

ISSN 1128-2142

# *rivista di* diritto privato

2 anno XVI - aprile/giugno 2011

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada  
Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Michele Capodanno  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Luigi Augusto Miserocchi  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

# *rivista di* diritto privato

## **Pubblicazione trimestrale**

### **Editrice**

Cacucci Editore S.a.s.  
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)  
www.cacuccieditore.it  
e-mail: riviste@cacuccieditore.it  
Telefono 080/62030890  
Fax 080/5234777

### **Direttore responsabile**

Nicola Cacucci

### **Comitato scientifico**

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,  
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

### **Direttore**

Giorgio De Nova

### **Condirettori**

Michele Capodanno, Mario Cicala, Enrico Gabrielli,  
Luigi Augusto Miserochi, Vincenzo Roppo,  
Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

### **Comitato editoriale**

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,  
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,  
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,  
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,  
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,  
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,  
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,  
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Obeto,  
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,  
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,  
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,  
Michele Tamponi, Federico Tassinari,  
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccheco,  
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

### **Redazioni**

**Milano:** Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci  
**Bari:** Adriana Addante, Caterina Calia,  
Claudia Morgana Cascione

### **Realizzazione grafica**

Quorum Italia S.r.l. – Bari

### **Fotocomposizione e stampa**

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa  
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009  
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione  
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.  
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

## **Abbonamenti**

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

### **Italia**

Abbonamento annuale: € 125,00.

### **Estero**

Abbonamento annuale: € 250,00.

### **Magistrati e Uditori giudiziari**

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

**Prezzo singola copia:** € 35,00.

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

### **Per l'invio di corrispondenza:**

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,  
70122 Bari.

### **Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.**

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,  
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,  
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,  
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,  
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno  
conservati nel data base informatico del titolare  
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

*rivista di*  
diritto privato

2011

**Comitato scientifico**

Giorgio De Nova  
Natalino Irti  
Pietro Rescigno  
Piero Schlesinger  
Paolo Spada  
Adriano Vanzetti

**Direzione**

Giorgio De Nova  
Michele Capodanno  
Mario Cicala  
Enrico Gabrielli  
Luigi Augusto Miserocchi  
Vincenzo Roppo  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Tucci  
Giuseppe Vettori



CACUCCI  
EDITORE

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

---

## SOMMARIO 2/2011

---

### Studi e Note

---

**Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento**  
*di Pietro Perlingieri* 159

**Il matrimonio dello straniero in Italia  
nella tradizione della nostra codificazione civile.  
Da Pasquale Stanislao Mancini al "Pacchetto Sicurezza"**  
*di Giuseppe Tucci* 171

**La «nuova» responsabilità precontrattuale**  
*di Tommaso Febbrajo* 195

**Rapporti di impresa e responsabilità sociale**  
*di Adriana Addante* 229

**Inosservanza dell'autorizzazione giudiziale *ex art. 169 c.c.*  
e sue conseguenze**  
*di Rosario Franco* 255

### Diritto e Industria

---

**Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione.  
Ricorso N. R.G.: 904/2009 S.c. – Udienza: 24/9/2009**  
*di Rosario Giovanni Russo* 297

## La «nuova» responsabilità precontrattuale\*

di Tommaso Febbrajo

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tradizionale limite operativo della fattispecie: l'incompatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso. – 3. Il tradizionale limite alle conseguenze: il risarcimento del solo «interesse negativo». – 4. Le aperture giurisprudenziali: la responsabilità da «ritardo» nella stipula e da contratto valido ma «sconveniente». – 5. La nuova responsabilità precontrattuale: la fattispecie. – 6. La nuova responsabilità precontrattuale: il danno risarcibile. – 6.1 Il danno risarcibile in caso di assenza di contratto. – 6.2 Il danno risarcibile in caso di stipula di un contratto valido ma sconveniente. – 7. La natura giuridica. – 8. Conclusioni.*

1. Per un ampio arco di tempo protrattosi dagli anni trenta del secolo scorso sino all'ultimo decennio, la giurisprudenza italiana ha imposto alla responsabilità precontrattuale un duplice limite, ritenendo l'istituto inoperante al cospetto di un valido contratto e considerando risarcibile il solo danno corrispondente all'interesse negativo.

Tale atteggiamento è rimasto inalterato anche dopo l'entrata in vigore del codice del 1942, e ciò nonostante l'illecito precontrattuale, in maniera del tutto inedita per lo scenario europeo dell'epoca<sup>1</sup>, venisse disciplinato con una norma di tenore generale imperniata sul principio di buona fede (art. 1337 c.c.). Come è stato autorevolmente osservato, le Corti, con il loro pervicace atteggiamento, hanno arbitrariamente «immiserito» le potenzialità operative dell'art. 1337 c.c., destinandolo ad una «applicazione riduttiva e monocromatica limitata all'area del recesso ingiustificato dalla trattativa»<sup>2</sup>.

\* Scritto destinato agli Studi in onore del prof. Antonino Cataudella.

<sup>1</sup> Al riguardo, si vedano le ampie osservazioni di G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in V. Roppo (a cura di), *Rimedi*, V, t. 2, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006, p. 983 ss.

<sup>2</sup> R. Sacco, *La trattativa*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 2004, p. 503. Ciò ha determinato una sorta di «paradosso italiano», che vede un'applicazione pratica della responsabilità precontrattuale tra le più restrittive della scena continentale connessa ad una legislazione che fino a pochi anni fa era unica in Europa a disciplinare l'istituto con una norma di tenore generale (art. 1337 c.c.). Per limitarsi ad un esempio, in Germania, paese in cui una norma analoga all'art. 1337 c.c. è stata introdotta solo dalla recente riforma del *Schuldrecht* del 2002, la responsabilità *in contrahendo* è già da decenni considerata compatibile con la stipula di un valido contratto, laddove al comportamento precontrattuale di una parte non conforme ai canoni di correttezza sia seguita la stipula di un regolamento in qualche modo svantaggioso (*Ex pluribus*, BGH, 2 giugno 1980, in *N/W*, 1980, p. 2408). Per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sulla situazione tedesca ed un suo confronto con quella italiana, v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 13, nt. 42; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*.

Un recente orientamento della Cassazione, confortato dal favore delle Sezioni unite<sup>3</sup>, amplia gli orizzonti applicativi dell'istituto, proiettandolo oltre il limite della stipula di un valido contratto ed allargando l'area del danno risarcibile.

Si avverte, dunque, l'esigenza di individuare l'attuale disciplina della responsabilità precontrattuale, sviluppando e collocando in prospettiva sistematica le innovative aperture della giurisprudenza, le quali profilano un istituto destinato a completare la tutela contrattuale, intervenendo laddove il contenuto della negoziazione subisca un «maggior aggravio» a causa della scorrettezza di una parte a danno dell'altra<sup>4</sup>.

2. Secondo l'opinione tradizionalmente seguita dalla giurisprudenza, «la stipulazione del contratto preclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale»<sup>5</sup>.

*tuale*, Milano, 1990, p. 423 ss. e l'ampia rassegna di M. Arietti, *Responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 742.

<sup>3</sup> Si tratta delle «sentenze gemelle» nn. 26724 e 26725 delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 19 dicembre 2007 (in *Danno e resp.*, 2008, p. 536, con nota di V. Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*. Tra i numerosi commenti, sia consentito inoltre indicare, T. Febbrajo, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2785), che confermano le conclusioni già raggiunte in tema di responsabilità precontrattuale da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp.*, 2006, 1, p. 25, con nota di V. Roppo e G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Studium iuris*, 2007, 95 ss., con nota di M. De Benetti, *Vendita di strumenti finanziari e violazione del dovere di informazione*). In linea di continuità con il nuovo orientamento, Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, p. 440, con nota di E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*; Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, in *Dud Juris data*.

<sup>4</sup> Per riflessioni in questo senso, A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 15 s. in cui si osserva che, dopo le recenti aperture giurisprudenziali, la tutela da inadempimento viene completata ed integrata dalla tutela avverso il danno da scorrettezza che determina un «maggior aggravio nella contrattazione».

<sup>5</sup> Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Corr. giur.*, 2007, p. 539, con nota critica di F. Rolfi, *La cassazione e la responsabilità precontrattuale: idee del tutto chiare?*; Cass., 30 dicembre 1997, n. 13131, in *Giur. it.*, 1998, p. 1644; Cass., 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1766; Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Contr. in gen.*, n. 255; Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 1085, in *Corr. giur.*, 1994, p. 986, con nota di P. Vittoria, *Licitazione privata e responsabilità precontrattuale*, nella cui motivazione si legge che: «La stipulazione del contratto preclude la configurabilità 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»; Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*, 1981, p. 133; Cass., 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1990; Cass., 20 dicembre 1973, n. 3445, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, p. 730; Cass., 14 ottobre 1972, n. 3065, in *Foro pad.*, 1973, I, p. 283; Cass., sez. un., 20 luglio 1971, n. 2363, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 907; Cass., 12 ottobre 1970, n. 1948, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 815 ss.; Cass., 30 ottobre 1963, n. 2920, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, p. 41; Cass., 28 maggio 1954, n. 1731, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, II, p. 169; Cass., 23 dicembre 1950, n. 2820, in *Giur. it.*, 1951, I, p. 484; Trib. Roma, 24 gennaio 1955, in *Foro it.*, 1956, I, p. 375; Trib. Brescia, 16 gennaio 1957, in *Corti Brescia, Venezia*, 1957, p. 426. In dottrina, condividono l'opinione restrittiva espressa dalla giurisprudenza tradizionale: D. Rubino, *La compravendita*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXIII, Milano, 1962, p. 361, nt. 22, in cui

Da ciò consegue che anche nella ipotesi in cui una delle parti abbia posto in essere un comportamento sostanzialmente scorretto nei confronti dell'altra, in grado di incidere sul contenuto o sulla stessa stipula del contratto, senza che ciò integri una delle tipiche cause di invalidità del negozio previste dall'ordinamento, la parte che ha subito la scorrettezza rimane priva di tutela<sup>6</sup>.

Quando non praticata apoditticamente, tale interpretazione restrittiva dell'articolo 1337 c.c. viene giustificata con il fatto che gli eventuali comportamenti scorretti delle parti nella fase delle trattative sarebbero «assorbiti» dalla successiva stipula del contratto valido<sup>7</sup>. In realtà, più che la forza di tale argomentazione – mai compiutamente sviluppata e ripetuta in maniera tralattizia –, ad imporre il dogma dell'incompatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso è

---

si discorre di responsabilità che «tipicamente presuppone un contratto invalido»; G. Gazzara, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 205 s.; F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXI, 2, Milano, 1987, p. 701; in diverso senso, v. però Id., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 440; S.A. Rasi, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 496; G. Stolfi, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 165, nt. 4, e p. 168; A. De Martini, *In tema di «silenzio» nella conclusione dei contratti*, in *Foro it.*, 1950, I, p. 583. Argomentando dalla dinamica tra regole di validità e regole di correttezza, ritiene che la valida costituzione di un rapporto contrattuale escluda la sopravvivenza di una responsabilità precontrattuale, G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 137 ss.: «il limite imposto dal legislatore all'impugnazione implicherebbe, come necessaria conseguenza, l'accollo del rischio della contrattazione entro i confini tracciati dalle norme sulla validità del contratto. In altre parole, la stessa delimitazione delle cause di invalidità in senso ampio dovrebbe tradursi in una conseguente delimitazione della rilevanza del contegno riprovevole *in contrahendo*, nel senso che l'esito positivo del giudizio di validità finirebbe per assorbire in sé anche il rilievo dell'eventuale contegno scorretto, tenuto nel corso delle trattative e della formazione del contratto».

<sup>6</sup> Conformemente a tale indirizzo, ad esempio, nel caso in cui una parte abbia ommesso di comunicare alla controparte straniera la necessità di munirsi della licenza di importazione dei beni, è stato ritenuto che, non ravvisandosi nella specie un dolo omissivo, il soggetto reticente non debba incorrere in alcuna responsabilità precontrattuale: Cass., 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1990. Così, ancora, è stato ritenuto legittimo il comportamento del venditore che omette di rendere nota all'acquirente la vigenza di norme urbanistiche che escludono l'edificabilità dei suoli oggetto della compravendita: Cass., 2 novembre 1961, n. 2537, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 1029.

<sup>7</sup> Per tutte, Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, cit., in cui espressamente si precisa che «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»; Cass., 14 febbraio 2001, n. 2080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 311. Ulteriori argomentazioni a sostegno della tesi tradizionale si leggono in G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1008 ss., il quale reputa ragionevole che, «siccome le regole sui vizi del consenso mirano a tutelare il consenso sanzionando, in presenza dei presupposti da esse previsti, delle tipiche ipotesi di scorrettezze precontrattuali, difettando quei presupposti, e dunque esclusa la invalidità del contratto, la (diversa e, si suppone, meno grave) «scorrettezza» che in ipotesi abbia caratterizzato il comportamento di una delle parti in fase precontrattuale debba ritenersi come tale irrilevante». L'Autore, inoltre, denuncia l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità, di rintracciare criteri, sistematicamente coerenti, tramite i quali fissare «un grado (o intensità) dell'alterazione della libertà del volere superato il quale (possa e) debba scattare il rimedio risarcitorio» in caso di contratto validamente concluso.



il risalente atteggiamento giurisprudenziale tendente ad esaurire il campo di applicazione dell'istituto nelle due fattispecie paradigmatiche del recesso ingiustificato dalle trattative (art. 1337 c.c.) e della lesione dell'incolpevole affidamento nella validità del contratto (art. 1338 c.c.).

Per capire, dunque, le dinamiche che per lungo tempo hanno indotto la giurisprudenza a negare rilevanza all'art. 1337 c.c. dopo la stipula di un valido contratto, occorre ricercare le ragioni che hanno portato ad una interpretazione rigidamente tipizzata dell'intero istituto della responsabilità precontrattuale.

