



## **UNIVERSITÀ DI PISA**

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza

### **Criticità e confini della responsabilità precontrattuale**

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa  
Emanuela NAVARRETTA

Candidato

Stefano ALBERTI

Anno Accademico 2012/2013

Ai miei genitori  
e in memoria di Mirella

Se il tuo occhio destro ti è occasione di scandalo, cavalo e gettalo via da te: conviene che perisca uno dei tuoi membri, piuttosto che tutto il tuo corpo venga gettato nella Geenna. E se la tua mano destra ti è occasione di scandalo, tagliala e gettala via da te.

*Mt. 5, 29-30*

Non sono mai stato implicato in nessuna trattativa per dare marito o moglie alla gente; non ho mai raccomandato né cuoco né medico; per conseguenza non ho attentato alla vita di nessuno.

Conte di ROSTOPCHINE, *Le mie memorie o il mio Io al naturale scritto in dieci minuti*

## Indice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 PARTE PRIMA: La posizione del problema.....</b>  | <b>9</b>  |
| 1.1 L'architettura del libro IV del Codice<br>in tema di responsabilità civili.<br>Obbligazioni e responsabilità.....   | 9         |
| 1.2 All'interno dei modelli di<br>responsabilità: alcune imperfezioni.....  | 23        |
| 1.3 Il riavvicinamento dei modelli e<br>l'utilità del proseguimento nell'analisi  | 30        |
| 1.4 La collocazione delle responsabilità<br>speciali ed extracodicistiche nel sistema   | 36        |
| 1.5 (segue) Fenomeni paragonabili alla<br>responsabilità presenti nel codice ma privi<br>di tale nomen juris.....   | 39        |
| 1.6 Questioni lessicali: responsabilità<br>civili in senso lato e responsabilità civile<br>in senso stretto; responsabilità<br>contrattuale e responsabilità da<br>inadempimento; obbligazione e obbligo.<br>Valore scientifico e descrittivo delle varie<br>locuzioni..... | 42        |
| 1.7 La responsabilità precontrattuale come<br>esempio dei punti irrisolti del sistema.  | 51        |
| <b>2 PARTE SECONDA: La responsabilità<br/>precontrattuale fra i possibili modelli.....</b>  | <b>54</b> |
| 2.1 Il microsistema della responsabilità<br>precontrattuale: gli artt. 1337 e 1338 del<br>Codice civile.....  | 54        |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2 Responsabilità precontrattuale e buona fede.....  | 59  |
| 2.3 Ermeneutica della continuità o della discontinuità fra artt. 1337 e 1338.....   | 64  |
| 2.4 I possibili microsistemi cui ricondurre la natura della responsabilità precontrattuale.....   | 68  |
| 2.5 La teoria della riconduzione alla responsabilità da inadempimento di obbligazione preesistente (responsabilità c.d. contrattuale di cui agli artt. 1218 ss., c.c.)..... | 73  |
| 2.6 (segue) La costruzione di Mengoni del 1956.....   | 80  |
| 2.7 La teoria della riconduzione alla responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 ss., c.c.).....  | 87  |
| 2.8 La teoria del tertium genus di responsabilità.....  | 90  |
| 2.9 La teoria della riconduzione ora alla responsabilità da inadempimento, ora alla responsabilità extracontrattuale (teoria eclettica).....                                | 93  |
| 2.10 Le posizioni della giurisprudenza più risalente e i révirement di fine 2011. .   | 100 |
| 2.11 La giurisprudenza successiva.....  | 105 |
| 2.12 Il pericolo di scegliere il regime apparentemente più equo e solo dopo procedere all'inquadramento dogmatico. .  | 108 |

|   |            |
|---|------------|
| 2.13 Il rifiuto del modello del tertium<br>genus.....   | 117        |
| 2.14 Il rifiuto delle teorie eclettiche<br>classiche.....   | 120        |
| 2.15 In favore del modello<br>extracontrattuale. Violazione di un obbligo<br>contra inadempimento di un'obbligazione                              | 124        |
| 2.16 Il titolo IX, libro IV, come clausola<br>generale e non come regola di responsabilità<br>fra sconosciuti.....                                | 130        |
| 2.17 Onere della prova, elemento soggettivo<br>e ingiustizia del danno.....   | 135        |
| 2.18 La culpa in contrahendo come danno<br>meramente patrimoniale.....  | 147        |
| <b>3 PARTE TERZA: Alcune figure ai confini della<br/>responsabilità precontrattuale.....</b>  | <b>149</b> |
| 3.1 Quadro dei fenomeni.....  | 149        |
| 3.2 La violazione del patto di opzione.   | 153        |
| 3.3 (segue) Il comportamento contrario a<br>buona fede oggettiva del soggetto che ha<br>fatto una proposta irrevocabile.....                      | 161        |
| 3.4 La violazione del patto di prelazione   | 167        |
| 3.5 L'inadempimento del contratto<br>preliminare.....   | 170        |
| 3.6 Il danno risarcibile: eventuale<br>applicabilità della regola dell'interesse<br>negativo dell'inadempimento del contratto<br>preliminare..... | 176        |

