti sarebbe stato attratto nella disciplina contrattualistica e dunque anche gli obblighi comportamentali sarebbero stati assorbiti dai vizi del contratto, i soli determinanti l'invalidità dello stesso¹³².

Ritorna dunque preminente, per inquadrare il tema, quella differenza tra regole di validità e regole di comportamento che va a coincidere, anche e soprattutto, con una diversità di domini. Solo le prime riguardano le «condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante per entrambe le parti»¹³³, la cui violazione determina una difformità al diritto, le seconde invece sono finalizzate ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni, valori che se lesi non incidono sulla validità del vincolo, ma determineranno esclusivamente il diritto al risarcimento del danno prodotto.

Da tali presupposti, dunque, si sviluppava la circoscritta operatività della buona fede, e dunque dell'art. 1337 c.c. al solo caso di contratto invalido, in quanto regola di comportamento.

figurabilità di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337, 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».

¹³² Tale teoria dell'assorbimento ha segnato per lungo tempo la scia delle impostazioni giurisprudenziali preminenti, cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 25 luglio 2006, n. 16937: «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 azionabile dal *deceptus* è (solo) quella contrattuale, e non più quella precontrattuale ex art. 1337 c.c., la cui configurabilità resta preclusa ed assorbita nella intervenuta stipula del contratto».

¹³³ G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 43.

Un ampliamento graduale verso la moderna posizione giurisprudenziale, si è avuto alla fine degli anni '90¹³⁴, in quanto la Suprema Corte, pur ribadendo il consolidato orientamento proprio in relazione al binomio responsabilità precontrattuale-contratto invalido, lo circoscrive alla sola ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, non anche al danno da ritardo¹³⁵. La condotta scorretta di una parte, tale da determinare un sensibile dilatamento dei tempi della fase precontrattuale, non rispettando così l'art. 1337 c.c., viene dunque considerata rilevante e non più assorbita nella responsabilità contrattuale in virtù della conclusione del vincolo.

Tale graduale ampliamento recepito dalla giurisprudenza è certamente frutto della riflessione dottrinale¹³⁶ in merito al novero delle condotte non tipizzate ma riconducibili nel generico concetto di buona fede, andando cioè a ravvisare, con gradualità e cautela, obblighi di lealtà, correttezza, informazione, al fine di tutelare l'affidamento ingenerato durante la contrattazione.

Un altro tassello in questo processo di sistematizzazione e di ampliamento insieme, è da ravvisare nelle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2007¹³⁷, le quali, nel riconoscere la sussistenza di regole di comportamento (sia precontrattuali che negoziali) per l'intermediario finanziario, riprendono la classica distinzione tra norma di validità e norma di comportamento, ma con un innegabile cambio di prospettiva proprio in relazione agli obblighi di protezione, e dunque alla configurazione dell'art. 1337 c.c., nella fase precontrattuale.

¹³⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione, 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giustizia Civile*, 1999, p. 89 ss.

¹³⁵ In questa stessa sentenza la Corte infatti sosteneva che la conclusione con esito positivo della fase precontrattuale, e dunque la conclusione del contratto, «non rende privo di rilievo il comportamento contrario a buona fede che un contraente abbia posto in essere nella fase di formazione del contratto».

¹³⁶ P. RESCIGNO, s.v. «*Obbligazioni*», cit., p. 198 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 112 ss.

¹³⁷ Cfr. Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725.

Già nel precedente giurisprudenziale del 2005, richiamato dalle pronunce del 2007, la Corte aveva espresso una serrata critica alle impostazioni dottrinali sopra espresse, che circoscrivevano la responsabilità precontrattuale alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede avesse impedito la conclusione del contratto o determinato la conclusione di un contratto invalido e dunque originariamente inefficace¹³⁸. Il richiamo alla visione attrattiva del contegno precontrattuale delle parti alle sole norme di invalidità ed inefficacia del vincolo, ma solo in presenza di presupposti ulteriori e normativamente previsti, fa emergere il vizio di fondo di tale impostazione: un'ingiusta negazione di tutela nei confronti della parte che ha subito il contegno scorretto nella fase precontrattuale, se tali comportamenti non integrano le norme in tema di invalidità ed inefficacia del vincolo.

Sulla base di tali premesse si segnala la recente conquista della giurisprudenza «secondo cui 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 con-

¹³⁸ La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 26723 del 2006, richiama la sentenza 19024 del 2005, condividendone l'impostazione, in quanto riprende la «tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità».

tratto 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»¹³⁹.

Si assiste dunque ad un ampliamento della precedente interpretazione delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, che da un lato trovava il suo fondamento nell'art. 1337, in relazione alla mancata stipulazione del contratto causata dalla violazione di buona fede, dall'altra nell'art. 1338 c.c., considerato un'ipotesi specifica della norma precedente, ma che si riferiva a un contratto concluso, sebbene in presenza di una causa d'invalidità della quale una delle due parti era a conoscenza e tuttavia non aveva reso edotto l'altro contraente. Dalla relazione di *genus et species* che connotava tali norme, discendeva sicuramente una comunanza di *ratio* identificata nella tutela al legittimo affidamento, ma dall'altro precludeva la tutela adeguata proprio nel caso di contratto valido. L'ipotesi chiamava in causa quelle situazioni che, seppur non riconducibili alle cause di invalidità del contratto, non avrebbero potuto essere considerate indifferenti e con esse non avrebbe potuto essere considerato irrilevante il pregiudizio inferto alla controparte in termini di sconvenienza.