In questo senso, occorre in primo luogo menzionare il tradizionale atteggiamento di diffidenza che ha circondato l'impiego delle clausole generali nel nostro sistema giuridico<sup>8</sup>; diffidenza che ha radici profonde, condivisa tanto dalla scuola dell'esegesi che dal metodo sistematico<sup>9</sup> e dovuta, in estrema sintesi, all'ampio margine di discrezionalità che tale tecnica di previsione normativa necessariamente porta con sé. A queste risalenti ragioni di diffidenza si è poi aggiunto, con l'avvento della codificazione del '42, anche un pregiudizio di carattere politico – ideologico, originato dallo stretto legame che in talune norme si istituiva tra l'impiego delle clausole generali ed i fondamenti dell'ideologia fascista, per il tramite del richiamo ai principi dell'ordinamento corporativo<sup>10</sup>. A scontare le accuse di «genericità» e

<sup>8</sup> Come è noto, il risveglio di interesse della dottrina italiana per il tema delle clausole generali si colloca a cavallo tra gli anni sessanta e settanta e costituisce, come è stato detto, «l'avventura culturale forse più attraente e fascinosa per le generazioni giovani che in quegli anni si affacciavano all'arango del dibattito scientifico», C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21. L'avvio del dibattito dottrinale si lega soprattutto agli studi di Rodotà: S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1283 ss.; Id., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss. Per un'ampia e documentata ricostruzione storica del problema, v. A. Guarneri, *Clausole generali* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 ss.

<sup>9</sup> Per la scuola dell'esegesi, il dovere di correttezza era solo un rafforzamento del patto e una conferma della sua indiscutibile forza vincolante, sicuramente non in grado di permettere al magistrato di colmare le lacune della legge o integrare gli obblighi racchiusi negli accordi contrattuali. Per i giuristi che, in epoca successiva, applicavano il metodo sistematico, l'art. 1125 c.c. abr. costituiva un'eccezione ai principi generali, una formula che mal si conciliava con le altre del tessuto legislativo, avente il solo scopo di imporre alle parti di eseguire puntualmente le promesse, con fedeltà e precisione (v. D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, spec. p. 3 ss. e 109 ss.). Diverso l'atteggiamento del movimento del diritto libero e della giurisprudenza degli interessi, che attribuiscono alle clausole generali ampio spazio ritenendole strumenti idonei a «superare talune rigidità o lacune del dettato legislativo e a proporre ragionevoli schemi di soluzione per urgenti problemi concreti» (v. S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 189).

<sup>10</sup> A questo proposito, si ricorda che la formulazione originaria dell'art. 1175 c.c. conteneva uno specifico riferimento all'obbligo delle parti di comportarsi «secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa». Inoltre, nella Relazione al codice (n. 638) e nella Relazione preliminare (n. 163), si fa riferimento all'ideale di una «pacifica collaborazione produttiva», alla luce del quale vengono spiegate le norme in tema di correttezza e di buona fede oggettiva. Venuto meno l'ordinamento corporativo, è prevalsa in dottrina la tendenza a svuotare di significato normativo, attraverso una sorta di abrogazione tacita, le disposizioni in cui fosse rinvenibile qualsiasi eco o residuo della passata ideologia (v. i rilievi di M. Mantovani, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 136, nt. 2). Tut-

«vaghezza» sono tutte le regole di buona fede e correttezza introdotte nel codice del '42, compreso l'art. 1337 c.c., i cui nessi sistematici con le altre previsioni che fanno riferimento alla buona fede oggettiva vengono da subito messi in luce dalla dottrina<sup>11</sup>. Esempio, in tal senso, la vicenda dell'art. 1175 c.c., oggetto, per oltre un ventennio dall'entrata in vigore del nuovo codice, di un indirizzo «svalutativo», culminante nell'idea secondo cui «un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme»<sup>12</sup>.

Tuttavia, sarebbe riduttivo giustificare l'interpretazione restrittiva dell'art. 1337 c.c. costantemente seguita dalla giurisprudenza con il solo atteggiamento svalutativo delle clausole generali. Ed infatti, la sterilizzazione delle potenzialità applicative della responsabilità precontrattuale permane anche dopo il riconoscimento alla buona fede oggettiva di una più pregnante rilevanza nell'ambito dei rapporti giuridici<sup>13</sup>.

Ulteriori ragioni giustificatrici si rinvencono nella genesi storica dell'istituto.

Già nel vigore del codice del 1865, pur in assenza di una specifica disciplina della *culpa in contrahendo*, la giurisprudenza riteneva rilevante in relazione al principio del *neminem laedere* (art. 1151) la fattispecie di responsabilità per stipulazione di un contratto invalido<sup>14</sup> e, con un orientamento iniziato agli inizi del 1900 e consolidatosi negli anni trenta, anche l'ipotesi di responsabilità per rottura ingiustificata delle

---

ravia, la migliore dottrina osservava che le clausole generali avrebbero dovuto essere rilette «nella logica della solidarietà costituzionale» e non in quella originaria del codice del 1942, ispirata ad un'ideologia produttivistica ed autarchica: P. Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 84 s. Inoltre, sempre in senso contrario all'orientamento svalutativo, si evidenziava come il collegamento della normativa di correttezza con i principi della solidarietà corporativa fosse meramente occasionale e contingente, essendo la clausola di buona fede espressione di esigenze insopprimibili sentite e realizzate anche da sistemi giuridici diversi: S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 126 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 33 ss.

<sup>11</sup> E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 75; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 47.

<sup>12</sup> Per tutte, Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, 1284, con nota critica di S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 452; Cass., 18 febbraio 1986, n. 960, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contr. in gen.*, c. 617, n. 151, secondo le quali la buona fede, intesa in senso etico, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato a diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede.

<sup>14</sup> Si tratta della «scoperta giuridica» effettuata da Rudolf von Jhering qualche anno prima, in un testo destinato ad influenzare la successiva cultura giuridica europea: R. von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher Für Die Dogmatik Des Heutigen Römischen Und Deutschen Privatrechts*, I, 1861.

trattative<sup>15</sup>. La codificazione del 1942, che vede la responsabilità precontrattuale articolarsi in due inedite previsioni riguardanti le trattative (art. 1337 c.c.) e la stipulazione di un contratto invalido (art. 1338 c.c.), viene salutata come un avallo ed una definitiva consacrazione sistematica da parte del legislatore dei principi e dei criteri operativi già maturati nel previgente codice<sup>16</sup>, senza indagare le ulteriori potenzialità applicative insite nella nuova disciplina.

Sempre in prospettiva storica, tra le ragioni che portano ad escludere che si possa avere responsabilità precontrattuale in presenza di una valida stipula, va senz'altro annoverata l'influenza esercitata sulla scienza giuridica italiana dagli studi di Rudolf von Jhering, la cui teoria sulla *culpa in contrahendo* ruota proprio intorno alla mancata conclusione di un contratto valido<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Come ricorda G. Meruzzi, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Tratt. resp. contr.* Visintini, I, Padova, 2009, p. 775 ss., il riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità per rottura di trattative è il risultato di un dibattito giuridico sviluppatosi nell'arco di oltre un trentennio tra la fine del 1800 e l'inizio del 1900. L'enuclearsi di tale fattispecie è il frutto della contrapposizione dialettica tra dottrina, all'epoca fortemente condizionata dalla mistica dell'autonomia privata che portava ad escludere ogni forma di responsabilità prima della stipula del contratto [L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangieri*, (XXV), 1900, p. 721; U. Navarrini, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, II, 2, Bocca ed., Torino, 1914; in senso contrario, la voce isolata di G. P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, 2ª ed., Bocca ed., Torino, 1897, pp. 18 e 394] e giurisprudenza, propensa ad assecondare le emergenti istanze di tutela dell'affidamento dei contraenti nel caso di rottura arbitraria delle trattative. In questo contesto, un punto di svolta è costituito dalla fortuna giurisprudenziale della teoria di Gabriele Faggella sui «periodi precontrattuali»; fortuna, senz'altro, agevolata dalla circostanza che il suo autore, in qualità di Presidente del Tribunale prima e della Corte di Cassazione di Napoli, poi, ebbe per primo la possibilità di applicarla. Nei suoi scritti (G. Faggella, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi Fadda*, III, L. Pierro ed., Napoli, 1906, p. 269 ss., che costituisce il primo degli scritti in materia, seguito dal *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur.*, (LXXXII), 1909, p. 128 ss., nonché, da ultimo, dalla monografia *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2ª ed., Soc. Cartiere Centrali, Roma, 1918, che costituisce la sua più matura elaborazione della materia) trova dimostrazione l'assunto secondo cui, se prima della conclusione del contratto una delle parti recede dalle trattative è possibile configurare a suo carico una responsabilità precontrattuale, che trova fondamento nel concorso cumulativo di due elementi: il consenso alle trattative o al concorso in esse e la distruzione, da parte del recedente, di un valore patrimoniale della controparte. Tale tesi viene, dapprima, accolta in modo quasi letterale dalle corti partenopee (Trib. Napoli, 31 marzo 1909, in *Dir. comm.*, 1910, II, p. 48 ss. e 235 ss.; App. Napoli, 27 marzo 1911, in *Rep. Foro it.*, 1911, voce *Contr. in gen.*, n. 19; Cass. Napoli, 9 maggio 1917, in *Filangieri*, 1917, p. 526 ss.) ed in seguito ripresa, non senza rielaborazioni, da altri Giudici (Cass. Roma, 23 febbraio 1916, in *Giur. it.*, 1916, I, 1, p. 475; Cass. Regno, 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428). Prima della «svolta» napoletana, le Corti di legittimità e di merito erano unanimi nel ritenere inammissibile una responsabilità derivante da recesso dalle trattative (Cass. Firenze, 16 aprile 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, p. 745; App. Venezia, 16 marzo 1904, in *Rep. Foro it.*, 1904, voce *Obbl. e contr.*, n. 102 – 103).

<sup>16</sup> Così, G. Meruzzi, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., p. 785.

<sup>17</sup> R. von Jhering, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 1 ss. L'autore tedesco muovendo dall'analisi di alcuni testi del Digesto che disciplinavano la vendita di un *locus sacer* o *religiosus* o *publicus* senza che il venditore comunicasse all'acquirente il carattere *extra commercium* del bene (Dig. 18.1.62.1 Modestinus 5 reg.: «*Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus*

Tuttavia, è il caso di osservare che la teoria dell'Autore tedesco ha suscitato, sin dal suo primo apparire, forti critiche da parte della coeva dottrina tedesca; critiche appuntate, tra l'altro, proprio sulla contraddittorietà tra le premesse e le conclusioni eccessivamente penalizzanti cui perviene. Una volta stabilito che la diligenza richiesta nella fase di esecuzione del contratto deve essere osservata dalle parti anche durante le trattative, non ha alcun senso limitare la responsabilità alle sole ipotesi di stipulazione di un negozio invalido. Si deve, al contrario, affermare l'irrelevanza della conclusione del contratto per il sorgere di questo tipo di responsabilità<sup>18</sup>. Tali obiezioni hanno trovato pieno accoglimento in Germania, in cui, già dall'inizio del secolo scorso, è largamente condivisa l'opinione che ammette la configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di stipula di un contratto valido<sup>19</sup>.

Va detto, inoltre, che la responsabilità precontrattuale elaborata da Jhering non ha nulla a che vedere con la buona fede oggettiva. Alla tesi dell'autore tedesco è del tutto estranea la finalità, sottesa all'art. 1337 c.c., di introdurre elementi di moralizzazione nella trattativa. Essa nasce quale limite alla teoria volontaristica, con l'obiettivo di rinvenire una tutela risarcitoria in favore della controparte dell'errante, nel caso in cui l'automatica invalidità dell'atto viziato da errore sia determinata da colpa<sup>20</sup>.

3. L'art. 1337 c.c. non stabilisce quale sia la sanzione che deve essere ricollegata alla violazione del dovere precontrattuale di buona fede. Tradizionalmente, si ritiene che la sanzione consista esclusivamente nell'obbligo del risarcimento del danno a carico della parte che si è comportata scorrettamente. Sul piano sistematico, l'opinione trova conferma nell'indirizzo costantemente seguito dal legislatore nelle norme che appaiono essere diretta applicazione dell'art. 1337 c.c. (artt. 1338, 1398,

---

*venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*) giungeva alla conclusione che il contratto nullo, benché inidoneo a produrre il suo effetto fondamentale, fosse, tuttavia, capace di dar luogo, in presenza di una *culpa* riscontrabile nella fase di formazione, ad un obbligo di risarcire i danni provocati alla controparte dall'invalidità del contratto. Ciò premesso, Jhering notava che, pur essendo nulla la vendita, ciò nonostante era accordata al contraente di buona fede un'*actio empti* volta a fargli conseguire «*quod interfuit ne deciperetur*». L'obbligo del risarcimento che si ricollegerebbe al contratto nullo troverebbe fondamento nella colpa riscontrabile nella fase di formazione del contratto. Sulla base di queste premesse, Jhering giunge alla formulazione del principio generale secondo cui sorge un obbligo di risarcire il danno ogni qual volta ci sia una colpa commessa prima della conclusione del contratto.

<sup>18</sup> Per tutti, T. Mommsen, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, II, *Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig, 1879, p. 16 e 17. Per un quadro di tali critiche, v. F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 6 s.

<sup>19</sup> Al riguardo, ancora F. Benatti, *o.u.c.*, p. 13, spec. nt. 42.

<sup>20</sup> Come evidenzia C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, in C. Castronovo e S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 326. Che il fondamento della responsabilità non fosse la buona fede ma la colpa, è bene messo in luce dalla denominazione data da Jhering alla nuova figura da lui scoperta: «*culpa in contraendo*».

1812, etc.)<sup>21</sup>; nonché nella risalente distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (o di buona fede) e nella ricostruzione dei loro rapporti, per lungo tempo pacificamente condivisa, in termini di reciproca non interferenza<sup>22</sup>.

Corrisponde, poi, ad un insegnamento costantemente ripetuto in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui, in caso di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile sarebbe commisurato, e ad un tempo limitato, al c.d. «interesse negativo»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Per riflessioni in questo senso, v. F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale, I) Diritto civile*, (voce), in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 7.

<sup>22</sup> Sulla distinzione tra le due tipologie di regole, v. già F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., rist., Napoli, 1981, p. 171: «[...] la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità»; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 28: «La difformità dal diritto dà luogo alla invalidità del negozio; il comportamento illecito tenuto durante la formazione del negozio dà luogo al risarcimento dei danni»; V. Pietrobbon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 36 ss. e 69 ss.; Id., *Il dovere generale di buona fede*, cit., p. 55 ss.; Id., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104 ss.; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 202 ss. In tempi più recenti, la questione è approfondita da G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., p. 43, il quale nelle regole di validità ravvisa «le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere "vincolante" per entrambe le parti», e in quelle di comportamento lo strumento diretto «ad assicurare la correttezza e la "moralità" delle contrattazioni»; Id., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger (artt. 1374 – 1381 c.c.), Milano, 1999, p. 273; G. M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 229 ss. Nella più recente giurisprudenza, escludono che la violazione della buona fede sia causa di nullità del contratto, oltre alle già citate Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 e Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, di cui si dirà ampiamente in seguito: Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479, con nota di A. Di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145 ss., con nota di A. Franchi, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*.