|   |            |
|---|------------|
| 3.7 La non piena configurabilità di colpa in contrahendo nell'intermediazione finanziaria .....   | 188        |
| 3.8 La responsabilità per vizi incompleti come responsabilità precontrattuale....   | 195        |
| 3.9 Le figure residuali di cui all'articolo 1173 del Codice civile.....   | 206        |
| <b>4 PARTE QUARTA: Conclusioni.....</b>   | <b>212</b> |
| 4.1 La sussistenza di una responsabilità precontrattuale non del tutto autonoma, ma descrittiva e integrativa della responsabilità aquiliana.....   | 212        |
| 4.2 Il riavvicinamento dei modelli come spunto per una riformulazione del sistema   | 219        |
| 4.3 Un'ipotesi massimalista: perché può essere messo in discussione lo iato intercorrente fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale..... | 222        |
| 4.3.1 La prescrizione.....  | 225        |
| 4.3.2 Risarcimento dei danni non prevedibili.....   | 229        |
| 4.3.3 Il danno non patrimoniale.....  | 235        |
| 4.3.4 Onere della prova dell'ingiustizia del danno e dell'elemento soggettivo...  | 237        |
| 4.4 Un'ipotesi meno invasiva: risolvere il problema della natura della responsabilità precontrattuale pur conservando la dicotomia del sistema..... | 244        |

|   |            |
|---|------------|
| 4.5 Tra right e remedy: il cumulo<br>processuale di diverse responsabilità fra<br>risarcimento integrale e duplicazioni<br>risarcitorie. La risposta dell'approccio<br>funzionalista..... | 247        |
| <b>5 Bibliografia.....</b>  | <b>251</b> |



## **1 PARTE PRIMA: La posizione del problema**

### **1.1 L'architettura del libro IV del Codice in tema di responsabilità civili. Obbligazioni e responsabilità**

Un discorso che miri a ragionare sulla collocazione della responsabilità precontrattuale nel sistema del diritto civile italiano, e a riflettere sulle figure paragonabili ad essa, non può che scontare un peccato originale.

Da un punto di vista di qualità della legislazione, l'intero sistema delle responsabilità civili non è, infatti, normato in maniera perfetta.

Da un lato, come si vedrà fra poco, non è sempre perspicuo il rapporto fra disposizioni codicistiche e leggi speciali, ma, anche all'interno dello stesso codice del 1942, il legislatore ha peccato talvolta di reticenza, talvolta di un uso non coerente dei *nomina iuris*, talvolta di una sistemazione topologica che rende ardua l'interpretazione e la soluzione dei problemi, e complica inutilmente questioni di per sé chiare.

I libri del Codice da prendere in considerazione esaminando le evenienze del termine "responsabilità" ai fini che ci interessano sono ovviamente il quarto e, anche se in misura minore, il sesto. Non mi sembra pertinente prendere in considerazione le responsabilità all'interno del diritto societario, collocate nel libro quinto, da un lato per la specificità della materia rispetto al diritto dei privati, da un altro lato perché non modificherebbero in maniera rilevante le conclusioni cui si giungerà.

Come è noto il quarto libro si apre con l'articolo 1173 che elenca le fonti dell'obbligazione, tale articolo è strutturato secondo tre parti; nelle prime due vengono individuate due figure con un grado almeno basilare di identificazione,<sup>1</sup> il contratto e il fatto illecito. Il terzo punto è una clausola di rinvio presente per ragioni eminentemente storiche e di brevità; la dottrina ha d'abitudine incluso in questa terza categoria la triade di gestione d'affari, pagamento dell'indebito e arricchimento senza causa, nonché l'obbligazione alimentare e i titoli di

<sup>1</sup> Sebbene, come è noto, il legislatore abbia manifestato apertura verso i contratti atipici, di cui all'art. 1322, e l'art. 2043 è strutturato come una clausola generale ("Qualunque...") in grado di regolare tutti i casi non presenti nelle disposizioni speciali che seguono o presenti altrove nel diritto italiano.

credito, gli atti e le promesse unilaterali e altre figure. Tradizionalmente, e mette conto esplicitarlo sin d'ora, la sussistenza di trattative non è contemplata nei commenti incaricati di riempire di contenuto l'ultima parte dell'art. 1173.