Ancora una volta per rendere effettiva tale impostazione, ed essere dunque propensi ad ammettere una tutela adeguata, è necessario rivalutare proprio l'art. 1337 c.c. che dunque si erge comunque a regola di condotta e non di validità del contratto, ma al contempo non è relegata a tassative e specifiche ipotesi e fa insorgere un vero e proprio dovere di con-

¹³⁹ Corte di Cassazione, 23 marzo 2016, n. 5762. Pienamente conformi anche Corte di Cassazione, 21 ottobre 2013, n. 23873 e Corte di Cassazione, 8 ottobre 2008, n. 24795. In particolare, tale ultima pronuncia ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli art. 1337 e 1338 c.c., il comportamento di una società di leasing che aveva ommesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla legge n. 341 del 1995 e, anzi, aveva fornito 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.

tegno e obblighi di protezione reciproci anche nella fase precontrattuale. Non viene dunque accantonata la tradizionale suddivisione tra regole di validità e regole di condotta, quello che cambia è la connotazione dell'art. 1337 c.c. che, seppur inserito in tale schematismo, non ne subisce il precedente ridimensionamento in virtù di quell'assorbimento nell'accordo contrattuale.

Sulla base di tale ipotesi il contratto non solo dunque è concluso, ma è anche valido. La validità non è più intesa come ostacolo alla operatività dell'art. 1337 c.c., ferma restando, tuttavia, l'eventualità di contratto non concluso, situazione che comunque può verificarsi e dalla quale discende la responsabilità per la condotta tenuta, in quanto lesiva di una regola di condotta.

Le situazioni di slealtà, scorrettezza, carenza di informazioni, comportamenti maliziosi o reticenti, laddove non siano assimilabili alla tipica previsione normativa dei vizi del contratto dai quali discende l'invalidità del vincolo, non possono comunque essere irrilevanti, paradosso al quale, come si è visto, pure si era giunti. Questa natura intermedia che caratterizza tali comportamenti, ibrida oserei dire, che si pone tra i vizi del contratto come causa di invalidità e comportamenti irrilevanti, sono stati identificati come 'quasi vizi' del contratto o 'vizi incompleti'¹⁴⁰.

Una volta definito il sostrato ideologico di tale nuova tesi, bisogna dunque enucleare le condotte riferibili a tale ipotesi, e con esse la norma alle quali ricondurle. Il riferimento normativo si è rintracciato nell'art. 1440 c.c. che si riferisce a quei raggiri, seppur non determinanti per la manifestazione del consenso, che abbiano però indotto la parte ad accettare condizioni meno vantaggiose. Si pensi ad esempio alla violenza, al dolo non determinante, all'errore non essenziale, al-

¹⁴⁰ M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, *passim*.

la lesione *infra dimidium*¹⁴¹, condotte dunque che non hanno oltrepassato la soglia di gravità tale da incidere sulla validità.

Nel compiere tale sforzo classificatorio, innegabile è il riferimento alla sempre maggiore rilevanza degli obblighi informativi e con essi delle condotte omissive maliziose e reticenti¹⁴² alle quali la stessa Corte ha fatto riferimento, la cui assenza renderebbe leale il contegno tenuto durante contrattazione, laddove non vi sia uno specifico obbligo di informazione normativamente previsto. La propensione dei sostenitori della teoria dei 'vizi incompleti' del contratto è quella di considerare l'art. 1440 c.c., non una mera ipotesi specifica del dolo determinante, ma un vero e proprio principio generale al quale ricondurre tutte quelle condotte definite come 'quasi vizi' e dunque vizi incidenti e non determinanti la volontà delle parti. Si assiste dunque ad una moltiplicazione delle condotte rilevanti ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale, in quanto sono finalizzate alla valutazione della sconvenienza del contratto, anche se valido¹⁴³.

Innegabile certamente è il mutamento di tendenza, in quanto dall'unica ipotesi di responsabilità precontrattuale di rottura ingiustificata delle trattative si passa a valutare altri tipi di comportamento contrari alla buona fede, quali astuzia, malizia e reticenza modificando il concetto stesso di violazione, valutata anche sotto il profilo risarcitorio non più relegato al solo interesse negativo, e presente anche in caso di contrat-

¹⁴¹ M. FRATINI, F. IORIO, *La contrattualizzazione della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 54. Gli Autori esemplificano in tal modo tali ipotesi. Tuttavia danno anche conto di peculiari situazioni, in cui tale assunto, fondato ancora sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, non è così netto e dunque gli obblighi comportamentali diventano regole di validità.

¹⁴² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 163, fa riferimento proprio alla reticenza nell'identificazione degli obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale ed in particolare all'interno degli obblighi di informazione.

¹⁴³ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto*, cit., p. 19, definisce tale teorizzazione come un «modello che apre il varco alla possibilità di estendere la disciplina della responsabilità ad una serie di ipotesi in cui il contegno scorretto, tenuto da uno dei contraenti nel corso delle trattative, o in sede di conclusione del contratto abbia dato vita ad un assetto contrattuale – pur valido ed efficace – non conforme all'interesse dell'altro contraente».

to concluso validamente e dunque non solo, come invece avveniva in precedenza, legato all'invalidità dello stesso¹⁴⁴.