<sup>23</sup> In questo senso, tra le tante, Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, I, 3009; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250, secondo cui «nella materia della responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso. Ne consegue che la disposizione di cui all'art. 1337 cod. civ. 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»; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 112; Cass., 25 febbraio 1994, n. 1897, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 1104; Cass., 26 maggio 1992, n. 6294, *ivi*, 1993, p. 838 ss.; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 605; Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, cit.; Cass., 14 giugno 1982, n. 3613, in *Foro it.*, 1983, I, p. 136; Cass., 12 febbraio 1982, n. 855, in *Mass. Giust. civ.*, 1982, p. 134; Cass., 20 agosto 1980, n. 4942, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce cit., n. 78. Trib. Palermo, 14 luglio 1990, in *Temi sic.*, 1990, p. 351; Trib. Nuoro, 9 settembre 1986, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 85.

Diverso ragionamento si legge in Cass., 21 gennaio 1985, n. 226, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contr. in gen.*, n. 138, secondo cui «colui al quale è addebitabile una *culpa in contrahendo* risponde di tutti i danni causati all'altra parte in stretta dipendenza delle trattative e della prospettiva di una futura conclusione del contratto». In concreto, tuttavia, non viene oltrepassato il tradizionale confine costituito dall'interesse negativo.

Questa formula indica il pregiudizio consistente nell'aver inutilmente confidato nella conclusione di un (valido) contratto e si contrappone all'«interesse positivo», ossia l'interesse all'esecuzione del contratto validamente concluso e all'acquisizione dei relativi profitti. Anche in questa massima ricorrente riecheggiano gli studi di Jhering, il quale introdusse la nozione di interesse negativo (*negatives Vertragsinteresse*) per indicare, nell'ambito della sua teoria della *culpa in contrahendo*, la pretesa del danneggiato che aveva subito l'invalidazione del contratto, al ripristino della stessa situazione in cui si sarebbe trovato qualora l'accordo non fosse mai stato concluso<sup>24</sup>. Ad esso Jhering contrapponeva l'interesse positivo (*Erfüllungsinteresse*), connesso all'esistenza di un contratto validamente ed efficacemente concluso. La tesi dell'Autore tedesco ha incontrato il favore dei moderni legislatori<sup>25</sup> e, nonostante fosse stata formulata con riferimento esclusivo all'ipotesi di stipulazione di un contratto invalido<sup>26</sup>, è stata dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana generalizzata ed estesa all'intera figura della responsabilità precontrattuale, finendosi col ritenere che *culpa in contrahendo* ed interesse negativo costituiscano un binomio inscindibile<sup>27</sup> e che tra i due termini sussista un rapporto di «corrispondenza biunivoca»<sup>28</sup>.

In senso conforme all'orientamento giurisprudenziale consolidato, già sotto il vigore del c.c. del 1865, A. Verga, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 288; V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1914 – 1915, p. 506; nel vigore del codice del 1942, per tutti, F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 1968, p. 304; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1972, sub art. 1337, p. 212 ss.; V. Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., p. 119, nt. 77; F. Carresi, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 740 ss.; F. Vigotti, *La responsabilità precontrattuale*, in *La responsabilità civile*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1987, p. 28 ss.; N. Distaso, *I contratti in generale*, I, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1980, p. 316 ss.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.* Utet, v. IV, t. 2, Torino, 1980, p. 116 ss.; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., spec. pp. 13 ss., 87 ss., 146 ss., 242 ss., 306 ss., 366 ss., 432 ss., 456 ss.; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 334 ss.

<sup>24</sup> R. von Jhering, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 16 ss.

<sup>25</sup> Si vedano i parr. 122 e 179 del BGB, nonché il nostro codice civile che, agli artt. 1338 e 1398 parla di «danno risentito dalla parte per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto». Un ulteriore riscontro proviene anche dalla Relazione al codice civile, laddove espressamente si afferma che l'interesse negativo «comprende i danni rappresentati dalle spese, dalle perdute occasioni di stringere un valido contratto, dall'attività sprecata nelle trattative e sottratta ad altre utili applicazioni» (n. 638).

<sup>26</sup> E nonostante l'espressione «interesse negativo» indicasse, come chiarito dallo stesso Autore tedesco, una formula meramente descrittiva e convenzionale, utilizzata per comodità di linguaggio («*der Kürze wegen*») (R. von Jhering, *o.l.c.*).

<sup>27</sup> G. Petrelli, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, cit., p. 1454.

<sup>28</sup> A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 792 ss., ove la dimostrazione che il rapporto, espresso in questi termini, non sussiste. L'Autore giunge a tale conclusione evidenziando, da un lato, l'esistenza di ambiti di operatività dell'interesse negativo anche al di fuori della *culpa in contrahendo*, dall'altro, la configurabilità, all'interno di quest'ultima, di forme risarcitorie definibili in termini di interesse positivo. Nella stessa direzione, si veda anche G. Petrelli, *Formazione del contratto, responsabilità precontrattuale e rimedi giuridici*, cit., p. 1455; M. Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, II, p. 100 ss. Una critica all'idea che

Sul piano pratico, tuttavia, la distinzione tra interesse positivo ed interesse negativo non è coltivata con lo stesso rigore con cui è tracciata sul piano teorico e sembra sfumare in quelle pronunce che ammettono, peraltro in linea con quanto sostenuto dallo stesso Jhering<sup>29</sup>, che il risarcimento a titolo di lucro cessante, ossia la perdita sofferta dal contraente per la mancata conclusione di altre occasioni contrattuali dalle quali è stato distolto<sup>30</sup>, possa essere uguale o persino superiore al lucro che sarebbe derivato dal contratto non concluso<sup>31</sup>.

soltanto la violazione di doveri precontrattuali produrrebbe quella particolare forma di risarcimento il cui contenuto viene definito «interesse negativo», «sicché interesse negativo e *culpa in contrahendo* si configurerebbero come due facce della medesima medaglia», v. già F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 153. R. von Jhering, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 20 s., secondo cui l'interesse negativo, inteso come diminuzione patrimoniale conseguente all'invalidità dell'accordo, comprende sia la perdita subita (*positiver Verlust*) sia il mancato guadagno (*entgangener Gewinn*) e può tranquillamente eguagliare il risarcimento conseguibile a titolo di interesse positivo.

<sup>29</sup> R. von Jhering, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 20 s., secondo cui l'interesse negativo, inteso come diminuzione patrimoniale conseguente all'invalidità dell'accordo, comprende sia la perdita subita (*positiver Verlust*) sia il mancato guadagno (*entgangener Gewinn*) e può tranquillamente eguagliare il risarcimento conseguibile a titolo di interesse positivo.

<sup>30</sup> La risarcibilità anche del lucro cessante, accanto al danno emergente, controversa nel vigore del Codice Pisanelli, viene ammessa con regolarità dalla giurisprudenza dopo che la codificazione del '42 qualifica la *culpa in contrahendo* come ipotesi di responsabilità in senso tecnico, superando la precedente logica indennitaria: Cass., 13 ottobre 2005, n. 19883, in *Dvd Juris data*, secondo cui il danno risarcibile comprende anche la «perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso»; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Vita not.*, 2005, p. 977; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, cit.; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Dvd Juris data*; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 605; App. Venezia, 31 maggio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1199, afferma che «il danno risarcibile nell'ipotesi di dolo incidente, prevista dall'art. 1440 c.c., non si esaurisce nella mera considerazione del c.d. interesse negativo, bensì deve estendersi ad ogni conseguenza pregiudizievole – danno emergente e lucro cessante – nei limiti in cui sia ravvisabile un rapporto di diretta consequenzialità tra la condotta del *deceptor* e gli effetti pregiudizievoli»; Trib. Udine, 22 aprile 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 985; App. Firenze, 11 luglio 1988, in *Arch. civ.*, 1989, p. 511; Trib. Pescara, 4 marzo 1978, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 233. Ma vedi già, *ex plurimis*, App. Genova, 17 febbraio 1951, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbl. e contr.*, n. 132; Cass., 7 maggio 1952, n. 1279, in *Mass. Foro it.*, 1952. Diverse sono le posizioni giurisprudenziali sulle caratteristiche che debbono avere le occasioni alternative per essere rilevanti ai fini risarcitori nonché sui profili probatori. Al riguardo, si vedano le documentate rassegne di P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 494 e G. Meruzzi, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., p. 806.

<sup>31</sup> Il problema relativo al se l'interesse negativo possa eguagliare o, addirittura, superare l'interesse positivo non ha suscitato in giurisprudenza lo stesso interesse che ha invece destato, da sempre, nella dottrina. La tendenza generale è nel senso di escludere che l'interesse negativo possa quantitativamente superare l'interesse contrattuale positivo (Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 619; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189 ss.). Appaiono implicitamente ammettere che il risarcimento del lucro cessante dell'interesse negativo possa essere superiore all'interesse positivo, quelle pronunce in cui si ipotizza la risarcibilità della perdita di ulteriori occasioni contrattuali, «ugualmente o maggiormente vantaggiose»: Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Dvd Juris data*; Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Contratti*, 1995, p. 164; Cass., 25 gennaio 1988, n. 582, in *Dvd Juris data*; Cass., 18 gennaio 1988, n. 340, *ivi*. In senso contrario, Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189. La prevalente dottrina condivide l'opinione secondo cui il danno risarcibile a titolo di interesse negativo possa essere anche supe-

4. Una prima incursione della responsabilità precontrattuale oltre il confine della valida conclusione del contratto si registra nel 1998, con il riconoscimento della risarcibilità del «danno da ritardo» nella stipula. Decidendo sulle conseguenze giuridiche derivanti dal sensibile ritardo con cui Enel aveva dato corso alla richiesta di somministrazione di energia avanzata da un utente, la Cassazione<sup>32</sup> precisa che «l'affermazione relativa alla insussistenza di responsabilità precontrattuale a causa della successiva stipulazione del contratto è corretta per quanto attiene all'ipotesi di responsabilità consistente nel recesso dalle trattative»<sup>33</sup>. La stessa affermazione non può, invece, essere riferita «alla diversa ipotesi di comportamento scorretto di una parte che abbia determinato un sensibile ritardo nella conclusione del contratto, la quale sarebbe avvenuta in epoca precedente qualora la parte stessa si fosse comportata secondo buona fede, in conformità della prescrizione dell'art.1337 c.c.». In quest'ultima ipotesi, «l'avvenuto perfezionamento 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».

In maniera ancora più netta, il superamento del dogma dell'incompatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso avviene con la sentenza n. 19024 del 2005<sup>34</sup>, integralmente confermata, sotto questo profilo, dalle

---

riore all'interesse positivo, considerato che chi ha subito la rottura della trattativa o ha concluso il contratto invalido può aver trascurato un affare più lucroso di quello da cui l'illecito ha avuto origine: tra i tanti, F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 151, il quale argomenta dal fatto che la misura del danno risarcibile provocato da una *culpa in contrahendo* si deve precisare in base agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., dai quali «non emerge alcun elemento a suffragare la tesi per cui l'interesse negativo non potrebbe mai superare l'interesse positivo»; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 307; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 353; G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, in G. Patti e S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger, Milano, 1993, p. 87; M.L. Loi e F. Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 103; in maniera sostanzialmente analoga si esprime anche G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1008 ss., il quale, tuttavia, mette in guardia dal rischio che in tal modo possano essere risarcite occasioni più vantaggiose perse per un «errore di valutazione» del danneggiato, in violazione del principio di «autoresponsabilità». L'opinione contraria, largamente seguita sotto il vigore della codificazione precedente (L. Coviello, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 830), è oggi ripresa da autorevole dottrina (G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 323, che dall'applicazione dell'art. 1225 c.c. perviene a «contenere il risarcimento del danno ad una misura tale da non superare l'interesse che la parte aveva a concludere il contratto o alla validità del contratto, essendo prevedibile dalle parti solo la lesione di tale interesse»; R. Sacco, *Le invalidità*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 639, che argomenta dalla carenza di un nesso causale immediato e diretto fra la fattispecie di responsabilità e il danno che superi l'interesse positivo).

<sup>32</sup> Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 89.

<sup>33</sup> La Corte di appello aveva invece ritenuto, con affermazione definita dalla Cassazione «apodittica», che eventuali elementi di colpa in costanza delle trattative, «risulterebbero comunque sopravanzati dalla successiva stipula del contratto».

<sup>34</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.



successive sentenze gemelle delle Sezioni unite della Cassazione nn. 26724 e 26725 del 2007, rese in tema di intermediazione finanziaria<sup>35</sup>.

Chiamata a ricostruire i rapporti tra scorrettezze precontrattuali e nullità virtuale prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c., la sentenza del 2005 afferma che «i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative [...] rimangono estranei alla fattispecie negoziale» e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, «non può dar luogo alla nullità del contratto; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore»<sup>36</sup>. Ciò non significa che il danneggiato dalla scorrettezza precontrattuale sia privo di tutela, in forza di quella tesi, «un tempo non priva di riscontri nella giurisprudenza di questa Corte», secondo cui «l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale sarebbe circoscritto alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede abbia impedito la conclusione del contratto o abbia determinato la conclusione di un contratto invalido ovvero (originariamente) inefficace»<sup>37</sup>. A questo proposito, continua il S.c. sconfessando apertamente l'impostazione tradizionale, «si è ormai chiarito»<sup>38</sup> che l'ambito di

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

<sup>36</sup> La «contrarietà» a norme imperative, considerata dall'art. 1418, primo comma, c.c. quale causa di nullità del contratto, «postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardano, cioè, la struttura o il contenuto del contratto».

<sup>37</sup> «Di qui la conclusione che», prosegue la Corte, «dopo la stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative sarebbe preclusa, in quanto la tutela del contraente sarebbe affidata, a partire da quel momento, solo alle norme in tema di invalidità e di inefficacia del contratto, la cui applicazione pur essendo in alcuni casi collegata a comportamenti certamente non conformi a "buona fede", è tuttavia subordinata alla ricorrenza di presupposti ulteriori (artt. 1434 – 1437, 1439, 1447 – 1448)».