Invero, altra dottrina<sup>2</sup> ha ritenuto che si possa parlare ai sensi della terza parte di questo articolo come di obbligazioni di fonte atipica, partendo da un'interpretazione estremamente lata dello stesso.

Non è questa la sede per analizzare il problema, ma ritengo da rifiutare un'interpretazione estensiva e analogica della terza parte dell'art. 1173.

Infatti, verrebbe pregiudicata in misura non lieve la certezza del diritto, ma non solo: ammettere che "possono generare obbligazioni gli atti e fatti che possono generarle secondo il diritto oggettivo nella sua interezza (e non secondo la legge)" sfiora la tautologia.

---

<sup>2</sup> Per esempio RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano 1979, 149ss., GIORGIANNI, *Obbligazioni*, in *Nov. Dig.*, 605s., CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tr. Perlingieri*, 3, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, 173ss., RIZZO, *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, 815, DI MAJO, *Obbligazioni*, in *Enc. Giur. Treccani*, 13ss., BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 5ss.

Proseguendo nella ricognizione del tessuto normativo del libro IV, seguono la disciplina delle obbligazioni in genere e in specie (dall'art. 1174 all'art. 1320), dei contratti in genere e specie (dall'art. 1321 all'art. 1986) e delle figure riconducibili sostanzialmente alla terza parte dell'art. 1173 (dall'art. 1987 all'art. 2042: nell'ordine, promesse unilaterali, titoli di credito, gestione d'affari, pagamento dell'indebitto e arricchimento senza causa). In chiusura di libro si trova il microsistema della responsabilità aquiliana (dall'art. 2043 all'art. 2059).

Nel libro sesto, invece, sono del tutto rilevanti per i temi in questione gli artt. 2740 e 2741, in quanto stabiliscono il nesso fra obbligazioni e responsabilità.

Limitandosi per ora al Codice, nel libro quarto troviamo, dunque, occorrenze del termine "responsabilità" nel microsistema che va dall'art. 1218 all'art. 1229, nella rubrica dell'art. 1337, nella disciplina dei singoli contratti (dall'art. 1470 all'art. 1986) e poi nuovamente nel citato microsistema della responsabilità aquiliana.

Una questione terminologica merita di essere messa in campo sin d'ora: ci si è spesso chiesti se obbligazione e responsabilità siano fattori scindibili oppure se necessariamente vadano di pari passo.

A favore della teoria per cui possa darsi una responsabilità senza obbligazione o un'obbligazione senza responsabilità vengono rispettivamente in considerazione alcune figure di garanzia, come certe tipologie di fideiussione o di ipoteca, e le obbligazioni naturali.

Tuttavia, è opportuno rifiutare sia l'una sia l'altra ipotesi di scissione.

Nel caso ad esempio della fideiussione, oltre alla responsabilità risulta invero sussistente un'obbligazione a tutti gli effetti, proprio nel senso tecnico di *iuris vinculum alicuius solvendae rei*.

Altrettanto, nel caso delle obbligazioni naturali è fuor di dubbio che non sussista responsabilità, ma non sussiste nemmeno un'obbligazione in senso giuridico, bensì una mera dazione patrimoniale in adempimento ai ben noti doveri morali e sociali, caratterizzata dall'incoercibilità e irripetibilità. Un'obbligazione senza azione sarebbe un *right* senza *remedy*, del tutto inconsentaneo ad essere definito giuridicamente tale.

Certo, se la norma dell'art. 1173 ("le obbligazioni derivano da...") e quella, dal tenore assolutamente piano, contenuta nell'art. 2740 ("Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni...") fossero topologicamente contigue, non potrebbe sussistere alcun dubbio sulla inscindibilità fra debito e responsabilità, ma la collocazione a due libri, cioè millecinquecento articoli, di distanza introduce dubbi che, invero, avrebbero dovuto essere risolti in radice.

Una volta assodato che, ai fini della trattazione che segue, la responsabilità segue sempre il debito "come un'ombra"<sup>3</sup>, può essere compiuto un passo ulteriore.

---

<sup>3</sup> Per qualche riflessione sulla fortunata formula, FRANCESCHETTI e MARASCA, *Le obbligazioni*, Maggioli, Rimini 2008, p. 42, nt. 1.

Sembra di riscontrare, nel tessuto normativo codicistico, tre microsistemi di responsabilità: nell'ordine topologico, quello della responsabilità del debitore per inadempimento, quello della responsabilità precontrattuale e quello della responsabilità aquiliana.

Ebbene, se obbligazione e responsabilità sono inscindibili, questi tre microsistemi dovrebbero essere gli unici insieme di regole da applicarsi nei tre casi di fonti di obbligazione regolati dall'art. 1173, in una sorta di corrispondenza biunivoca; tuttavia, la situazione è più complessa.