Dalla teorizzazione di tali concetti, tuttavia, emerge la difficoltà di darne concreta operatività. Dar peso alla sconvenienza dell'affare, così come alla rilevanza delle informazioni, significa introdurre concetti indefiniti e vaghi che devono essere di volta in volta rapportati al caso concreto. Il giudice del singolo caso, dunque, sarà chiamato a valutare una condotta la cui gravità non ha inciso sulla validità del vincolo, ma ha reso sconveniente l'affare. Chiedersi dunque quali debbano essere i parametri della sconvenienza, da chi debbano essere stabiliti e in che modo debba considerarsi esistente il nesso di causalità tra il parametro della buon fede, la sua lesione e la condotta di 'quasi vizio', sono solo alcuni degli interrogativi che fanno emergere una pericolosa relazione tra 'giustizia del caso concreto' e teorizzazione generale di principi.

La cautela mostrata dai giudici è probabilmente volta ad evitare che qualunque contegno considerato dalla parte come scorretto possa incidere arbitrariamente sulla valutazione della convenienza dell'affare, così come evitare che ogni informazione, se omessa, possa ingenerare la violazione della clausola generale come riconosciuta ormai nell'art. 1337 c.c. A questo si aggiunga la preoccupazione di produrre, laddove si manifesti un atteggiamento più aperto, un eccessivo freno alle contrattazioni, che avrebbe un'inevitabile ricaduta sul mondo economico¹⁴⁵ e costituirebbe un limite troppo stringente all'autonomia negoziale, che vede nella volontà delle parti il suo baluardo.

Sia il riferimento ai 'quasi vizi del contratto' che alle 'informazioni rilevanti', specificazione quest'ultima che riduce il dominio della reticenza come causa invalidante, conferisce un

¹⁴⁴ F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 6 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 202; T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit.

¹⁴⁵ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, cit., p. 318 ss., fornisce un ampio panorama sul punto, palesando anche dubbi in relazione alla risoluzione di casi futuri.

discusso e discutibile potere discrezionale al giudice rapportato alla valutazione del singolo caso.

L'accoglimento giurisprudenziale della teoria dei 'quasi vizi' del contratto – e con essa l'ammissibilità di considerare applicabile l'art. 1337 c.c. anche al contratto valido – si è manifestato, da ultimo, proprio nella già citata sentenza del 23 marzo 2016, ove il contratto risulta valido ma pregiudizievole alla luce della valutazione del contegno scorretto delle parti. In tale esercizio logico che lega la natura pregiudizievole – altro indicatore lessicale pericolosamente rapportato alla valutazione soggettiva e dunque slegato da parametri oggettivi e definiti a priori – alla responsabilità nella fase delle trattative, bisogna chiedersi come debba connotarsi proprio il comportamento scorretto delle parti. La Corte stessa, pur riconoscendo l'impossibilità di definire preventivamente tale concetto, fornisce una definizione e una esemplificazione dei contegni che violano l'art. 1337 nella sua più ampia estensione. Le parti dunque devono astenersi «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».

Centrali risultano essere sia l'obbligo informativo, come vedremo pericolosamente rapportato alla 'rilevanza', che i comportamenti maliziosi e reticenti, i quali creano ulteriori problemi applicativi. Per inserire questi concetti nella teoria dei 'vizi incompleti', cosa che proprio la Corte fa nel momento in cui li riconnette alla sconvenienza e non alla invalidità del contratto, bisogna dunque farne emergere le criticità.

Sia nel caso di inganno che di omessa informazione, tali contegni sono rapportati alla valutazione della non sufficiente gravità tale da condurre all'annullamento. «Il contratto rimane valido e la vittima ha diritto al risarcimento per aver accettato, a causa dell'inganno, condizioni diverse e peggiori (art. 1440 c.c.); così pure nel caso di omessa o falsa informazione che dia luogo ad errore non essenziale e quindi non renda il contratto annullabile»¹⁴⁶.

¹⁴⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 176, sottolinea come tale tipo di danno si riconnetta prevalentemente alla violazione di doveri informativi.

Proprio il riferimento alle condizioni della contrattazione e al valore delle informazioni (insieme – direi – al tradizionale indicatore lessicale della ‘malizia’ del comportamento omissivo) riporta la luce sulla tematica del dolo vizio del consenso nell’ambito della responsabilità precontrattuale, dal momento che sono dette rilevanti quelle informazioni che incidono sulla formazione del contratto, in quanto se conosciute avrebbero avuto ripercussioni sull’esito della contrattazione, ovvero condotto a condizioni differenti. Ecco dunque, in tale ultima ipotesi, la concreta operatività della teoria dei ‘vizi incompleti del contratto’ in diretta connessione con l’art. 1440 c.c. inteso nella sua accezione generalissima di principio e non di *species*.

Si amplia così l’obbligo di informazione, non più rapportato alle mere condizioni di validità del contratto ex art. 1338 c.c., ma tale dovere si qualifica ulteriormente attraverso valutazioni specifiche rapportate alla convenienza dell’affare¹⁴⁷, in relazione alla poca gravità che tuttavia determina la sconvenienza.

Viene accolta dalla giurisprudenza, ma non senza criticità, tale teoria inizialmente solo dottrinale.