<sup>38</sup> Il riferimento impersonale non può che essere alla dottrina e non certo alla giurisprudenza, come confermato, peraltro, dalla mancata indicazione di precedenti. Che il riferimento sia alla dottrina è opinione anche delle Sezioni unite che nelle successive sentenze nn. 26724 e 26725 discorrono, a riguardo, di «ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa corte n. 19024 del 2005». In dottrina, ammettono il rilievo delle violazioni pregresse della buona fede, anche laddove la trattativa sia approdata alla conclusione di un valido contratto: L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 ss.; Id., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 300; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 13, 15 e 109, in cui si legge che «l'obbligo di comportarsi secondo buona fede esiste durante la fase delle trattative e nella formazione del contratto indipendentemente dal fatto che successivamente si pervenga o meno a un valido accordo»; A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 14: «l'art. 1337 c.c. colpisce ogni comportamento non conforme a buona fede, prescindendo da qualsiasi connessione con l'eventuale mancato perfezionamento del contratto o con l'eventuale invalidità dello stesso»; F. Carresi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 440; G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 219; R. Sacco, *La trattativa*, cit., p. 505, «la conclusione del contratto non esclude l'intervento dell'art. 1337 c.c.»; P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)* (voce), in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1978, p. 198: «La conclusione e la validità del contratto, quindi l'operatività dei rapporti che ne derivano, sono compatibili con la rilevanza e la sanzione di comportamenti contrari alla buona fede nella fase negoziale»; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contrat-*

rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto». A questo risultato si perviene, spiega la Cassazione, esaminando le norme positivamente dettate dal legislatore, da cui si evince che la violazione dell'art. 1337 c.c. assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), «ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (art. 1440 c.c.)». In caso di stipula di un contratto valido ed efficace ma «sconveniente», il risarcimento del danno, «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 [...] avuto riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative<sup>39</sup>, 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». In questa ipotesi, il risarcimento deve essere ragguagliato «al "minor vantaggio o al maggiore aggravio economico"<sup>40</sup> determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

In definitiva, per il S.C. non vi è motivo di ritenere che «la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria

---

ti, cit., p. 112 ss.; A. Del Fante, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 144; E. Minervini, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 943; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 249 ss.; G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 274 ss.; G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 95 ss. In questo senso, anche alcune voci della manualistica: P. Perlingieri e R. Di Raimo, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2007, p. 400, in cui si discorre di casistica giurisprudenziale «ben più limitata di quanto ci si aspetterebbe», a causa di un «discutibile [...] asservimento della clausola generale di buona fede ai meccanismi dell'invalidità».

<sup>39</sup> Il c.d. interesse negativo, «commisurato alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili e alle perdite subite per non aver usufruito di occasioni alternative di affari, non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate».

<sup>40</sup> È il criterio suggerito da C.M. Bianca, *Il contratto*, II ed., in *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 667; cfr. A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., p. 366 che discute di «danno da contratto»; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, p. 187, che parla di «scarto di convenienza».

fondata sulla violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione».

Con questa pronuncia, la Cassazione accoglie il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta<sup>41</sup>, il quale, tuttavia, viene inteso non nel senso «unilaterale» classico (in cui ad essere irrilevante è il solo giudizio di responsabilità

<sup>41</sup> Vengono così respinte quelle numerose voci dottrinali che tendono a superare la netta distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Un tentativo in questo senso è compiuto da G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 112 ss., spec. p. 121, limitatamente alle fattispecie di reticenza «dolosa», le quali potrebbero legittimare una interferenza delle valutazioni di buona fede nel giudizio sulla validità del contratto, in particolare attraverso il richiamo al dovere di informazione ex art. 1338 c.c., interpretato in funzione dell'ampia regola contenuta nell'art. 1337 c.c. Un invito a rimeditare l'intera questione del rapporto tra normativa di invalidità e normativa di buona fede viene anche da F. Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 302. Ritene che alla violazione della buona fede *in contrahendo* possa discendere l'annullabilità del contratto (quale risarcimento in forma specifica, ex art. 2058 c.c.), R. Sacco, *Il consenso*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, I, t. 1, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999, 404 ss. Criticano l'orientamento che traccia una rigida distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, argomentando anche sulla base di alcuni precedenti della Cassazione che sembrano affermare il principio secondo cui la violazione del dovere di buona fede comporti la nullità della clausola contrattuale da cui tale condotta è stata determinata (Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3081 ss., con nota di G. Lener, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*; Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, p. 941, con nota di V. Cuocci, *Leasing finanziario e vizi occulti della cosa*): A. Riccio, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 22; F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, I, p. 423, il quale argomenta da alcune decise prese di posizione della Corte di Cassazione a favore dell'impiego del principio dell'art. 1375 c.c. in funzione invalidante di delibere prese da taluni soci ed espressive di un comportamento ritenuto contrario ai principi della buona fede. Per il rilievo che le nuove discipline dei contratti del consumatore hanno determinato un'accentuazione della commistione tra regole di validità e regole di comportamento, facendo ricorso al principio di buona fede quale criterio di giudizio della validità del contratto, V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 783 ss. In questo senso, cfr. anche A. Di Amato, *Contratto e reato: profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2003, p. 24 ss., secondo cui la distinzione tra regole di validità e di comportamento, «di origine esclusivamente dogmatica», se «può essere utile su di un piano meramente conoscitivo e per una migliore organizzazione delle norme sui contratti, laddove elevata essa stessa a regola diviene non congrua». Tale distinzione, inoltre, sarebbe «espressamente smentita dalla legislazione più recente in tema di abuso contrario a buona fede oggettiva»; analogamente, F. Cafaggi, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 490, il quale sottolinea come nelle ipotesi di nullità c.d. di protezione, posta cioè a tutela dell'interesse di una sola parte contrattuale, la valutazione di invalidità viene svolta anche alla luce delle modalità di condotta delle parti, ponendo in tal modo «in crisi il criterio cardine di distinzione tra regole di responsabilità e regole di validità». Più di recente, critica la rigida distinzione tra regole di validità e di comportamento, anche alla luce delle argomentazioni espresse dalla sentenza in commento nonché dalle successive pronunce delle Sezioni unite nn. 26724 e 26725 del 2007, F. Prospero, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 953 (su cui v. ampiamente *infra*, nt. 44). Sul fronte opposto, U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 250 ss., il quale illustra con ampia argomentazione il «senso» della distinzione tra regole di validità e di comportamento, anche al cospetto dei recenti interventi legislativi ispirati da finalità protettive del contraente debole.

precontrattuale su quello di validità del contratto)<sup>42</sup>, bensì in chiave «speculare», in cui l'irrilevanza riguarda tanto la scorrettezza sulla validità del contratto, quanto la validità del contratto sulle conseguenze derivanti dalla scorrettezza: così come si nega rilevanza alla violazione delle regole di condotta sul giudizio di validità del contratto, simmetricamente viene negata rilevanza al rispetto delle regole di validità sul giudizio di responsabilità per la violazione di regole di comportamento<sup>43</sup>.

Questo assetto disciplinare della responsabilità precontrattuale basato su di una interpretazione ad un tempo «restrittiva» dell'ambito operativo della nullità virtuale prevista dall'art. 1418, comma 1, c.c. ed «estensiva» dell'art. 1337 c.c., trova integrale conferma nelle sentenze delle Sezioni unite, nn. 26724 e 26725 del 2007<sup>44</sup> in cui

<sup>42</sup> La tesi tradizionale, «intuitivamente dotata di un'elevata dose di persuasività», trova dovizia di argomentazioni in G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1008: «è ragionevole pensare che – siccome le regole sui vizi del consenso (e, in specie, quelle riguardanti la violenza morale e il dolo) mirano a tutelare il consenso “sanzionando”, in presenza dei presupposti da esse previsti, delle tipiche ipotesi di scorrettezze precontrattuali (quali il ricorso a minacce per estorcere il consenso altrui, o a raggiri per indurre la controparte a contrattare) – difettando quei presupposti, e dunque esclusa la invalidità del contratto (per vizio del consenso), la (diversa e, si suppone, meno grave) “scorrettezza” che, in ipotesi, abbia caratterizzato il comportamento di una delle parti in fase precontrattuale debba ritenersi come tale (giuridicamente) irrilevante, e, una volta concluso il contratto, non possa essere fatta valere se non (eventualmente) con rimedi (diversi dalla responsabilità per *culpa in contrahendo*, e, in particolare, attraverso rimedi) “contrattuali”. La eventuale responsabilità precontrattuale risulterà «superata ed assorbita dalla vicenda attuativa del contratto validamente sorto».

<sup>43</sup> È la tesi sviluppata compiutamente, proprio sulla base del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, da M. Mantovani, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, pp. 15 ss., 162 e 288. La «sopravvivenza» della responsabilità precontrattuale alla valida conclusione del contratto era già stata autorevolmente affermata da F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 13; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 112 ss. (ma, ancor prima, v. L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1956, II, p. 365 ss.). Cfr. anche G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 95 ss. V. *supra*, nt. 38.

<sup>44</sup> Critica il riconoscimento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento operato dalle Sezioni unite, osservando, tra l'altro, che, in tal modo, si giunge ad una «lettura sostanzialmente abrogante» dell'art. 1418, primo comma, c.c., F. Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 953: ed infatti, «la nullità per mancanza o violazione degli elementi intrinseci del contratto, relativi, cioè alla struttura o al contenuto – formule sintetiche entro cui vanno evidentemente collocati i requisiti essenziali del contratto –, è regolata espressamente dal secondo comma dell'art. 1418. Ne consegue, di necessità, che il primo comma deve essere inteso come rivolto a regolare situazioni diverse. Salvo negare che abbia contenuto sostanziale». Più corretto è, invece, prendere atto che l'ampia formulazione del primo comma dell'art. 1418 c.c. «non consente di per sé di individuare categorie di norme imperative inidonee per loro natura a determinare la nullità del contratto in caso di violazione»; «le norme espresse occorrono per escludere, non per disporre, che la violazione del dovere di correttezza nella formazione del contratto determini la nullità del contratto stesso. Ne deriva che sono le prime ad avere carattere derogatorio, mentre le seconde convalidano e precisano l'efficacia della regola generale, secondo la quale il contratto contrario a norme imperative è nullo» (p. 957). Decidere, dunque, se la violazione di un dovere di correttezza di carattere precontrattuale, in assenza di una previsione testuale, possa o no determinare la nullità del contratto «è un'operazione interpretativa particolarmente complessa, che non può essere risolta rifacendosi al principio di separazione delle regole di comportamento da quelle di validità, poiché non esiste alcuna solida ragione per affermare che la violazione del precetto inderogabile di correttezza

si ribadisce che «la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto». In siffatta ipotesi «il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale diretto»<sup>45</sup>.

tezza non possa mai configurare un'ipotesi di nullità virtuale, ma nemmeno richiamando acriticamente la nullità del contratto per violazione di norme imperative, dovendosi in questo caso spiegare perché la condotta scorretta merita una conseguenza più grave e radicale dell'annullabilità o del solo risarcimento del danno, che in altre ipotesi alla violazione del dovere di correttezza si collegano» (p. 959).

<sup>45</sup> Tra la pronuncia del 2005 e quella delle Sezioni unite del dicembre del 2007, l'orientamento restrittivo tradizionale viene riproposto in due pronunce: Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, cit., «secondo cui nella 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»; nonché, in maniera per la verità del tutto apodittica, Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Dvd Juris data*, in cui si afferma che: «il fatto che l'accordo si sia formato a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se la venditrice non avesse tenuto nei confronti degli acquirenti un comportamento contrario a buona fede, non rileva come ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., perché la configurazione di tale ipotesi è preclusa dall'intervenuta conclusione del contratto». Dopo la pronuncia delle Sezioni unite, – nonostante le prese di posizione sull'art. 1337 c.c. siano, nell'economia della motivazione, un *obiter* rispetto alla questione di diritto sottoposta – il nuovo orientamento in materia di responsabilità precontrattuale si consolida, sino ad ora senza smentite, nella giurisprudenza successiva. Ne fanno applicazione: Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, cit., in cui si legge che «la regola posta dall'art. 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto». In applicazione del riportato principio, la S.c. ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli artt. 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; Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, cit., in cui si afferma la responsabilità precontrattuale dell'istituto emittente di un prospetto di offerta pubblica di sottoscrizione di azioni societarie contenente informazioni fuorvianti in ordine alla situazione patrimoniale della società, per il danno subito dai sottoscrittori per aver acquistato titoli di valore inferiore a quello che il prospetto avrebbe lasciato supporre.

5. Nel tentativo di individuare le ricadute pratiche delle recenti aperture giurisprudenziali, si potrebbe dire che esse concorrono a creare una nuova fattispecie tipica di responsabilità precontrattuale, da affiancare a quelle tradizionali di recesso ingiustificato dalle trattative, di contratto invalido (art. 1338 c.c.), nonché a quella più recente di «ritardo» nella conclusione<sup>46</sup>: l'ipotesi di un contratto valido ed efficace ma «sconveniente», frutto della scorrettezza nelle trattative di una parte a danno dell'altra, con obbligo al risarcimento del danno consistente nel «minor vantaggio» o «maggior aggravio economico» determinato dal contegno sleale.

Occorre, tuttavia, precisare che le sentenze della Cassazione si limitano ad assegnare alla buona fede precontrattuale un inedito ambito di applicazione, quello del contratto valido, sino ad oggi precluso dalla forza della tradizione, senza contestualmente fornire indicazioni circa le modalità di concretizzazione della clausola generale in questo nuovo contesto. L'individuazione dei precisi termini operativi della fattispecie è rimessa all'attività dell'interprete. Non basta, infatti, postulare la compatibilità tra responsabilità precontrattuale e negozio validamente concluso, per considerare frutto di una «scorrettezza» rilevante ai sensi dell'articolo 1337 c.c. ogni «sconvenienza» contrattuale imputabile al comportamento della controparte. Solo laddove il pregiudizio sia causalmente riconducibile ad una condotta contrastante con la buona fede oggettiva potrà sorgere responsabilità; negli altri casi, il pregiudizio dovrà rimanere a carico del contraente deluso, in virtù del richiamo al principio di autoreponsabilità o come accolto di quel margine di rischio insito in ogni operazione economica, che le parti implicitamente si assumono fin dal momento del loro ingresso nelle trattative. Si pensi, ad esempio, al tema dei «doveri di informazione», in cui emergono con evidenza i problemi relativi ai rapporti tra liceità della condotta formativa e sconvenienza del contenuto contrattuale. Anche alla luce della «nuova» responsabilità precontrattuale, non potrà certo dirsi esistente nel nostro ordinamento un dovere d'informazione generale di contenuto illimitato, dovendosi continuare a discriminare tra «reticenze» legittime ed altre che invece si pongono in contrasto con il canone della buona fede<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249, cit.