Il caso più chiaro è invero il seguente: alla seconda parte dell'art. 1173, che riguarda i fatti illeciti, si deve applicare il microsistema della responsabilità aquiliana, presente al titolo IX del libro IV.

E tuttavia, c'è chi avanza teorie<sup>4</sup> diverse anche su questo punto. Secondo l'illustre Autore alcuni dei fenomeni descritti nelle disposizioni del titolo IX del libro IV, denominato "Fatti illeciti", sono tutt'altro che tali. Si può considerare "illecito" un episodio che rientri pianamente nell'art. 2043, ma l'esercizio di attività pericolosa o la circolazione di veicoli non hanno nulla di delittuoso o quasi delittuoso in sé, essendo piuttosto degli aspetti della quotidianità di ciascuno.

Pertanto, pur essendo collocati fra i fatti illeciti solo per una coincidenza topologica, tale teoria ritiene che, a onor del vero, la loro qualifica di fonte di obbligazione non derivi dalla seconda parte dell'art. 1173, ma dalla terza.

E' una costruzione estremamente affascinante, e molto lucidamente nota le imperfette scelte lessicali del legislatore che nel titolo nono del libro quarto ha avvicinato denominazioni di illeciti e denominazioni di mere attività solo eventualmente produttive di danno.

---

<sup>4</sup> BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 909



Tuttavia ritengo che, per rispettare un minimo di organicità e sistematicità nella legislazione, vadano interpretati gli articoli 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 come se facenti riferimento all'attività o alla relazione solo in quanto fonte di danno, e non *tout-court* alla relazione di sorveglianza, di genitorialità, di rapporto di lavoro, all'attività pericolosa, alla relazione di custodia di cose o animali, di disponibilità su un edificio, all'attività di circolazione di veicoli.

Ancora più complesso è il discorso con riferimento al contratto. Da un lato, solo attraverso un procedimento storicamente consolidato si associa con sicurezza all'inadempimento di un contratto la responsabilità che il legislatore ha deciso di chiamare genericamente "responsabilità del debitore per inadempimento". Essa non è collocata nella parte del codice specificamente dedicata al contratto, ma nella teoria generale delle obbligazioni. La dottrina si riferisce ad essa per ragioni di brevità come "responsabilità contrattuale", ma per ragioni di chiarezza nel sistema, stante la sua collocazione nella teoria generale delle obbligazioni, mette conto riferirsi ad essa con il nome corretto.

Inoltre, la responsabilità precontrattuale gode di questo nome, tuttavia non è propriamente immediato ancorarla a una o all'altra parte dell'art. 1173. La soluzione di tale problema costituirà il tema centrale delle pagine che seguono.

Inoltre, il suo microsistema è talmente esiguo, potendosi argomentare che consista in un articolo solo, il 1337 appunto<sup>5</sup> invece che nella dozzina che competono sia a quello della responsabilità del debitore sia a quello della responsabilità aquiliana, da far pensare che non costituisca un modello a sé stante, ma che altrove vadano cercate le regole necessarie per colmare le lacune.

Un problema ulteriore sono le figure<sup>6</sup> di cui alla terza parte dell'art. 1173, che non presentano un puntuale richiamo, quindi non è immediato, stando al tenore testuale del Codice, sapere se ad esse si applichi il microsistema di cui agli articoli 1218 e seguenti, oppure quello di cui agli articoli 2043 e seguenti, o altro.

---

<sup>5</sup> Sol che si ritenga che il 1338, il 1329, il 1440, il 1821 non siano disposizioni pertinenti alla responsabilità precontrattuale. Sul punto, si tornerà in seguito.

<sup>6</sup> Ammesso e non concesso che di esse possa essere tracciato un elenco esaustivo.

Questi sono alcuni fra i principali punti problematici della ripartizione fra i modelli di responsabilità. Se insomma risulta piuttosto chiaro il regime da applicarsi in caso di esito patologico di un rapporto contrattuale, di obbligazioni preesistenti, o nel caso in cui si realizzi un fatto illecito extracontrattuale, è molto meno evidente l'insieme delle regole di pertinenza di tutte quelle figure per così dire di confine o di frontiera tra il contratto e il fatto illecito, disciplinate nel codice o meno.

Va tuttavia puntualizzato che l'art. 1173 non ricopre solo il triste ruolo di fonte di nuovi problemi o di elemento che complica problemi già esistenti.

Infatti a partire già da un'interpretazione letterale, dello stesso si può trarre, se non una risposta, quanto meno un indizio per risolvere una questione piuttosto importante.

Le tre parti di cui l'articolo si compone, per quanto talvolta consistano in clausole aperte, sono sufficientemente determinate per tracciare un confine tra obbligo e obbligazione, e per spingere l'interprete a ritenere che difficilmente possa darsi una scissione fra obbligazione e prestazione, o il che è la stessa cosa, possa darsi l'ammissibilità di un'obbligazione senza prestazione.