Il *discrimen*, dunque, tra obbligo informativo e diritto al riserbo sarebbe proprio rappresentato dalla rilevanza delle informazioni, laddove non vi sia uno specifico obbligo informativo tale da far insorgere una palese violazione normativamente prevista nell’ambito della responsabilità precontrattuale al fine di attuare quei «principi ed idealità solidaristiche»¹⁴⁸ per soddisfare gli interessi tutelati.

A questo si aggiunga che la Suprema Corte in campo civile fatica a riconoscere autonoma valenza alla condotta omissiva della reticenza, come anche del silenzio, in quanto solo se accompagnati da malizia o astuzia (altro riferimento lessica-

¹⁴⁷ G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 108. Cfr. per una diversa posizione dottrinale C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 163, che fa riferimento alle circostanze obiettive che rendono il contratto invalido, inefficace, inutile ma non rapportate alla convenienza dell’obbligazione. Palese è il riferimento dell’A. alle cause di inadempimento del contratto e alla pericolosità della prestazione e del bene insieme all’inutilità del contratto intesa come irrealizzabilità della causa.

¹⁴⁸ R. SCOGNAMIGLIO, «art. 1337», cit., p. 206.

le tradizionali, oltre che concettuali) andrebbero a configurare una condotta dolosa rilevante ai fini dell'annullamento del contratto posto in essere in riferimento ai comportamenti tenuti anche nella fase antecedente la conclusione dell'accordo tra le parti, svilendo così l'autonoma valenza del dolo omissivo che necessariamente deve accompagnarsi a condotte commissive volte a connotare un contegno plurimo. Ancora una volta la dottrina invece a riguardo manifesta un atteggiamento più aperto sebbene non univoco. La dottrina si è chiesta se il termine 'raggiri' possa comprendere ogni generico inganno e se dunque si possa considerare proprio l'art. 1337 c.c., che impone un obbligo di comportarsi secondo buona fede la cui violazione, attraverso l'omissione di informazioni rilevanti da parte di un contraente nei confronti dell'altro come sostegno normativo della responsabilità precontrattuale.

Un primo orientamento identificherebbe la reticenza come violazione dell'obbligo generale di informazione in base ai principi di responsabilità contrattuale generando così una obbligazione di risarcimento¹⁴⁹.

Un ulteriore atteggiamento propenderebbe invece per la considerazione della reticenza, anche se non intenzionalmente ingannevole, come causa di annullamento del contratto, in quanto contrastante con l'obbligo di informazione su circostanze determinanti e dunque contraria all'art. 1337 c.c. esplicitante il dovere di informazione¹⁵⁰. Proprio ponendo al centro della riflessione il generale e generico, oltre che discusso, obbligo di informazione, si è palesata la necessità di considerare tale principio come elastico, aperto e da modellare di volta in volta in relazione alle sempre nuove esigenze che emergono dal dinamismo della società odierna¹⁵¹. Non è fruttuoso dunque qualificare tale obbligo come un vero e proprio «dovere di

¹⁴⁹ Si sono fatti portavoce di tale visione P. BARCELLONA, *Profilo della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 209; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., p. 104.

¹⁵⁰ R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1998, p. 466.

¹⁵¹ Cfr. già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 460; R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», cit., p. 467.

dire sempre tutta la verità»¹⁵², ma è necessario ravvisarvi un importante presidio a tutela delle parti contrattuali, soprattutto quelle più deboli¹⁵³.

Dall'analisi di tali contrastanti visioni dottrinali, emergono la difficoltà e la rilevanza del tema che, in una più ampia prospettiva, dovrebbero condurre ad un bilanciamento tra il dovere di informazione ed il diritto al riserbo, che innegabilmente andrebbe a delimitare l'«esatto confine tra il dovere di informazione gravante su una parte e l'onere di autoinformazione incombente sull'altra»¹⁵⁴.

Queste rappresentano, dunque, le coordinate di riferimento per tentare di comprendere il mutevole e complesso sistema, ancora in divenire, riguardante il dolo omissivo nel diritto civile. Ritorna così quel concetto di buona fede inteso come portatore di valori atemporali ma moralizzanti, che innegabilmente si elevano a metro di giudizio del contegno delle parti durante le trattative e nel corso dell'esecuzione del contratto. Lunghi dal voler giungere a semplicistiche conclusioni, va condivisa l'impostazione dottrinale che ne prospetta tale difficoltà ravvisandone molteplici punti critici nel sostenere che «sempre più ardua diventa la distinzione tra il celare e il tacere, tra la *suppressio veri* e la reticenza»¹⁵⁵, sebbene innegabili sono i «casi in cui il tacere intenzionale all'altro contraente determinate circostanze è certamente contrario alla buona fede contrattuale e, soprattutto se si tratta di circostanze alle quali l'altro contraente avrebbe dato importanza per decidere di stipulare o meno il contratto, caso in cui la reticenza è certamente rilevante ai fini dell'annullamento dell'atto». Comprendiamo, così, come la già palesata difficoltà di connotare o definire la buona fede si amplifica se rapportata alle condotte omissi-

¹⁵² W. BIGIAMI, *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, p. 90.

¹⁵³ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, p. 434 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, Napoli, 1987, p. 468; M. CAPUTO, *La forma funzionale del contratto*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., p. 670 ss.