<sup>47</sup> È evidente, infatti, che al contraente va riconosciuto il diritto di occultare i fatti che concernono esclusivamente la propria sfera, così come anche «l'uso che farà dell'oggetto acquistato, nonché l'utile che ricaverà dall'affare», alimentandosi di simili reticenze il commercio ed essere tenuti a comunicare cose del genere «equivarrebbe a precludersi la conclusione degli affari» (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1 Padova, 2004, p. 320 s.). Premessa, questa, pacificamente condivisa anche nel dibattito europeo sulla protezione del contraente debole: cfr. H. Rösler, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, in *ERPL*, 2010, 4, p. 733, secondo cui sarebbe una «Pyrrhic victory» la protezione «each against all», in quanto travolgerebbe «the competition mechanism, which is, ultimately, the key element in a self regulated and decentralized economic system». Per un primo approccio alla problematica degli obblighi di informazione dopo le aperture giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale, v. E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, cit., p. 441.

Decisivo diviene allora il compito dell'interprete, chiamato ad individuare la soglia di illiceità della condotta formativa; soglia oltre la quale il legittimo perseguimento dei propri interessi diviene scorrettezza rilevante ai fini della responsabilità precontrattuale. Nell'assolvere tale compito – che si traduce in un bilanciamento tra il principio di solidarietà costituzionale (art. 2) sotteso alla buona fede oggettiva e gli altri principi concorrenti che accompagnano l'esercizio dell'autonomia privata<sup>48</sup> –, il giudice dovrà tenere conto delle peculiarità del caso concreto, della natura del contratto e, in particolare, delle qualità dei contraenti: un conto è, infatti, il grado di correttezza esigibile tra le parti in una contrattazione tra privati, altro è invece il contegno che le parti devono tenere in una contrattazione «asimmetrica», sia essa tra professionista e consumatore che tra professionista «forte» e professionista «debole».

La ricerca delle «scorrettezze» rilevanti ai fini dell'art. 1337 c.c. non può che partire dalle ipotesi tipizzate dal legislatore. In questo senso, viene in rilievo, come chiaramente indicato dalle stesse pronunce che operano il *revirement*, la norma sul dolo incidente (art. 1440 c.c.), in cui convivono esemplarmente, in un modo che non può più essere considerato eccezionale<sup>49</sup>, validità del contratto («...il contratto è valido...») e rimedio risarcitorio («...il contraente in mala fede risponde dei danni»)<sup>50</sup>.

Più in generale, seguendo l'insegnamento della dottrina che, in largo anticipo sulla giurisprudenza, predica la compatibilità tra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso, si può ipotizzare l'operatività dell'art. 1337 c.c. con riferimento alla categoria dei cc.dd. «vizi incompleti», ossia quelle «fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio – e per le quali l'impugnativa è perciò esclusa –, il concreto assetto di interessi che risulta dal contratto appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo

<sup>48</sup> Sulle modalità di concretizzazione delle clausole generali, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 224 s.

<sup>49</sup> Come sostenuto da parte della dottrina per negare l'applicabilità in via analogica dell'art. 1440 c.c.: *ex plurimis*, A. Dalmartello, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 26; L. Mengoni, *Metus causam dans e Metus incidens*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 21.

<sup>50</sup> Sull'appartenenza del dolo incidente all'area della clausola generale enunciata dall'art. 1337 c.c., v. già F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 66 s. e, più di recente, E. del Prato, *Le annullabilità*, in A. Gentili (a cura di), *Rimedi*, IV, t. 1, in *Tratt. contr.* Roppo, cit., p. 273. Ravvisa nell'art. 1440 c.c. «il segno di un più generale principio di compatibilità tra rimedio risarcitorio e validità del contratto», M. Mantovani, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», cit., p. 19, spec. p. 71 ss., p. 254, in cui si discorre di «modello che apre il varco alla possibilità di estendere la disciplina della responsabilità precontrattuale 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». Nel solco dell'articolo 1337 si possono, poi, collocare anche le ipotesi contemplate negli articoli 1812, 1821 e 1494 c.c., le quali, nel vigore del dogmatico limite della incompatibilità tra responsabilità precontrattuale e valida conclusione, venivano ricostruite dalla dottrina, non senza forzature, in modo diverso: per una rassegna delle opinioni dottrinali, v. M. Mantovani, *o.c.*, p. 162 ss.

“deformata” in ragione della (influenza spiegata dalla) condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto»<sup>51</sup>. Si pensi ai casi di errore non essenziale, e pur determinante del consenso (errore sui motivi), riconosciuto dalla controparte; all’ipotesi di dolo omissivo o negativo (silenzio, menzogna, reticenza) laddove l’annullamento sia escluso, nonché alle ipotesi di colposa induzione in errore e di minaccia soltanto incidente, sufficiente, tuttavia, ad indurre alla stipula di un contratto a condizioni sfavorevoli. Ancora, in prospettiva più ampia, alle situazioni di squilibrio contrattuale legate a stati di sofferenza psichica del soggetto che pur non raggiungono la soglia dell’incapacità di intendere o di volere, ma che comunque evidenziano una condotta in malafede della controparte. Infine, fuori dal terreno dell’annullabilità, si pensi alla «iniquità» di uno scambio che, pur mantenendosi entro i limiti di una lesione *infra dimidium*, riveli comunque un approfittamento dell’altro contraente (art. 1448 c.c.)<sup>52</sup>. In tutti questi casi, la parte vittima della scorrettezza altrui troverebbe nell’art. 1337 c.c. lo strumento per ottenere il risarcimento del danno e la correzione del risultato economico pregiudizievole.

Se la nuova responsabilità *in contrahendo* pone essenzialmente il problema di individuare le condotte precontrattuali classificabili come scorrette alla luce del sistema normativo, un fecondo campo di indagine è costituito dalla disciplina della contrattazione asimmetrica, in cui si rinvengono numerose disposizioni che operano una «concretizzazione contenutistica» dell’art. 1337 c.c. In questo ambito, la nuova fattispecie di responsabilità da contratto «valido ma sconveniente» si candida ad essere il rimedio generale operante in caso di violazione di tutti quei doveri di comportamento, per lo più di natura informativa, che le diverse discipline settoriali prevedono a carico della parte contrattuale forte, da assolvere prima della stipula, per garantire la libertà negoziale di quella più debole. Verrebbe, così, finalmente colmata quella grave lacuna regolamentare da cui è scaturito, nell’ambito dell’intermediazione finanziaria (ma il problema si sarebbe potuto porre, nei medesimi termini, anche in altri settori), il convulso e contraddittorio scenario giurisprudenziale risolto dalle citate sentenze delle Sezioni unite del 2007<sup>53</sup>: ove non diversamente stabilito (ed ove non ricorrano gli estremi dell’annullabilità), pertanto, la violazione degli obblighi di comportamento precontrattuali darà luogo a conseguenze di tipo risarcitorio e non già alla nullità virtuale del contratto ai sensi dell’art. 1418, comma 1, c.c.

Sempre nell’ambito della contrattazione asimmetrica, si segnala ai nostri fini, per la vocazione allargata dei suoi potenziali impieghi, l’art. 9 della legge sulla subfornitura

<sup>51</sup> M. Mantovani, *o.c.*, p. 187.

<sup>52</sup> Il rinvio è sempre a M. Mantovani, *o.c.*, p. 26.

<sup>53</sup> Per una ricognizione dei diversi orientamenti giurisprudenziali, composti dalle sentenze gemelle delle Ss. Uu., sia consentito il rinvio a T. Febbrajo, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, cit., p. 2785 ss.



(l. 18 giugno 1998, n. 192), il quale, vietando l'«abuso di dipendenza economica»<sup>54</sup>, pare contenere una valutazione legale tipica di contrarietà a buona fede del comportamento di chi impone condizioni contrattuali svantaggiose sfruttando la posizione di debolezza dell'altro contraente<sup>55</sup>. Dovrebbe quindi essere ammesso alla tutela dell'art. 1337 c.c. il contraente debole a cui il *partner* negoziale più forte imponga un contenuto contrattuale (normativamente o economicamente) iniquo.

6. Le recenti sentenze della Cassazione spezzano quel legame di «corrispondenza biunivoca» che si era stabilito tra interesse negativo e responsabilità precontrattuale<sup>56</sup> e restituiscono all'art. 1337 c.c. la sua natura di clausola generale<sup>57</sup>. Non appare più possibile, pertanto, perpetuare il tradizionale approccio unitario secondo cui, in caso di responsabilità precontrattuale, qualunque sia l'illecito concretamente posto in essere, il danno deve essere limitato al c.d. interesse negativo, ossia alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili e alle perdite subite per non avere usufruito di occasioni alternative di affari, non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate.

Il pregiudizio concretamente risarcibile dovrà essere individuato caso per caso, alla luce delle peculiarità della fattispecie che integra la scorrettezza precontrattuale ed in applicazione dei principi generali in materia di liquidazione del danno<sup>58</sup>. Va detto che

<sup>54</sup> Art. 9, comma 1, l. 18 giugno 1998, n. 192: «È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

<sup>55</sup> Le connessioni tra il divieto di abuso di dipendenza economica previsto dall'art. 9, l. 192/1998 e la buona fede oggettiva, nonché le ricadute che da ciò derivano sull'autonomia contrattuale, sono messe efficacemente in luce da F. Prosperi, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 322 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici (spec. ntt. 121 – 124).

<sup>56</sup> Quando all'illecito è seguita la stipula di un contratto valido ed efficace ma «sconveniente», il risarcimento «non può essere determinato 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» (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; conf. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.).

<sup>57</sup> «L'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto» (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; conf. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.).

<sup>58</sup> Per una concezione della responsabilità precontrattuale intesa, in termini risarcitori, come «complesso eterogeneo di danni, il cui comune denominatore consiste nell'essere conseguenza della violazione dell'art.

tali considerazioni appaiono essere già patrimonio di quella parte della giurisprudenza che, specie in tempi più recenti, pur non giungendo mai a smentire apertamente il dogma che limita il risarcimento al solo interesse negativo, afferma che la risarcibilità e la valutazione del pregiudizio debbano essere improntati al principio di integrale risarcimento del danno e vagliati «alla stregua degli articoli 2043 e 2056 c.c.» (e quindi, alle disposizioni contenute negli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.)<sup>59</sup>.

Pur nella consapevolezza che l'illecito precontrattuale ha un contenuto atipico, sulla base della natura degli interessi lesi è possibile individuare due distinte aree di indagine relative al danno risarcibile: la prima riguardante l'ipotesi di assenza (originaria o sopravvenuta in seguito ad invalidazione) di contratto; l'altra, relativa al caso di stipula di un contratto (valido) ma sconveniente.

6.1 Secondo un'impostazione largamente condivisa, l'art. 1223 c.c., descrivendo le diverse poste di danno, contiene l'indicazione del principio della riparazione integrale dei danni, per effetto del quale, il risarcimento del danno, sia esso derivante da fatto illecito o da responsabilità contrattuale, «è volto a ripristinare il patrimonio del danneggiato nella situazione in cui si sarebbe trovato se non ci fosse verificato il fatto dannoso»<sup>60</sup>. Incompatibile con tale principio è quell'orientamento giurisprudenziale che, in materia di responsabilità precontrattuale, limita il risarcimento alle sole spese inutilmente effettuate nel corso della trattativa e alla perdita di ulteriori occasioni contrattuali, escludendo a priori ogni altra forma di pregiudizio non ricompresa in

---

1337 c.c.», v. G. Meruzzi, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., p. 808; cfr. P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., p. 520, il quale, escluso che in materia di responsabilità precontrattuale il risarcimento abbia luogo nei soli limiti dell'interesse negativo, giunge alla affermazione che vengono risarcite «le spese nonché i mancati guadagni, sempre che le une e gli altri siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito (art. 1223 c.c.) e non siano evitabili con l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2, c.c.); salva ancora la prova del concorso di colpa dell'altra parte (art. 1227, comma 1, c.c.)». Già F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 9 svuotava il concetto di interesse negativo di ogni funzione limitativa del risarcimento considerandolo, in linea con le intenzioni del suo stesso ideatore, come una «espressione meramente descrittiva per indicare il danno nascente dalla violazione dei doveri precontrattuali», senza alcun valore in ordine «all'entità di tale danno e dei criteri attraverso cui deve essere specificato». In termini analoghi, v. anche G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 350.

<sup>59</sup> Cass., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, I, p. 806; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Vita not.*, 2005, p. 977; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539, in *Contratti*, 2005, p. 262; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Gius.*, 2004, p. 787; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, cit.; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, cit.; Cass., 21 gennaio 1985, n. 226, cit.

<sup>60</sup> Cfr., tra le tante, Cass., 8 marzo 1974, n. 619, in *Resp. civ. prev.*, 1975, p. 557; Cass., 17 maggio 1989, n. 189, in *Mass. giur. it.*, 1989; Cass., 7 agosto 1990, n. 7971, in *Mass. giur. it.*, 1990. Per un approfondimento dei significati di questo principio: G. Visintini, *Il risarcimento del danno*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, Torino, 1984, IX, p. 203 ss.; G. Valcavi, *Indennizzo e lucro nella stima del danno*, in *Quadrimestre*, 1986, p. 681; V. Carbone, *Il rapporto di causalità*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1997, p. 55; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Torino, 1998; A. Pinori, *La regola della cd. causalità giuridica le conseguenze immediate e dirette e i danni prevedibili*, in *Tratt. resp. contr.* Visintini, Padova, 2009, p. 314 ss.

una di tali fattispecie<sup>61</sup>: ai sensi dell'art. 1223 c.c., il danneggiato da un illecito precontrattuale ha diritto al risarcimento di tutte le «perdite subite» e i «mancati guadagni» che siano conseguenza immediata e diretta dell'illecito, senza che sia più configurabile alcuna limitazione strutturale del danno risarcibile.

Nelle fattispecie di responsabilità precontrattuale da mancata stipula più di frequente affrontate dalle Corti (recesso ingiustificato e mancata comunicazione delle cause di invalidità ex art. 1338 c.c.), il danno emergente è costituito principalmente dalle spese. Esse possono riguardare i costi sostenuti per lo svolgimento delle trattative (viaggi, redazione di progetti, etc.), i costi per la stipulazione del contratto (assistenza legale, redazione dell'atto pubblico, tasse, etc.), nonché i costi effettuati per iniziare l'adempimento o per ricevere la prestazione<sup>62</sup>.