Infatti, limitandosi a citare solo il contratto (nell'accezione di negozio già perfezionato), il fatto illecito (nell'accezione di fatto già compiuto) e altri atti o fatti, non si può inferire, per esempio, che certi articoli costituzionali siano immediatamente fonti di obbligazioni in capo ai soggetti del diritto.

Essi, al massimo, sono produttivi di doveri e/o obblighi.

Inoltre, nel nostro codice del 1942 non è prevista una disposizione come quella presente al § 311.2 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, il codice civile tedesco.

Tale paragrafo istituisce un nesso di simiglianza, *rectius* di equiparazione, fra obbligazione di prestazione e obbligazione di protezione: tale assenza nell'ordinamento italiano va interpretata in senso positivo.

Visto che non è affatto autoevidente che in ogni ordinamento debba sussistere una equiparazione di tale guisa, l'argomento *ex absentia* di una simile previsione nel nostro ordinamento è espressione di una precisa opzione di politica del diritto.

Se si interpretasse in senso contrario, si correrebbe il rischio anche di istituire un'analogia fra leggi speciali o comunque svantaggiose per il singolo, gravandolo di obblighi non esplicitati.

## **1.2 All'interno dei modelli di responsabilità: alcune imperfezioni**

Oltre a non essere chiaro il profilo del "quale" sistema vada applicato a ciascun tipo di fenomeno giuridico, mette conto soffermarsi più da vicino sulle caratteristiche di ciascuno di questi microsistemi.

Il microsistema della responsabilità c.d. contrattuale, *rectius* da inadempimento di obbligazione preesistente, si diffonde su dodici articoli, attinenti a quasi ogni aspetto del regime: la mora, l'*an*, il *quantum* e le prove liberatorie totali e parziali.

Allo stesso modo, anche il sistema della responsabilità civile in senso stretto è piuttosto articolato, organizzato in sedici articoli, tradizionalmente suddivisi tra regola generale, regimi speciali di responsabilità variamente definita come aggravata, indiretta, oggettiva o assoluta, modalità e misurazione del risarcimento.

Tuttavia, poiché la legislazione è sì organica, ma lacunosa, emergono i problemi: nella fattispecie, l'art. 2043 con il vocabolo "ingiusto" e l'art. 2059 nella sua formulazione oltremodo sintetica hanno avuto bisogno, rispettivamente, di una giurisprudenza creatrice per riempirlo di significato, e di un'interpretazione, da parte di letteratura e corti, estremamente ondivaga. Sul punto, si vedano le alterne sorti del danno esistenziale e in generale le problematiche sul danno non patrimoniale.

E' altrettanto interessante un tema che è giunto ad attualità solo in tempi recenti: il danno non patrimoniale da contratto, *rectius* da inadempimento di obbligazione preesistente. L'articolo 2059, in tema di responsabilità aquiliana, non ha un suo omologo nell'ambito della responsabilità per inadempimento, e ci si poteva chiedere se tale assenza avesse un valore positivo o negativo.

A tal proposito il cosiddetto *poker* di sentenze di San Martino del 2008 ha garantito la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nel microsistema 1218-1229, ma non ha esaurito il tema.



Viceversa, è da porsi in discussione l'esistenza di un microsistema in senso stretto con riferimento al tandem di articoli 1337 e 1338, Codice civile.

Da un lato, la *rubrica legis* (ammesso e non concesso che costituisca legge a sua volta) parla di responsabilità precontrattuale, dall'altro la formulazione testuale è talmente breve e disorganica che le regole fornite sono del tutto insufficienti a risolvere, se prese da sole, un qualsiasi caso.

In prima approssimazione, possiamo assumere che l'art. 1337 si collochi come un *genus* e l'art. 1338 come una *species* dello stesso, anche se la dottrina non è concorde. Tuttavia l'articolo 1337 non offre in misura sufficiente elementi soggettivi e oggettivi sul fenomeno dannoso, non parla di prevedibilità del danno, di modalità del risarcimento, del *quantum* risarcitorio, della prescrizione e dell'onere della prova, del problema della mora. Risulta quindi abbastanza immediato scegliere di non considerare il sistema degli artt. 1337 e 1338 come del tutto autonomo, e indipendente, bensì di considerare il 1337 come specificativo di un microsistema fra i due presenti e organicamente normati, quello che prende le mosse dall'articolo 1218 o quello che prende avvio dall'art. 2043. L'art. 1338 si pone quindi come specificativo della norma precedente, mentre la grande parte delle pagine che seguono sarà dedicata alla scelta, fra i vari possibili, di quale modello ritenere pertinente per l'inquadramento.