¹⁵⁴ Così sul punto R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», cit.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, cit., p. 318 ss.

¹⁵⁵ Si v. R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», cit., p. 467.

ve che, soprattutto in ambito civile, faticano a rendersi autonome. Una interessante prospettiva è quella che considera la mera consapevolezza, e addirittura la possibilità dell'induzione di errore attraverso la reticenza, già sufficienti ad integrare astrattamente l'art. 1439 c.c.¹⁵⁶: dovrà poi seguire una valutazione in concreto legata al caso specifico, così come propende la giurisprudenza. «La giurisprudenza infatti tende a circondare il dolo omissivo di molte cautele, mossa dalla preoccupazione di evitare che una qualsiasi mancata informazione possa essere sfruttata dalla controparte, pentita del contratto concluso»¹⁵⁷.

Conformemente a tali premesse si può comprendere la consolidata posizione giurisprudenziale, secondo la quale il dolo omissivo è causa di annullamento soltanto quando si inserisce in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito determinando l'errore¹⁵⁸.

Ciò che dovrà prodursi è un bilanciamento doveroso tra due opposte esigenze: da un lato, infatti, dovrà essere tutelato l'interesse del contraente leso dalla reticenza della controparte, dall'altro, invece, sarà necessario evitare di favorire l'inerzia e la poca solerzia ad autoinformarsi colpevolmente attendendo informazioni dalla controparte senza reperirle autonomamente, proprio in relazione al dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Ciò che rileva è una particolare – e forse pericolosa – attenzione al comportamento della vittima dell'inganno.

¹⁵⁶ R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», cit., p. 467.

¹⁵⁷ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 364.

¹⁵⁸ Questo l'orientamento ormai consolidato della Cassazione che valuta l'inerzia della parte qualificata da ulteriori comportamenti per poterla ricollegare all'art. 1439 c.c. Si v., tra tutti, Corte di Cassazione, sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253; Corte di Cassazione, sez. II, 15 marzo 2005, n. 5549. In dottrina: P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale. La fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, p. 295 ss.; M. DE POLI, *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da: Alberto Trabucchi alla stagione della trasparenza contrattuale*, *ivi*, 2011, p. 647 ss.

In questo senso, si comprende pienamente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, enfatizzando la condotta del *deceptus*, «il dolo che vizia la volontà e causa l'annullamento del contratto può consistere nel mendacio purché, valutato in relazione alle circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni dell'altra parte, sia accompagnato da una condotta maliziosa ed astuta capace di realizzare l'inganno voluto ed a sorprendere la buona fede di una persona di normale diligenza e buon senso, posto che l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se è fondato sulla negligenza»¹⁵⁹. Il contegno della vittima dell'inganno è rapportato al parametro della persona di normale diligenza, attenzione che tuttavia, secondo parte della dottrina, molto spesso sostituisce in maniera impropria la disamina dell'idoneità della reticenza ad ingannare nel caso specifico, o a determinare la volizione, soffermandosi in maniera eccessiva sulla condotta del *deceptus* o limitandosi ad accertare la sussistenza del nesso causale¹⁶⁰. Tale medesima propensione si è infatti già registrata da parte della giurisprudenza in tema di dolo commissivo, all'interno della dibattuta questione della «serietà del raggio». Una parte della dottrina proponeva di rapportare l'intensità del raggio a schemi valutativi socialmente accettati dalla maggioranza secondo il parametro dell'uomo medio¹⁶¹ in quanto soltanto tale parametro potrebbe far comprendere la differenza tra *dolus malus* e *dolus bonus*, distinzione che altrimenti rischierebbe di scom-

¹⁵⁹ Corte di Cassazione, sez. II, 28 ottobre 1993, n. 10718.

¹⁶⁰ Così R. CAVALLO BORGIA, «art. 1439», cit., p. 468. Si confronti la sentenza della Corte di Cassazione, 2 febbraio 2012, n. 1480, dove la Suprema Corte, proprio nel tentare di compiere il bilanciamento di cui sopra, ha statuito che è annullabile per dolo la vendita di un'autovettura il cui contachilometri sia stato manomesso e il venditore, nonostante fosse a conoscenza della manomissione, non abbia informato l'acquirente. Si chiarisce che il dolo può manifestarsi tanto nell'attività ingannatoria nei confronti della controparte attraverso notizie false, con parole o con fatti integranti il dolo commissivo, quanto nel silenzio nella reticenza, volti a nascondere fatti o circostanze decisive. La Corte, nel caso di specie, ritiene sussistenti tutti i requisiti integranti la fattispecie del dolo omissivo e censura la violazione dell'art. 1337 c.c. e dell'art. 1439 c.c., con conseguente annullamento del contratto.

¹⁶¹ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 2015.

parire ampliando eccessivamente la tutela della vittima anche di semplici astuzie e accorgimenti commerciali che non possono essere equiparati a condotte ben più serie.

Anche la recente giurisprudenza sembrerebbe richiedere la diligenza del *deceptus* come criterio valutativo della condotta dolosa: il rapporto si manifesterebbe tra la vittima, il suo contegno, ed un agente modello nelle sue stesse condizioni. Da tale raffronto emergerebbero dunque dei parametri di giudizio del comportamento dell'ingannato che permetterebbero di dimostrare come la comune diligenza dell'uomo medio abbia potuto o meno evitare l'inganno, non solo nei confronti del singolo, ma verso chiunque si fosse ritrovato nelle medesime circostanze. Si giungerebbe così ad un'astrazione dei parametri per poi applicarli indistintamente ad ogni *vir bonus* rappresentativo di quel parametro di diligenza tale, oltre il quale l'inganno non avrebbe potuto essere evitato¹⁶².