Alla luce della giurisprudenza consolidata, la risarcibilità di questa voce di danno è indiscussa. Ciò non può significare, tuttavia, la risarcibilità di tutte le spese effettuate in occasione delle trattative<sup>63</sup>, ma soltanto di quelle che risulteranno tali applicando i normali criteri di liquidazione del danno.

In base alle regole sul nesso di causalità materiale, è possibile operare una prima discriminazione tra spese cagionate dall'illecito (e, quindi, risarcibili) e spese che sarebbero state ugualmente sostenute dalla parte e che dunque sono imputabili ad un rischio liberamente assunto. A titolo di esempio, in caso di recesso ingiustificato nell'ambito di una trattativa divenuta affidante, le spese risarcibili saranno soltanto quelle effettuate in seguito ed in considerazione del legittimo affidamento circa la conclusione del contratto. Quelle effettuate in precedenza non saranno risarcibili in quanto prive del nesso di causalità materiale con la condotta illecita: esse, infatti, si sarebbero comunque verificate anche in assenza dell'illecito, essendo riconducibili al rischio che ogni contraente si assume nel momento di intraprendere delle trattative<sup>64</sup>.

Nel caso, invece, di trattativa maliziosa, iniziata cioè per scopi diversi dalla conclusione del contratto (come, per es., ottenere da controparte una valutazione gratuita

<sup>61</sup> Esempio di un siffatto orientamento, Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in *Dvd Juris data*, che, in un accertato caso di *culpa in contrahendo*, nega la risarcibilità del danno biologico e alla vita di relazione in quanto non ricompresi tra le «spese inutilmente effettuate in vista della conclusione del contratto» e tra le «perdite di ulteriori occasioni contrattuali»; v. anche Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, cit., che esclude dal risarcimento una posta di danno in considerazione del fatto che «non è dato comprendere dalla motivazione se e perché tale pregiudizio possa rientrare in una delle tassative tipologie di cui si compone l'interesse negativo».

<sup>62</sup> C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 175.

<sup>63</sup> Per un'ampia casistica, v. P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., p. 495 ss.

<sup>64</sup> Valorizzano il nesso di causalità che deve sussistere tra l'illecito precontrattuale e le conseguenze pregiudizievoli, Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, cit.; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Corr. giur.*, 1993, p. 560; Cass., 21 gennaio 1985, n. 226, in *Resp. civ. prev.*, 1985, p. 757; Cass., sez. un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 169. In senso contrario, G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 90; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 342; S.A. Rasi, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 510.

del bene, oppure indurla a compiere una certa attività)<sup>65</sup>, risultano causalmente connesse con l'illecito tutte le spese sostenute, senza alcuna limitazione temporale, in quanto se non ci fosse stata la condotta scorretta non ci sarebbe stata alcuna trattativa e quindi nessuna spesa<sup>66</sup>.

Anche il nesso di causalità giuridica previsto dall'art. 1223 c.c. contribuisce a delimitare l'area del danno risarcibile<sup>67</sup>. Potranno essere prese in considerazione soltanto quelle spese che, secondo la teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, appaiono essere conseguenza «immediata e diretta» dell'illecito e cioè quelle spese che, ad una valutazione *ex ante*, non appaiono del tutto inverosimili in relazione all'evento lesivo<sup>68</sup>.

Inoltre, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, bisognerà tenere conto delle utilità che la parte vittima della scorrettezza precontrattuale può ritrarre dalle spese effettuate durante le trattative. Ciò accade in particolar modo quando l'affidamento circa la stipula di un futuro contratto induce all'acquisto di beni. In un esemplare caso in cui un soggetto si era indotto all'acquisto di un immobile con lo scopo di destinarlo ad un contratto di locazione che riteneva incolpevolmente certo, successivamente non conclusosi a causa del recesso ingiustificato della controparte, il danno risarcibile non è stato individuato nella somma spesa per l'acquisto del bene (la quale, essendosi trasformata in un cespite, non può tecnicamente considerarsi una perdita), bensì nell'utile, liquidato equitativamente nel 5% del capitale, che il contraente deluso avrebbe conseguito se avesse diversamente investito tale somma<sup>69</sup>. Non sembra, invece, che vada esclusa la risarcibilità di quelle spese che il

<sup>65</sup> Ammesso che questa condotta possa essere considerata una violazione della buona fede in *contrahendo* e non un fatto illecito ex art. 2043 c.c.: sul punto, A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, cit., p. 44; G. Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 266 ss.; Cass., 7 febbraio 1966, n. 402, in *Giur. it.*, 1967, I, p. 101.

<sup>66</sup> Cass., 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2454. Per più ampie considerazioni su questi aspetti, v. G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 98 ss. e Id., *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 469 ss.

<sup>67</sup> Ricostruisce in maniera puntuale e precisa la differenza di natura e funzione tra il nesso di causalità materiale e quello giuridico, Cass., 7 luglio 2009, n. 15895, in *Dvd Juris data*.

<sup>68</sup> Per la riconducibilità di un evento ad un determinato comportamento, «non è sufficiente che tra l'antecedente ed il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza, occorrendo invece che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza possibile, secondo un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile dell'antecedente», Cass., 7 luglio 2009, n. 15895, cit. La giurisprudenza ha precisato che, nell'ambito della responsabilità civile, la c.d. causalità adeguata si declina in base alla regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non», a differenza di quanto avviene nell'ambito del diritto penale in cui invece vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio», v. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dvd Juris data*.

<sup>69</sup> Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, cit., in cui il danno viene concretamente liquidato nella misura del 5% sull'ammontare del capitale investito per due anni, considerando tale periodo di tempo necessario per realizzare le somme spese e poterle investire diversamente o, comunque, per rendere produttivo l'investimento effettuato.

contraente avrebbe dovuto, in ogni caso, affrontare, richiedendosi solo che le stesse siano avvenute in occasione ed in previsione di un contratto poi non stipulato<sup>70</sup>.

La quantificazione del danno risarcibile dovrà essere effettuata anche facendo applicazione delle regole del concorso di colpa del danneggiato (art. 1227, comma 1, c.c.) e della regola della irrisarcibilità dei danni evitabili con l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2). Dovranno, pertanto, essere imputate alla colpa della vittima dell'illecito e non già al suo autore le spese che non rientrano nei limiti della stretta necessità, come le spese voluttuarie, inutili e irragionevoli<sup>71</sup>. Inoltre, ai fini del giudizio sul concorso di colpa occorre valutare il rapporto tra costi (sostenuti) e benefici (sperati), essendo lecito dubitare della ragionevolezza del comportamento di chi investa in una operazione più di quanto sia possibile guadagnare. Ciò non significa, tuttavia, che ogniquale volta le spese siano superiori ai profitti attesi si debba ravvisare una responsabilità del danneggiato. Nel singolo caso concreto, infatti, potrebbero esservi motivazioni di ordine soggettivo ovvero economico tali da giustificare un investimento di importo superiore ai profitti sperati, con l'effetto di ricondurre il comportamento nell'alveo della razionalità ed escludere, sotto questo profilo, ogni addebito di colpa<sup>72</sup>.

Quanto ai mancati guadagni, questi, in caso di illecito precontrattuale da assenza di contratto, sono da ricercare, in primo luogo, nelle altre occasioni che la parte danneggiata non ha potuto sfruttare per essere impegnata nelle trattative rivelatesi poi inutili<sup>73</sup>. In questo contesto, l'applicazione del principio della riparazione integrale del danno induce a confermare quell'orientamento giurisprudenziale che considera risarcibili tutte le occasioni perse, anche se aventi contenuto diverso e maggiormente vantaggioso rispetto al contratto sfumato<sup>74</sup>. Come già visto per il danno emergente, il concreto pregiudizio risarcibile a titolo di lucro cessante sarà quello risultante dall'applicazione delle regole generali. E così, bisognerà innanzitutto escludere le occasioni la cui perdita non è eziologicamente riconducibile all'illecito precontrattuale. A tale stregua, in caso di recesso ingiustificato, dovranno essere considerate le occasioni a cui il danneggiato ha rinunciato prima che la trattativa

<sup>70</sup> Cass., 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Contratti*, 2006, p. 973, che considera risarcibili spese sostenute per adeguare l'impianto elettrico e l'impianto di riscaldamento di un immobile, in quanto espressamente richieste dal conduttore poi receduto dalle trattative e nonostante tali spese fossero necessarie per renderlo abitabile.

<sup>71</sup> G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 93; P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., p. 489.

<sup>72</sup> P. Gallo, *o.u.c.*, p. 494.

<sup>73</sup> Un'ampia ricostruzione del percorso giurisprudenziale che ha visto il riconoscimento di tale voce di danno si legge in G. Meruzzi, *La responsabilità per rottura di trattative*, cit., p. 801.

<sup>74</sup> Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746, cit., in cui si ammette la risarcibilità delle occasioni perse anche sulla base di un giudizio solo prognostico; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, cit.; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 605. V. ampiamente *supra*, nt. 31.

divenisse affidante<sup>75</sup>, salvo ipotizzare una inaccettabile corrispondenza tra l'illecito precontrattuale e la stessa intrapresa della trattativa.

Da escludersi dal novero dei pregiudizi risarcibili sono, inoltre, le perdite imputabili alla colpa del danneggiato. Come già visto in materia di spese, il problema della colpa emerge in particolar modo nei confronti di quelle occasioni perdute che presentino un valore superiore rispetto al contratto di cui alla trattativa sfumata, dovendosi dubitare della ragionevolezza del comportamento di chi rinuncia ad un guadagno certo per uno meramente eventuale.

Delicati problemi pone la risarcibilità delle occasioni perse quando il contratto mancato riguarda lo sfruttamento economico di un bene. Si pensi alla vendita o alla locazione: come combinare, in questo caso, il risarcimento del lucro cessante con il fatto che il bene è ancora nel patrimonio del danneggiato? Con riferimento alla locazione, la Cassazione afferma che il proprietario, una volta persa incolpevolmente l'occasione di dare in locazione il proprio immobile per un contratto della durata di dodici anni, non tiene un comportamento improntato all'ordinaria diligenza se attende altri dodici anni per trovare un nuovo conduttore. Può essere considerata causata dall'autore dell'illecito precontrattuale solo la perdita «del reddito per un certo periodo di tempo» ragionevolmente necessario per trovare un nuovo conduttore ed «è invece dovuta alla condotta del proprietario non improntata alla diligenza ordinaria la perdita del reddito per il periodo successivo»<sup>76</sup>.

In caso di mancata vendita, non pare possibile risarcire *tout court* il prezzo delle altre occasioni contrattuali perse, ancorché concrete e comprovate nella loro esistenza, per non attribuire al danneggiato l'indebito vantaggio consistente nella duplicazione del valore del proprio bene. Non sembra nemmeno doversi attribuire alcun significato nella quantificazione del danno alle modalità con cui il bene viene sfruttato dopo il fallimento della trattativa (o l'invalidazione del contratto), essendo queste circostanze il risultato di attività imputabili integralmente al danneggiato. E così, se dopo il fallimento di una trattativa per la cessione di un bene ad un prezzo di mercato, il proprietario decide di svenderlo ad un prezzo inferiore al suo valore, non potrà certo considerarsi risarcibile a titolo di mancato guadagno la differenza tra i due valori. E ciò nemmeno se, durante le trattative, il proprietario ha rinunciato ad una concreta offerta di acquisto proveniente da un terzo. Appare più corretto limitare il lucro cessante a quelle concrete occasioni di vendita aventi un prezzo superiore a quello di mercato e circoscrivere il danno risarcibile a tale maggiore importo. Dovrà, inoltre, essere risarcito il mancato guadagno corrispondente alla rendita sul

<sup>75</sup> Ciò sempre che l'adesione da parte del danneggiato all'occasione alternativa non comportasse a sua volta il compimento di un illecito precontrattuale.

<sup>76</sup> Cass., 14 febbraio 2001, n. 2154, cit.

valore dell'immobile che il proprietario avrebbe verosimilmente potuto ritrarre se non avesse perduto tempo confidando incolpevolmente nella conclusione del contratto o nella sua validità; danno da liquidarsi in via equitativa, tenendo conto della durata delle trattative (dal loro inizio, in caso di mala fede, altrimenti dal momento in cui sono divenute affidanti), della particolare natura del bene e delle condizioni del mercato di riferimento.

A titolo di lucro cessante, oltre alle occasioni di guadagno perdute dal danneggiato perché impegnato nelle trattative inutili, devono essere risarcite anche le rinunce a posizioni contrattuali già in essere, quando queste siano conseguenza immediata e diretta della scorrettezza precontrattuale<sup>77</sup>.

È ora da chiedersi se a titolo di lucro cessante possa essere risarcito anche il c.d. interesse positivo. L'interrogativo si pone esclusivamente con riferimento all'utile ritraibile dal contratto cui si riferisce la trattativa inutile e da quello invalidato, dal momento che, come visto, risulta già pacifica in giurisprudenza la risarcibilità dell'interesse positivo relativo ai contratti perduti e a quelli in essere cui il danneggiato ha rinunciato. Alla luce del nuovo statuto della responsabilità precontrattuale, che affranca il danno risarcibile da ogni limitazione strutturale, la risposta deve essere, in linea teorica, affermativa<sup>78</sup>. Sul piano pratico, tuttavia, in caso di recesso ingiustificato e di mancata comunicazione delle cause di invalidità, il danno risarcibile continuerà, di regola, a non ricomprendere l'interesse positivo, per assenza del nesso di causalità materiale. In nessuna delle due ipotesi, infatti, la violazione della buona fede è data dal rifiuto di concludere di un (valido) contratto: anche eliminando ipoteticamente dalla concatenazione degli eventi la condotta scorretta, le parti non sarebbero comunque addivenute ad una (valida) stipula. Nel primo caso, infatti, non si può addebitare al contraente di essere receduto, ma soltanto di averlo fatto senza giusta causa dopo aver creato un legittimo affidamento circa la conclusione del contratto. Il rispetto della buona fede non impone di stipulare il contratto, ma di valutare la serietà del proprio intento negoziale prima che dalla trattativa sorga un'aspettativa che non si può o non si vuole mantenere. Nel caso previsto dall'art. 1338 c.c., il rispetto del dovere di buona fede avrebbe portato alla comunicazione alla controparte della causa di invalidità e quindi alla mancata conclusione del contratto rivelatosi poi inutile.