Va peraltro detto che è una conquista storica di non poco momento la semplice esistenza, all'interno del codice civile attualmente in vigore nel nostro Paese, degli artt. 1337 e 1338.

In primo luogo perché negli ordinamenti dove mancano è ancora più sibillina la riflessione di quale insieme di principi e regole fornire alla *culpa in contrahendo*, assodato che un ordinamento che tutela la buona fede non può esimersi da esprimere la sua disapprovazione nei confronti degli atteggiamenti negligenti durante le negoziazioni.

In secondo luogo, perché fornisce un dato testuale minimale: viene positivizzato che l'ordinamento italiano ripudia la mala fede presente nella fase delle trattative e del raggiungimento dell'accordo, e, nello specifico, quando tale mala fede si concreta in un comportamento incauto in tema di ricerca e comunicazione delle informazioni più rilevanti.

In altre parole, in Italia la responsabilità precontrattuale è un concetto che ha dignità non solo nella dottrina ma anche nel formante legislativo, mentre nei due ordinamenti che più tradizionalmente si comparano a quello italiano, ossia quello tedesco e quello francese, è rispettivamente una sottospecie della responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Nell'ottica poi di qualche riflessione su come immaginare una ristrutturazione dei sistemi codicistici di responsabilità civile, questi due difetti, la disorganicità e la laconicità dei microsistemi, vanno tenuti in debita considerazione.

E' del tutto assurdo, per esempio, che, pur sussistendo astrattamente l'ipotesi, *rectius* pur potendosi porre il problema, di un danno non patrimoniale sia a seguito di violazione del *neminem laedere*, sia a seguito dell'inadempimento di un'obbligazione preesistente, sia beninteso a seguito di *culpa in contrahendo*, il legislatore disciplini solo uno di questi casi.

E' invece meritorio che una clausola come quella dell'art. 1227 c.c., riguardante la cooperazione nel danneggiamento, sia stata, assieme ad altre, opportunamente richiamata dall'art. 2056.

Questo è il profilo che si può definire come disorganicità: la presenza in un microsistema di regole, la cui applicabilità nell'altro microsistema non è esplicitata né negata dal legislatore.

### **1.3 Il riavvicinamento dei modelli e l'utilità del proseguimento nell'analisi**

Ipotizzato che i modelli di responsabilità civile (in senso lato) presenti nel codice sono solamente due, mette conto soffermarsi brevemente sulle differenze, almeno quelle più macroscopiche, fra i due regimi.

Una prima è la fonte: un soggetto si trova esposto al microsistema degli articoli 1218 e seguenti se è diventato parte di un'obbligazione (di qualsiasi fonte, a sua volta, fra quelle indicate all'art. 1173) e non adempie alla stessa.

Evenienza più tipica è che il soggetto sia parte di un contratto, e non sia adempiente quanto all'obbligazione contemplata nello e originata dallo stesso contratto.

Viceversa un soggetto si trova responsabile ex art. 2043 o successivi se ha violato l'obbligo generale di *neminem laedere*.

Una successiva differenza è l'onere della prova: come è noto, è più aggravato nella regola generale dell'art. 2043: il soggetto che si pretende danneggiato, tradizionalmente, deve allegare e provare il fatto (*rectius*, l'atto), l'elemento soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia dello stesso (secondo i due canonici profili della *non iure datio* e *contra ius datio*) e l'imputabilità. Sei elementi che non devono essere provati se ci si trova nel regime di cui all'art. 1218, che, dunque, è più favorevole alla parte che subisce l'inadempimento di un'obbligazione preesistente.

Va accennato sin d'ora che le fattispecie di responsabilità per fatto altrui o responsabilità aggravata, pur a mio avviso pienamente riconducibili al principio di *neminem laedere*, presentano una ripartizione dell'*onus probandi* più vicina a quella della regola contrattuale dell'art. 1218.

Ulteriore profilo di divergenza è il regime dei danni prevedibili: nel microsistema dell'inadempimento di obbligazioni preesistenti il soggetto inadempiente, se per colpa, è tenuto solo a risarcire i danni che poteva prevedere. Se invece l'elemento soggettivo è il dolo, è tenuto a risarcire anche l'imprevedibile, regime standard anche per la responsabilità aquiliana.

Questo permette di rilevare come, una volta accertata la responsabilità, vi risulta un disfavore del legislatore maggiore nei confronti di chi lede la sfera giuridica altrui, rispetto a chi non adempie, per esempio a un contratto.

Sono, poi, differenti i termini di prescrizione: nel caso della responsabilità civile in senso stretto, cinque anni, nel caso di quella c.d. contrattuale, dieci. Questo, differentemente dal profilo di cui sopra, è a maggiore tutela di chi subisce un'ingerenza pregiudizievole e spesso inattesa nella propria sfera giuridica, piuttosto che di chi subisce l'inattuazione del rapporto obbligatorio di cui è parte.