Va però ribadito che, nonostante anche la recente giurisprudenza sembrerebbe allinearsi a tale ultima concezione¹⁶³,

¹⁶² Si noti come tale orientamento fosse già stato esplicitato precedentemente dalla Suprema Corte. Cfr. Corte di Cassazione, 6 febbraio 1982, n. 683, in *Giustizia civile. Massimario*, 1982, p. 258: per aversi dolo come causa di annullamento del contratto, l'adeguatezza dei mezzi *ad decipiendum alterum* va rapportata alla normale diligenza ed al normale buon senso di cui la controparte deve essere fornita perché ne sia tutelabile l'affidamento, in quanto la buona fede riceve protezione solo se non sia costituita da negligenza o ignoranza. Si tenga presente sul tema la posizione di A. TRABUCCHI, s.v. «Dolo (diritto civile)», cit., p. 153: «Le parti che si trovano l'una di fronte all'altra nella conclusione del contratto non hanno limiti concreti da osservare nella loro attività naturalmente diretta a conseguire il massimo vantaggio; e se una di esse crede alle semplici affermazioni false dell'altra, vuol dire che è stata poco cauta nella tutela del proprio interesse, e non per questo il diritto dovrà fornirle una protezione, come di fronte a chi viola con artifici o raggiri una più grave forma di correttezza e di onestà».

¹⁶³ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 23 giugno 2009, n. 14628. In particolare, ricorre il *dolus malus* solo se, in relazione alle circostanze di fatto e personali del contraente, il mendacio sia accompagnato da malizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza e sussista, quindi, in chi se ne proclami vittima, assenza di negligenza o di incolpevole ignoranza. Posizione questa citata e condivisa anche nella sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, 23 giugno 2015, n. 12892.

il tenore letterale dell'art. 1439 c.c. non faccia riferimento né all'uomo medio come parametro oggettivo di qualificazione, né all'intensità dell'inganno. «La nozione di raggirio che integra il dolo quale causa di invalidità del contratto, implica in generale l'intenzionalità dell'agire e precisamente il proposito di influire sul consenso della vittima mediante un comportamento ingannevole»¹⁶⁴ determinante, ossia senza il quale la vittima non avrebbe contrattato. È dunque l'antigiuridicità della condotta fondata sulla particolare riprovazione sociale del raggirio volto a trarre profitto a danno della vittima che giustifica l'annullamento del contratto.

Sebbene tale critica, legata al tenore letterale della norma, sia una delle principali argomentazioni della teoria negativa, senza dubbio risulta evidente come sia impossibile prescindere da un esame del comportamento della vittima al fine di valutare l'idoneità ingannatoria della condotta. Il riferimento indiscusso alla difficoltà, ma anche alla necessità di soffermarsi sulla rilevanza della condotta dell'ingannato, ha fatto sì che la dottrina, «da un lato arrivasse a sostenere di commisurare l'entità dei raggiri con il grado di diligenza e di avvedutezza del *deceptus*, proponendo così una valutazione in concreto della personalità e delle condizioni del soggetto; dall'altro invocasse un parametro oggettivo, quale la normale diligenza e il buon senso, comportando in tal modo una più rigorosa prova del dolo estrinsecatosi in inganni oggettivamente gravi».

La giurisprudenza, dopo pronunce altalenanti che andavano ad enfatizzare talvolta la normale diligenza e il normale buon senso della parte, talvolta la valutazione in concreto delle circostanze e delle condizioni soggettive, si è fatta portavoce di una valutazione complessa affermando così l'esigenza di rapportare l'attività dolosa ad entrambi i criteri: è necessario tenere in considerazione sia le particolari circostanze di fatto, sia la condizione soggettiva del *deceptus* al fine di stabilire l'idoneità a sorprendere una persona di normale diligenza¹⁶⁵.

¹⁶⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 665.

¹⁶⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 23 giugno 2015, n. 12892; Corte di Cassazione, sez. III, 2004, n. 20792. Si v. *supra*.

Nel dolo omissivo viene dunque operato il medesimo sforzo interpretativo: la rilevanza del dolo-inganno viene rapportata alla sussistenza di malizia o astuzia purché da parte della vittima non vi sia stata negligenza o incolpevole ignoranza, sottolineando dunque da un lato il riferimento all'elemento soggettivo del contegno della vittima, dall'altro la valutazione in concreto dell'analisi delle circostanze. Nel proporre tale visione combinata e duplice, la Corte di Cassazione recepisce l'orientamento della giurisprudenza oggi prevalente¹⁶⁶, che complica indubbiamente la valutazione del dolo omissivo, ancor di più nella fase precontrattuale. Oltre a negare l'attitudine ingannatoria autonoma del silenzio e della reticenza, laddove non alterino la percezione della realtà da parte del contraente – ma diventano, invece, causa di annullamento del contratto qualora mutino la rappresentazione della situazione – la Suprema Corte sottolinea che il dolo omissivo può essere causa di annullamento del contratto solo quando l'inerzia di uno dei contraenti si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a realizzare l'inganno a danno dell'altro contraente¹⁶⁷ del quale tuttavia dovrà essere valutata l'avvedutezza e la solerzia nel reperire informazioni così come ogni agente modello farebbe.