<sup>77</sup> Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, cit., in cui viene riconosciuto alla vittima dell'illecito precontrattuale, a titolo di lucro cessante, il pregiudizio subito «per aver cessato qualsiasi rapporto di collaborazione» con altri partner. Sempre in tema di recesso ingiustificato dalle trattative, App. Venezia, 11 aprile 1953, in *Foro pad.*, 1954, I, p. 1050, in cui viene risarcito il danno subito da un maggiore della Marina che aveva abbandonato il suo incarico legittimamente confidando in una più vantaggiosa sistemazione presso un'azienda privata poi non concretizzata.

<sup>78</sup> Cfr. F. Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 973; A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., 797 ss.

Diversamente è a dirsi nel caso in cui l'illecito precontrattuale sia integrato da una condotta scorretta (verosimilmente la violazione di un obbligo di informazione) che induce una parte a non concludere un contratto che avrebbe altrimenti stipulato<sup>79</sup>. In questa ipotesi, tra l'illecito precontrattuale ed il mancato conseguimento dell'interesse positivo può sussistere un nesso di causalità che, ove esistente, rende risarcibile a titolo di lucro cessante il mancato guadagno che si sarebbe ottenuto in virtù del contratto non concluso.

Un (parziale) risarcimento dell'interesse positivo del contratto sfumato si ha, infine, quando il danneggiato inizi, in buona fede, l'esecuzione della prestazione. Essa dovrà essere congruamente retribuita, «giacché quelle capacità e quel tempo produttivo ben avrebbero potuto essere destinati ad altro remunerato lavoro»<sup>80</sup>.

6.2 In caso di responsabilità precontrattuale da stipula di un contratto valido ma sconveniente, la giurisprudenza chiarisce che il danno risarcibile non deve essere parametrato al c.d. interesse negativo, ma deve essere commisurato al «minor vantaggio o al maggior aggravio economico» determinato dal contegno scorretto di una delle parti, nonché agli ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto<sup>81</sup>.

Tale massima deve dirsi operante anche nel caso in cui la vittima della condotta sleale, pur potendo chiedere l'annullamento del contratto, scelga di mantenerlo in vita e di chiedere soltanto il risarcimento del danno<sup>82</sup>.

Alla luce delle prime pronunce che danno attuazione a questo innovativo indirizzo, nonché della giurisprudenza maturata in tema di dolo incidente, è possibile individuare due diversi concetti di «sconvenienza» contrattuale.

Un primo caso ricorre quando l'accordo si forma a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una parte non avesse tenuto nei confronti dell'altra, nella fase delle trattative e della conclusione, un comportamento contrario a buona fede. In questa ipotesi, il regolamento divisato dalle parti è comparabile con un modello virtuale giu-

<sup>79</sup> Cfr. A. Luminoso, *o.l.u.c.*, il quale annovera, tra le ipotesi di illeciti precontrattuali lesivi dell'interesse positivo, l'induzione a non concludere un contratto che si sarebbe invece sicuramente stipulato in assenza del comportamento contrario a buona fede.

<sup>80</sup> Cass., 27 ottobre 2006, n. 23289, in *Contratti*, 2007, p. 313, che riconosce il diritto di alcuni artisti a vedersi retribuita l'attività preparatoria di una commedia poi cancellata dal cartellone.

<sup>81</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 10924, cit.; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

<sup>82</sup> Il principio dell'autonomia tra azione di annullamento e risarcimento del danno è espresso, tra le altre, da Cass., 19 settembre 2006, n. 20260, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2108; Cass., 9 febbraio 1980, n. 921, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Danni civili*, c. 674, n. 93. In dottrina, R. Sacco, *La volontà*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 2004, p. 548. Ribadiscono questo principio alla luce delle aperture giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale da contratto valido, F. Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 974; V. Roppo e G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 32.



sto, generalmente parametrato sul valore di mercato del bene o della prestazione, che le parti avrebbero stipulato se non fosse intervenuta la scorrettezza precontrattuale ad alterare il processo di formazione della volontà<sup>83</sup>. Per effetto di ciò, la vittima dell'illecito subisce un pregiudizio consistente nell'aver acquistato «beni aventi un valore diverso ed inferiore rispetto a quanto le informazioni ricevute dall'acquirente avrebbero fatto ragionevolmente supporre», ovvero «nell'aver acquistato ad un prezzo che dichiaratamente presupponeva un determinato valore, risultato poi invece inferiore»<sup>84</sup>. Il danno concretamente risarcibile è, dunque, dato dal «maggior aggravio economico» che subisce la vittima dell'illecito, la quale avrà diritto al risarcimento pari alla differenza tra il valore reale del bene o della prestazione ed il prezzo effettivamente pagato.

In altri casi, la scorrettezza precontrattuale non conduce ad una «sconvenienza» rispetto alle condizioni di mercato, ma ad una operazione economica meno vantaggiosa di quanto la vittima poteva ragionevolmente aspettarsi. Si pensi all'ipotesi, decisa facendo applicazione del nuovo statuto della responsabilità precontrattuale<sup>85</sup>, relativa ad un contratto di leasing avente ad oggetto una macchina da stampa concluso dall'utilizzatore nell'erroneo convincimento, generato da incaute informazioni del concedente, di poter ottenere un credito d'imposta pari al 33% del valore del finanziamento. In questo caso, la trasmissione di informazioni errate induce la parte alla stipula di un contratto «meno vantaggioso» rispetto a quello che pensava legittimamente di ottenere. Tale affidamento viene tutelato dalla giurisprudenza che condanna l'autore dell'illecito al risarcimento anche del mancato credito di imposta, in quanto «minor vantaggio» derivante dalla violazione della buona fede<sup>86</sup>.

Applicata in questo modo, la responsabilità precontrattuale diviene un inedito strumento di tutela dell'affidamento della vittima a beneficiare di un contratto conforme

<sup>83</sup> Si pensi al caso deciso da Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, cit., riguardante la vendita di automezzi avvenuta, all'insaputa degli acquirenti, nel mercato d'importazione parallelo, con conseguente riduzione del valore dei beni; ovvero al caso in cui il venditore di una macchina abbia affermato di averla acquistata da poco, mentre erano passati già diversi anni, spuntando così un prezzo più alto rispetto a quello effettivo di mercato (Cass., 16 agosto 1990, n. 8318, in *Dvd Juris data*); ovvero al caso di compravendita di diritti di utilizzazione sportiva di un atleta, ceduto senza rivelare alcune patologie fisiche tali da ridurne ampiamente le aspettative di carriera residua (Cass., 4 aprile 1998, n. 3500, in *Contratti*, 1999, p. 381).

<sup>84</sup> Cass., 11 giugno 2010, n. 14056, cit.

<sup>85</sup> Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, cit.

<sup>86</sup> Paradigmatico è anche il caso deciso da Cass., 9 febbraio 1980, n. 921, in *Mass. giust. civ.*, 1980, p. 328, avente ad oggetto entrambe le ipotesi di «sconvenienza» di cui si discorre nel testo: «Nel caso di acquisto di un immobile per un prezzo che il compratore abbia accettato nell'erronea convinzione, ingenerata con raggio, della corrispondenza di esso a quello di mercato, e del possibile ricavo di un reddito rivelatosi irrealizzabile, il danno subito dall'acquirente, il quale agisca per il risarcimento, pur senza chiedere l'annullamento del contratto, va identificato, oltre che nella differenza tra il reddito avuto di mira e quello in realtà realizzato (lucro cessante), anche nella differenza tra il prezzo versato e quello effettivo di mercato (danno emergente), in quanto conseguenza immediata e diretta dell'illecito».

alle aspettative maturate sulla base del contegno della controparte. Si offre, infatti, un rimedio manutentivo che permette alla parte di ottenere proprio quel profitto (superiore rispetto a quello del contratto concluso) che legittimamente confidava di ottenere, in linea con quella logica di «contrattualizzazione» del comportamento e delle informazioni preliminari alla stipula già accolta nell'ambito del diritto privato europeo<sup>87</sup>.

Più complesso è il problema del rimedio applicabile nel caso in cui l'illecito precontrattuale abbia dato vita ad un contratto sconveniente da un punto di vista non già economico ma normativo. Ed infatti, il risarcimento per equivalente non pare essere particolarmente efficace nel momento in cui si tratta di rimuovere uno squilibrio derivante dall'assetto disciplinare del regolamento. Più efficace sarebbe, invece, sterilizzare le regole che determinano lo scompenso. Escluso che questo effetto possa essere conseguito con l'invalidità, stante il principio di non interferenza tra norme di validità e di comportamento, l'eliminazione del contratto (o del singolo patto) costitutivo del pregiudizio potrà essere ottenuto sotto forma di risarcimento in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*<sup>88</sup>. Non si dubita, infatti, che il risarcimento in

<sup>87</sup> In maniera significativa, il *Draft Common Frame of Reference*, elaborato, nell'ottica della creazione di un diritto privato comune europeo, dallo Study Group on a European Civil Code, guidato da Christian von Bar [*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, 2009] prevede, all'art. 3:109 del II libro delle *Model Rules*, rubricato «*Remedies for breach of information duties*», che, in caso di violazione da parte del professionista degli obblighi di informazione cui sia seguita la conclusione del contratto, «*the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information*».

Nell'ordinamento interno, la vincolatività delle informazioni precontrattuali è postulata da numerose norme, molte delle quali di derivazione comunitaria, tra cui: l'art. 70 c. cons. in tema di multiproprietà; l'art. 88, comma 2, c. cons., in tema di servizi turistici, il quale prevede che «le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore il venditore in relazione alle rispettive responsabilità»; gli artt. 116 e 117, d.lgs. n. 385 del 1993 (T.u.b.), operanti anche nell'ambito del credito al consumo; nella disciplina della vendita di beni di consumo, l'art. 129, comma 2, lett. c), c. cons., secondo cui la conformità al contratto del bene di consumo si presume laddove coesistano diverse circostanze, tra cui la presenza delle qualità e delle prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, «che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Sull'argomento, sia consentito il rinvio a T. Febbrajo, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 133 ss. L'effetto vincolante delle dichiarazioni precontrattuali è ampiamente approfondito, nella prospettiva del diritto europeo, da R. Shulze, *Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law*, in *ERPL*, 2005, p. 852 ss. In merito ai rapporti tra informazione e contratto, si vedano le lucide considerazioni di G. De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 718, il quale, analizzando i primi interventi normativi in materia di trasparenza, preconizzando forme di tutela divenute in seguito patrimonio comune della normativa protettiva del contraente debole, afferma che «solo quelle clausole che sono illuminate dall'informazione, e sono ad essa fedeli, possono far parte del regolamento contrattuale [...]. Il tentativo di cogliere di sorpresa l'altro contraente non può riuscire».

<sup>88</sup> In questo senso, F. Prosperì, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 978. Favorevole alla risarcibilità in forma specifica in caso di responsabilità precontrattuale, «ove le circostanze lo consentano», V. Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale* (voce), *Enc. dir.*, XXXIX,

forma specifica, pur previsto in tema di responsabilità extracontrattuale, sia applicabile anche alla responsabilità per inadempimento, rispondendo alla finalità più essenziale di ogni ipotesi di obbligazione risarcitoria, che è quella di eliminare completamente i danni ingiustamente prodotti dall'illecito<sup>89</sup>. Sicché la sua applicazione in materia di responsabilità precontrattuale può prescindere da ogni questione relativa alla natura contrattuale o extracontrattuale della stessa.

Da altra prospettiva, si ritiene che la «neutralizzazione» del contratto o della clausola lesiva possa ottenersi facendo applicazione di quel rimedio generale «costruito dalla dottrina e praticato dalla giurisprudenza»<sup>90</sup>, consistente in una sorta di esecuzione in forma specifica del dovere di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c., che si esplica proprio attraverso il «mezzo tecnico del diniego di effetti a comportamenti definiti scorretti o sleali»<sup>91</sup>. Il fondamento di tale strumento viene ravvisato nelle stesse norme che enunciano il principio di correttezza e buona fede, dovendosi riconoscere che alla polivalenza dei contenuti regolamentari dello stesso debba corrispondere una polivalenza coercitiva, dovendo i rimedi calibrarsi in relazione alla specificità delle condotte trasgressive e dei loro effetti<sup>92</sup>.

7. Il problema della natura giuridica della responsabilità precontrattuale, nonostante autorevoli inviti a svalutarne l'importanza<sup>93</sup>, appare decisivo per alcuni significativi aspetti della disciplina dell'istituto tra cui, per limitarsi ai più importanti, quello relativo all'onere della prova, alla estensione del danno risarcibile e alla durata della prescrizione<sup>94</sup>.

---

Milano, 1988, p. 1274; nello stesso senso, R. Sacco, *Le invalidità*, cit., p. 621, secondo il quale il contratto affetto da vizio innominato è sostanzialmente annullabile, per effetto combinato dell'art. 1337 e 2058 c.c.; P. Gallo, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, cit., p. 415. Dubbi riguardo la praticabilità del risarcimento in forma specifica nei confronti del contratto valido ma sconveniente vengono espressi da S. Montemaggi, *Responsabilità precontrattuale e «contratto abusivo»*, in *Contratti*, 2008, p. 623.

<sup>89</sup> Cass., 8 marzo 2006, n. 4925, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 30.

<sup>90</sup> Così A. D'Angelo, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, v. XIII, t. IV, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2004, p. 144, cui si rinvia per i riferimenti giurisprudenziali e per una loro ampia analisi.

<sup>91</sup> A. D'Angelo, *o.l.c.*, il quale cita A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173 – 1176*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, diretto da F. Galgano, Bologna – Roma, 1988, p. 326; L. Nanni, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 279. Da altra prospettiva, si ritiene che in forza del combinato disposto degli artt. 1337 e 1366 c.c., il giudice possa, laddove si verifichi una «inammissibile sfasatura tra le posizioni delle parti» frutto del comportamento scorretto di uno dei contraenti, effettuare «un giudizio di irrilevanza» o indicare «il senso ed i limiti di rilevanza» *ex fide bona*, «della fattispecie negoziale in concreto realizzata. Onde il possibile accertamento della sostanziale inoperatività del regolamento posto o della necessità di procedere ad una correzione dello stesso, fermo, se del caso, quel risarcimento dei danni, cui (...) fa riferimento l'art. 1337 c.c.» (L. Bigliuzzi Geri, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, p. 131 ss.).

<sup>92</sup> A. D'Angelo, *o.c.*, p. 316.

<sup>93</sup> E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 83, secondo cui «la preferenza per l'una o l'altra tesi è una mera questione di gusto»; cfr. anche A. Ravazzoni, *La formazione del contratto*, cit., p. 208.