Inoltre, l'istituto della mora del debitore è presente nella responsabilità per inadempimento di obbligazione preesistente ma non in quella aquiliana.

Infine, è diversa la funzione della responsabilità: se c'è unanimità sul fatto che la responsabilità da inadempimento di obbligazione preesistente esista per motivi soddisfattori e compensativi, anche in Italia si è riaperto il dibattito sulle funzioni ulteriori della responsabilità aquiliana: senza dubbio soddisfattoria e compensativa a sua volta, ma forse anche disincentivante o magari punitiva. Certe figure come l'ultimo comma dell'art. 18, Statuto dei lavoratori, o l'attuale art. 709 *ter*, codice di procedura civile, sembrano infatti introdurre, se non dei *punitive damages*, quanto meno delle *astreintes* paragonabili a quelle esistenti nel diritto francese.

Nonostante queste divergenze, e non incompatibilmente con esse, la maggior parte della dottrina rileva che, come generale trend, le due fattispecie di responsabilità si stanno riavvicinando.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Fra i moltissimi, MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*, in *Trattato di responsabilità civile* diretto da STANZIONE, Cedam, Padova 2012, p. 178, in tema di responsabilità da informazioni.

C'era già stato chi in passato<sup>8</sup> riteneva che la scelta fra inquadrare la *culpa in contrahendo* nella responsabilità aquiliana o in quella contrattuale fosse una mera questione di gusto; provocazioni a parte, per diversi motivi la domanda non deve andare elusa.

Per prima cosa, sembra estremamente positiva l'attenuazione delle differenze fra i due modelli, ma allo stato permangono diversi profili, non solo dogmatici ma anche operativi, che rendono peculiari le regole di ciascuno.

In secondo luogo, non esistono solo le responsabilità immediatamente riconducibili a un microsistema, come quella da inadempimento e aquiliana, ma, oltre alla responsabilità precontrattuale, altre figure sia codicistiche sia presenti nelle leggi speciali, e altri modelli si aggiungeranno con l'evolversi della tecnologia e delle pratiche commerciali. Se si eludesse la domanda sulla natura della responsabilità precontrattuale, rimarrebbe ancora più complesso il discorso sulla collocazione delle ulteriori responsabilità di diritto privato.

---

<sup>8</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1, Giuffrè, Milano 1953, *passim*.

In definitiva: *de iure condendo* si può immaginare la riconduzione a unità, o meglio la non palese improponibilità della stessa, dunque perderebbe di significato lo studio della natura della culpa *in contrahendo*, tuttavia *de iure condito* rimangono due modelli piuttosto distinti, e la risposta al problema non ha solo risvolti dogmatici, di coerenza ed eleganza del sistema, ma anche operativi.

#### **1.4 La collocazione delle responsabilità speciali ed extracodicistiche nel sistema**

Il Codice civile fornisce, innanzitutto, un insieme di regole applicabili a chi non adempie un'obbligazione, a chi pecca di *culpa in contrahendo* e a chi viola il principio generale del *neminem laedere*.

Tuttavia, anche prescindendo dalle norme di diritto societario di cui al libro V, sono rintracciabili all'interno dello stesso codice svariate evenienze del termine "risarcimento", a partire sin dall'articolo 7 e dall'articolo 10, in tema di persona fisica. Assumo che dove si parli di risarcimento, si sottintenda anche il danno, dunque si sia sempre all'interno del concetto di responsabilità.

A ben leggere, già in questi due articoli non sussiste alcun tipo di contratto in specie, od obbligazione preesistente in genere, ma si tratta di un'intrusione nella sfera giuridica altrui, o segnatamente da uno sconosciuto, o a seguito di un rapporto che non merita la dizione di contratto.

Quindi, in prima approssimazione, e l'argomento verrà ripreso in seguito, se si assume il sistema che prende le mosse dall'art. 2043 come una clausola generale contro la lesione di diritti giuridicamente rilevanti e non meramente immaginari, tale clausola generale si presta ad essere di volta in volta concretata, per esempio, anche con gli articoli 7 e 10 del codice civile.

Per quanto riguarda le numerose leggi speciali che attengono a particolari evenienze di responsabilità civile mette conto a mio avviso svolgere ogni sforzo per ritenere applicabile eventualmente con qualche specificazione la clausola generale del 2043 ogni qual volta non sia intercorso un precedente contratto o un rapporto obbligatorio fra i soggetti *de quibus*, e, in caso contrario, la disciplina del 1218.