Viceversa la Corte di Cassazione penale è riuscita più pacificamente a ricondurre le medesime condotte nell'ambito del dolo-truffa, laddove vi sia uno specifico obbligo di informazione, e contemporaneamente a configurare un obbligo generico nel caso in cui la specificazione normativa sia assente. L'inclinazione culturale del giudice penale a valutare gli aspetti omissivi ha favorito tale riconoscimento di clausola generale ponendo in essere quello stesso esercizio mentale di carattere ipotetico e prognostico volto ad accertare il nesso causale nei reati omissivi¹⁶⁸. In tema di responsabilità precontrattuale, ha

¹⁶⁶ Corte di Cassazione, sez. II, 12 febbraio 2003, n. 2104; Corte di Cassazione, sez. I, 11 ottobre 1994, n. 8295 e Corte di Cassazione, 18 ottobre 1991, n. 11038.

¹⁶⁷ Corte di Cassazione, sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253.

¹⁶⁸ Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, 10 luglio 2002, n. 303028 dà conto della sostanziale diversità tra il sistema penale e quello civile nella ricer-

ravvisato, in maniera più netta rispetto alla Cassazione civile, la rilevanza della condotta omissiva estrinsecata nella reticenza o nel silenzio, facendo emergere la pregnanza del generico obbligo di buona fede che sarebbe leso dal comportamento doloso e reticente posto in essere in quanto non conforme a quegli obblighi di protezione che incombono sulle parti. Anche in ambito di dolo contrattuale la Corte di Cassazione penale ha chiarito che «in materia di truffa contrattuale anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento oggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggirio idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato e che il reato in esame è configurabile non soltanto nella fase di conclusione del contratto, ma anche in quella dell'esecuzione allorquando una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca in errore l'altra parte con artifici e raggiri, omettendo intenzionalmente la comunicazione di circostanze rilevanti che si ha il dovere di far conoscere, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno»¹⁶⁹. A ciò aggiunge: «L'idoneità del

ca del nesso causale. Cfr. L. D'APOLLO, *Nesso di causalità: l'accertamento in sede civile è diverso da quello penale. Nota a Cassazione del 16 ottobre 2007, n. 21619*, in *Altalex*, 2008 (<http://www.altalex.com>), espone una diversità sia sotto un profilo morfologico che funzionale. Il riferimento alla condotta attiva che permea il sistema civile attraverso il 'cagionare' collega l'evento imputabile all'autore evocando il profilo risarcitorio conseguenza dei pregiudizi subiti. Nell'ambito penalistico invece già nello stesso sistema normativo si ravvisa una propensione all'accertamento omissivo che si trasfonde anche nella valutazione della condotta dell'autore operata dal giudice penale (si pensi alle previsioni contenute negli art. 40 e 41 c.p.). Per un inquadramento generale si v. A. FIORE TARTAGLIA, *Il nesso di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, *passim*. In riferimento alla causalità omissiva, si v. M. DONNINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per 'aumento del rischio'. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Rivista italiana di procedura penale*, 1992, p. 32 ss.

¹⁶⁹ Corte di Cassazione, sez. II penale, 27 luglio 2012, n. 30798: «Il reato di truffa è configurabile non soltanto nella fase di conclusione del contratto, ma anche in quella dell'esecuzione allorquando una delle parti, nel contesto di un rapporto lecito, induca in errore l'altra parte con artifici e raggiri, omettendo intenzionalmente la comunicazione di circostanze rilevanti che si ha il dovere di far conoscere, conseguendo un ingiusto profitto con altrui danno. In

raggiro e dell'artificio richiesta dalla norma in esame deve essere valutata in concreto, ossia con riferimento alla situazione concreta e alle precise modalità esecutive della stessa: tale idoneità non è esclusa da preventivi controlli, né dalla scarsa diligenza impiegata dalla persona offesa se alla base esista un artificio o un raggirio posto in essere dall'agente e si accerti che tra di esso e l'errore in cui la parte offesa è caduta esista un nesso eziologico»¹⁷⁰.

Queste riflessioni in merito alla rilevanza, seppur circostanziata della reticenza e delle condotte omissive, hanno permesso di palesare le questioni riguardanti il bilanciamento tra obbligo informativo e diritto al riserbo rapportate oggi alla teoria dei 'quasi vizi del contratto'. La valutazione di uno squilibrio informativo e con esso la ponderazione della sconvenienza dell'affare, con tutti i risvolti applicativi critici che si è tentato di esporre, giustifica una tutela risarcitoria seppur non incide sulla validità del vincolo.

materia di truffa contrattuale anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da parte di chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere integra l'elemento oggettivo ai fini della configurabilità del reato di truffa, trattandosi di un raggirio idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti non avrebbe dato. In relazione al reato di abuso di ufficio ai fini della prova dell'abuso di ufficio nel suo aspetto soggettivo, è legittimo dare rilievo a singoli comportamenti antecedenti, contestuali o anche successivi all'atto o alla condotta che designa l'abuso».