<sup>94</sup> Ulteriori aspetti regolamentari, suscettibili di modifica a seconda della natura dell'istituto, riguardano l'individuazione dei termini soggettivi della fattispecie, come quello sulla ipotizzabilità di forme di responsabilità

Con riferimento al primo profilo, la vicenda della natura giuridica comporta non trascurabili ricadute sul piano disciplinare, dal momento che le Sezioni unite della Cassazione hanno diversificato la disciplina delle due tipologie di responsabilità, precisando che, in caso di responsabilità contrattuale, è il debitore a dover provare di aver adempiuto correttamente<sup>95</sup>. Pertanto, ove si attribuisca alla responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c. natura contrattuale, sarà il presunto autore dell'illecito a dover dimostrare la correttezza del proprio contegno e non già l'attore a dover fornire la prova della scorrettezza, come previsto dall'art. 2043 c.c.<sup>96</sup>.

Altra differenza si potrebbe profilare in tema di prova della colpa. Ed infatti, in caso di responsabilità extracontrattuale – in cui la colpa è, di regola, un elemento costitutivo della fattispecie – spetterebbe al danneggiato provare non solo la condotta, ma anche la colpa del danneggiante; in caso di responsabilità contrattuale, invece, sarebbe il debitore a dover dimostrare la propria mancanza di colpa, ossia che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità sopravvenuta della prestazione, dovuta ad una causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.).

Ulteriore profilo rispetto a cui la soluzione qualificatoria potrebbe portare differenze disciplinari riguarda l'estensione dei danni risarcibili, i quali, nel caso in cui si accolga la tesi della responsabilità contrattuale, dovranno essere limitati a quelli «prevedibili» come indicato dalla norma contenuta nell'art. 1225 c.c.; norma che, non trovando espresso richiamo nell'art. 2056 c.c., non si ritiene generalmente applicabile alla responsabilità da fatto illecito<sup>97</sup>.

Infine, altra rilevante differenza riguarda il termine di prescrizione, decennale, ex art. 2946 c.c., in caso di responsabilità contrattuale e quinquennale in caso di riconduzione della responsabilità *in contrahendo* nell'alveo della responsabilità aquiliana<sup>98</sup>.

Nel merito, il problema della natura della responsabilità precontrattuale viene diversamente «vissuto» in dottrina ed in giurisprudenza. Ed infatti, a fronte di un vivace dibattito dottrinale che accompagna da sempre la vita dell'istituto ed in cui

precontrattuale del terzo, o verso terzi; quello della estendibilità al rappresentato della responsabilità per l'attività compiuta, *in contrahendo*, dal rappresentante. Per un approfondimento di questi aspetti, si rinvia all'ampia trattazione di L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in Aa. VV., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 2, Torino, 2000, p. 348 ss. e di G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1115 ss.

<sup>95</sup> Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565; cfr. anche Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1428.

<sup>96</sup> Ritiene che – indipendentemente da una valutazione di carattere generale sulla fondatezza della nuova regola di distribuzione dell'onere probatorio formulata dalle Sezioni unite – tale nuovo indirizzo non possa comunque trovare applicazione nel caso di responsabilità precontrattuale, G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1117.

<sup>97</sup> Anche questa differenza disciplinare viene «ridimensionata» da G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1121 ss.

<sup>98</sup> Come precisato da Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, cit., il termine di prescrizione decennale vale anche in caso di qualificazione della responsabilità precontrattuale alla stregua di un *tertium genus*, non essendo le norme che fissano termini di prescrizione più brevi suscettibili di interpretazione analogica o estensiva.

trovano voce tanto la tesi della natura contrattuale<sup>99</sup>, quanto quella della natura extracontrattuale<sup>100</sup>, nonché quella dell'appartenenza ad un *tertium genus*<sup>101</sup>, si colloca un orientamento della giurisprudenza, specie di legittimità<sup>102</sup>, «tanto granitico,

<sup>99</sup> A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 35; G. Stolfi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, p. 1110; L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 115 ss.; C. Scognamiglio, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 671; Id., *Contratti in generale*, 3ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Grosso e Santoro Passarelli, IV, 2, Milano, 1980, p. 90; F. Messineo, *Il contratto in genere*, cit., p. 365; G. Pansa, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 215 ss.; C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 723; C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 334 ss.; A. Del Fante, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, cit., p. 122. Pur nella diversità di accenti, in questo orientamento è fondamentale l'osservazione secondo cui la responsabilità precontrattuale origina dalla violazione di un obbligo, ancorché non contrattuale, e non direttamente dalla lesione di una situazione soggettiva assoluta. In senso critico alla tesi della natura aquiliana, osserva L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 361: «non c'è argomento possibile che riconduca all'extra-contratto la responsabilità per *culpa in contrahendo*, che non si traduca nell'assioma per cui il contenuto precettivo degli artt. 1337 e 1338 si troverebbe già, per intero, nel precetto desumibile dall'art. 2043 c.c.», con il corollario che la norma dell'art. 1337 c.c. sarebbe «*inutiliter data*».

<sup>100</sup> R. Sacco, *Le invalidità*, cit., p. 676; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 157; F. Carresi, *Il contratto*, cit., p. 734; F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, 1ª ed, Milano, 1988, p. 443; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., p. 114; G. Patti, *Art. 1337: trattative e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 45. La tesi che ravvisa nella responsabilità precontrattuale natura aquiliana, sorta nel vigore del codice del 1865 in cui, mancando una norma corrispondente all'attuale art. 1337 c.c., le ipotesi di illecito *in contrahendo* venivano ricondotte al divieto di *neminem laedere*, rimane sostanzialmente invariata anche dopo l'entrata in vigore del Codice del 1942 e poggia essenzialmente sulla constatata assenza del contratto quale presupposto dell'operare della disciplina e sulla illiceità della condotta sanzionata. A quest'ultimo proposito, si osserva che, in assenza delle norme contenute negli artt. 1337 e 1338 c.c., il dolo e la colpa precontrattuali troverebbero egualmente sanzione nell'art. 2043 c.c. e non già nelle norme in tema di obbligazione.

<sup>101</sup> V. Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1270, ad avviso del quale «appare difficile sul piano sistematico ricondurre coerentemente la fattispecie all'area del contratto o del fatto illecito, giacché per un verso, gli obblighi di condotta precontrattuale non possono riconoscersi in quelli che derivano dal contratto, mentre, per altro verso, la previsione della regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva che non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio».

<sup>102</sup> Per limitarsi solo alle più recenti, Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, fasc. 10; Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, fasc. 6; Cass., sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1404; Cass., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1501; Cass., 11 maggio 1990, n. 4051, in *Corr. giur.*, 1990, p. 832, con nota di V. Carbone, *Un'occasione perduta: la Cassazione riconferma la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale*. Sporadiche e solo di giudici di merito le pronunce che hanno invece affermato la natura contrattuale della responsabilità *in contrahendo*: Trib. Milano, 6 novembre 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 585 e App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Resp. civ. prev.*, 1991, p. 116. A favore della natura extracontrattuale della responsabilità *in contrahendo* pare esprimersi anche la Corte di giustizia europea: chiamata da un'ordinanza delle Sezioni unite della Cassazione italiana (Cass., sez. un., ord. 26 luglio 2000, n. 93) a stabilire se le controversie in materia di responsabilità precontrattuale rientrano – ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale – nell'ambito dell'art. 5, punto 1 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (divenuta reg. (Ce) n. 44/2001) (che per le controversie in «materia contrattuale» indica il criterio del foro in cui è insorta l'obbligazione o del *forum destinatae solutionis*), ovvero dell'art. 5, punto 3 (che, in materia di «delitti e quasi delitti», pone invece il criterio del «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto»), la Corte ha deciso la questione in questo secondo senso (Corte Giust., 17 settembre, c. 334/00, Tacconi Spa c. Heinrich Wagnerin, in *Raccolta*, 2002, I, p. 7357, nonché in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 808 ss.).

quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralaticciamente lo slogan sulla natura extracontrattuale della responsabilità»<sup>103</sup>.

Nelle pronunce che delineano la «nuova» responsabilità precontrattuale, manca una precisa opzione in tema di natura giuridica. Sull'interpretazione di tale silenzio, i commentatori esprimono giudizi divergenti: per taluni, la motivazione affermerebbe implicitamente la tradizionale concezione aquiliana della responsabilità *in contrahendo*<sup>104</sup>; per altri, le indicazioni implicite sarebbero nel senso della natura contrattuale<sup>105</sup>.

A nostro giudizio, le recenti sentenze in tema di responsabilità precontrattuale offrono un dato risolutivo della problematica laddove restituiscono all'art. 1337 c.c. la sua natura di clausola generale. Ciò consente di ravvisare in tale articolo un'estensione della buona fede contrattuale alla fase delle trattative, sicché troverebbe decisiva conferma quell'autorevole opinione che ritiene «coerente ad una corretta ricostruzione del nostro sistema, 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 carattere contrattuale e viene assoggettata al principio dell'art. 1218, altrettanto deve dirsi per il secondo»<sup>106</sup>.

**8.** In base al nuovo assetto profilato dalla giurisprudenza trova formale conferma la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento: le valutazioni di carattere etico non contaminano il giudizio di validità degli atti, alla cui funzione rimane estranea l'idea di sanzionare comportamenti sleali in fase di conclusione che si siano tradotti in un assetto di interessi in qualche misura squilibrato a danno di uno dei contraenti. Riguardo a queste situazioni continua la preminenza delle esigenze di certezza e fluidità del traffico, che si traducono nel cosiddetto principio di conservazione del contratto, rispetto all'in-

<sup>103</sup> L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 348. Ciò marca una differenza rispetto al modello tradizionale elaborato da Jhering, in cui alla *culpa in contrahendo* viene attribuita natura contrattuale, nascendo la teoria proprio dalla necessità di trovare uno spazio di tutela per l'affidamento incolpevole del contraente in un sistema di rimedi delittuali tipici, e perciò non idoneo ad accogliere una inedita forma di responsabilità. Su questi aspetti, vedi gli approfondimenti di C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 325 ss. Sotto questo profilo, il modello di riferimento pare essere quello francese, in cui la responsabilità precontrattuale viene teorizzata, ancor prima dell'elaborazione di Jhering, nell'alveo della responsabilità delittuale: cfr. P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, Torino, 1998, p. 60 ss.

<sup>104</sup> G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 956 ss.

<sup>105</sup> C.E. Salodini, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 635; C. Scognamiglio, *Il danno risarcibile tra interesse negativo ed interesse positivo*, in *www.personaedanno.it*, p. 2 ss.

<sup>106</sup> F. Benatti, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 8. Nello stesso senso, G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, cit., p. 956, secondo cui «la buona fede precontrattuale condivide la medesima natura della buona fede *in executivis*, dato che entrambe sono estrinsecazione di uno stesso criterio di condotta, sia pure in un diverso momento del rapporto obbligatorio».

teresse del soggetto a liberarsi da un vincolo contrattuale non voluto (o non voluto in quei termini). Tuttavia, la conclusione di un regolamento contrattuale che non appaia conforme, in tutto o in parte, all'interesse di uno dei contraenti, rivelandosi poco vantaggioso o addirittura iniquo, laddove l'iniquità sia dipesa, in qualche misura, dalla condotta scorretta dell'altro, non rimane più, com'era prima, nell'ambito del giuridicamente irrilevante, in quanto frutto del gioco delle contrattazioni e del margine di rischio insito in ogni operazione economica. La vicenda acquista un preciso significato in relazione alla buona fede precontrattuale, comportando, a seconda dei casi, l'obbligo per la parte scorretta di risarcire il danno, l'inefficacia della clausola frutto di scorrettezza ovvero la conformazione della regola contrattuale alle aspettative legittimamente create dalle informazioni preliminari. Si smette così di ravvisare nell'art. 1337 c.c. una *ratio* esclusivamente finalizzata alla tutela dell'affidamento nella conclusione di un contratto *in fieri*, prospettiva figlia di una cultura giuridica ormai superata, dominata dal dogma della volontà; e si restituisce alla buona fede nelle trattative, in sintonia con il sistema e con le esigenze dell'economia contemporanea, il compito di moralizzare i rapporti tra i contraenti, assegnandole il cruciale ruolo di «norma di chiusura volta ad operare quando l'esistenza di spazi vuoti di diritto lascia impunita la disonestà e la slealtà del trattare»<sup>107</sup>.

Ad una siffatta lettura dell'istituto si potrebbe obiettare di porsi in contrasto con il valore dell'autonomia privata, permettendo al giudice di modificare un assetto economico validamente concordato dalle parti. Il rilievo, tuttavia, non ha particolare fondamento, considerato che, in questo caso, l'intervento del giudice è conseguente ad un comportamento scorretto di una parte, orientato a ledere la libertà contrattuale dell'altra, inducendola a concludere un contratto a condizioni più svantaggiose di quelle cui avrebbe acconsentito senza il comportamento sleale. Per tutelare il libero esercizio dell'autonomia privata, pertanto, sembra logico ritenere che il principio della insindacabilità di ciò che le parti hanno deciso debba operare soltanto quando il contratto sia stato concluso nel rispetto della regola di correttezza e non anche al cospetto di una slealtà deliberatamente volta a turbare il processo decisionale della controparte<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> Così F. Benatti, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 298.

<sup>108</sup> Per queste considerazioni, F. Prosperi, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, cit., p. 973. A tale proposito, si è già autorevolmente affermato – in un contesto volto a dimostrare la legittimità del controllo inteso ad accertare l'esistenza (pena l'inefficacia del contratto) di una concreta funzione di scambio nei contratti a prestazioni corrispettive – che non costituisce «una limitazione dell'autonomia privata» l'intervento giudiziale volto ad impedire la realizzazione «di un assetto di interessi», che non appaia «congruente con la valutazione operata dagli stessi contraenti»: A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 332, nt. 205-bis. Va detto, inoltre, che nello stesso ordine di idee indicato nel testo sembra muoversi anche il diritto privato europeo, in cui si riconosce che, per garantire la «*material freedom of contract*» (la quale si esplica principalmente nella «*self-determination*») è inevitabile comprimere e ridimensionare la tradizionale concezione dell'autonomia privata, ivi compreso il corollario della intangibilità del contenuto diviso dalle parti: cfr. H. Rösler, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law*, cit., p. 730 ss.; J. Basedow, *Freedom of Contract in the European Union*, in *ERPL*, 2008, 16, p. 901 ss.