¹⁷⁰ Corte di Cassazione, sez. II penale, 26 luglio 2012, n. 30686: «In tema di truffa contrattuale, anche il silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze rilevanti sotto il profilo sinallagmatico da parte di colui che abbia il dovere di farle conoscere, integra l'elemento oggettivo del raggirio, idoneo a determinare il soggetto passivo a prestare un consenso che altrimenti avrebbe negato».

SILVIA CAPASSO, Appunti in tema di responsabilità precontrattuale

L'articolo è un *excursus* storico-dogmatico in tema di responsabilità precontrattuale. Partendo da una prospettiva diacronica (che inizia dall'antichità rivisitata dalla tradizione romanistica), si ricostruisce il contesto in cui si sviluppa l'odierno concetto di responsabilità precontrattuale e dunque quello di buona fede. L'interrogativo circa il contegno da tenere nella fase delle trattative è stato il punto di partenza della riflessione di Rudolf von Jhering e successivamente della dottrina italiana sotto la vigenza del codice civile del 1865, in dibattiti che hanno portato alla codificazione del parametro della buona fede nel 1942 anche rispetto alla fase delle trattative. L'art. 1337 c.c. diventa il riferimento normativo la cui portata, inizialmente compressa a sporadiche ipotesi specifiche, va gradualmente ampliandosi, fino ad essere considerata una clausola generale che impone lealtà e correttezza tra le parti anche nella fase antecedente alla conclusione del contratto. L'inquadramento della responsabilità precontrattuale ha numerosi risvolti problematici, che sono stati oggetto di decennali confronti dottrinali e giurisprudenziali, anche recenti: si pensi alla natura contrattuale, extracontrattuale o da incardinare in un ibrido *tertium genus* e alle relative conseguenze in tema di onere della prova, di prescrizione, di *mutatio libelli*. A tali aspetti si aggiungano la valenza dell'incapacità naturale come esimente o del terzo che si intromette nella trattative e la risarcibilità del danno rapportato alla lesione di un interesse negativo o positivo. Nel contributo, sono inoltre esaminati i più recenti orientamenti giurisprudenziali, che arrivano a connotare tale responsabilità come scaturente da 'contatto sociale' o che si fanno portavoce di nuove teorie, come quella dei 'quasi vizi del contratto', sintomatica della natura intermedia delle situazioni di slealtà, scorrettezza, carenza di informazioni, comportamenti maliziosi o reticenti, collocata tra causa di invalidità e comportamenti irrilevanti.

Parole chiave: responsabilità precontrattuale, art. 1337 c.c., giurisprudenza, dottrina.

SILVIA CAPASSO, Notes on pre-contractual liability

The article is an historical and dogmatic *excursus* on the subject of pre-contractual liability. Starting from a diachronic perspective (that begins from the ancient times, but revisited by the roman law scholarship), the context in which today's concept of pre-contractual liability and therefore of good faith is developed. The question about the attitude to be taken in the negotiation phase has been the starting point of the reflection of Rudolf von Jhering and subsequently of the Italian doctrine under the civil code of 1865, in debates that have laid to the codification of the parameter of good faith in 1942 also referring to the negotiation phase. Article 1337 c.c. becomes the normative reference, whose scope, initially compressed to sporadic specific hypothesis, is gradually expanding, until it is now considered a general clause that imposes loyalty and correctness between the parties even in the phase before the conclusion of the contract. The framing of pre-contractual liability has various problematic implications, which have been object of long-lasting comparisons both under a scientific point of view and in the decisions of the Courts. For example: its nature: contractual, extracontractual or to be incardinated in a hybrid *tertium genus* and the consequences on the burden of proof of prescription, of *mutatio libelli*. To these points are added the valence of the natural incapacity as exempt or of the third one that interferes in the negotiations and the compensation of the damage related to the prejudicial effects of a negative or positive interest. In the essay are examined the most recent orientations of the decisions, coming to connote this responsibility as arising from 'social contact' or that become spokespersons of new theories, such as that of the 'almost vices of the contract', symptomatic of the intermediate nature of situations of disloyalty, impropriety, lack of information, mischievous or reticent behavior, placed between the cause of disability and irrelevant behavior.

Key words: pre-contractual liability, art. 1337 c.c., court decisions, doctrine.

INDICE DEL FASCICOLO 2 2019

Miscellanea

Andrés Ollero, Controllo di costituzionalità:
tra tradizione e innovazione. Il caso spagnolo..... 235

Federico Martelloni, Metamorfosi del lavoro e polisemia
del tempo: riconoscerlo, proteggerlo, remunerarlo..... 249

Antonello De Oto, I cappellani militari italiani
nella prima guerra mondiale..... 267

Silvia Capasso, Appunti in tema di responsabilità
precontrattuale..... 285

Cristina Ciancio, ‘Sepolti vivi’. Paura tra *topos* letterario
e problema giuridico..... 345

Damigela Hoxha, La laurea in diritto nel Regno d’Italia
napoleonico. Il caso di Bologna..... 391

Matteo de Pamphilis, I contratti di consumo tra esigenze di
armonizzazione e nuovi modelli negoziali 411

Fatti e giudizi

Giovanni B. Varnier, L’omaggio della Accademia e degli amici
al professore Alessandro Albisetti..... 453

Recensioni..... 459

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868
Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli "estratti", a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.