Si potranno quindi rintracciare, per così dire a uno stadio descrittivo del sistema, numerose evenienze di responsabilità apparentemente speciali. Certamente ciascuna di esse ha delle particolarità che normano laddove il microsistema della responsabilità aquiliana non si pronuncia, oppure che si sostituiscono a disposizioni dello stesso, ma risulta, come si vedrà in seguito, indefettibile una riconduzione almeno di fondo al Codice del 1942.

### **1.5 (segue) Fenomeni paragonabili alla responsabilità presenti nel codice ma privi di tale nomen juris**

L'articolo 1173 in particolare, secondo dottrina e giurisprudenza assolutamente pacifiche, contempla, fra le altre cose, le tre figure storiche di gestione d'affari altrui, pagamento dell'indebitato e arricchimento senza causa.

Le prime due di queste evenienze sono i quasi contratti di diritto romano, la terza è una elaborazione della giurisprudenza francese a partire dal pagamento dell'indebitato.

Come è noto, il diritto italiano vigente ha abolito l'autonomia categoriale dei quasi contratti;<sup>9</sup> in diritto tedesco tale classe non esiste, pur sussistendo la classe del *faktisches Vertragsverhältnis*; il *quasi contract* nei paesi di *common law* è una figura analoga solo nominalmente ma sostanzialmente ben distinta.

---

<sup>9</sup> "Non si è considerata la duplice figura dei quasi contratti e quella dei quasi delitti, che non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un contenuto determinato". Relazione al Re (n. 556).

Quanto alla gestione d'affari, le disposizioni più significative sono gli artt. 2030 e 2032, che provvedono a un rinvio, per quanto attenuato, alla disciplina del mandato. Sul punto si tornerà in seguito ma già questo permette di ritenere tale figura in bilico tra contratto e non contratto.

Con riferimento poi al pagamento dell'indebito, il ragionamento su quale responsabilità applicare chiama in causa l'applicabilità della responsabilità contrattuale ove non vi sia un contratto, e per converso di quella civile nel rapporto fra non sconosciuti. Infatti, è immaginabile che in un'evenienza di indebitto i soggetti possano aver avuto un qualche rapporto intercorso, tale da indurli in errore.

Ovviamente, dall'analisi vanno escluse le obbligazioni naturali, visto che nel discorso si è assunta l'inscindibilità fra debito e responsabilità e la conseguente valenza propriamente giuridica del concetto di obbligazione nell'esecuzione di doveri morali o sociali.



Infine, con riferimento all'arricchimento senza causa, va ribadita la natura residuale e sussidiaria dell'istituto, e - vista la non occorrenza del termine risarcimento, né di quello di ripetizione, né di quello di responsabilità, bensì quella del termine "danno" e quella ripetuta di "indennizzo" - a questo stadio iniziale e provvisorio dell'analisi è utile riferirsi alla responsabilità aquiliana.

Altrettanto non citate nell'art. 1173, restano in sospeso le tradizionali tre *figurae iuris* relative agli atti prodromici alla conclusione di un contratto, nel loro profilo patologico: la violazione del patto di opzione, la violazione del patto di prelazione, la violazione del contratto preliminare. Poste su un gradiente orientato dalla figura più vaga alla più delineata, la loro inserzione all'interno della responsabilità contrattuale merita qualche riflessione in più, nonché qualche considerazione di carattere ordinamentale, che saranno fornite in seguito.

**1.6 Questioni lessicali:  
responsabilità civili in senso lato e  
responsabilità civile in senso  
stretto; responsabilità contrattuale e  
responsabilità da inadempimento;  
obbligazione e obbligo. Valore  
scientifico e descrittivo delle varie  
locuzioni**

Tirando le fila del problema che ci si è posti, mette conto puntualizzare quanto segue.

Si ritiene corretto escludere che possa darsi un'obbligazione, nel pieno senso giuridico, sprovvista del coefficiente, in caso di esito patologico, della responsabilità. Solo una scarsa attenzione alle false omonimie potrebbe far ritenere coercibili le obbligazioni naturali, e un non piano studio di certi rapporti di garanzia potrebbe fare immaginare un'esposizione patrimoniale, ovvero sia una responsabilità, senza un qualsivoglia rapporto obbligatorio a monte.

Pertanto, si può puntualizzare l'assioma: ogni tipo di rapporto obbligatorio regolato dal nostro ordinamento, qualsivoglia sia la sua fonte, è assistito da una qualche forma di responsabilità; ogni evenienza di responsabilità disciplinata dalla nostra legislazione è tale in quanto sussiste e/o sussisteva un'obbligazione; è sempre possibile rintracciare un legame tra obbligazione e responsabilità, nei due sensi.

Stante l'art. 1173 come basilare elencazione delle ipotesi di obbligazione nel nostro ordinamento, esso non può che originare anche la basilare e tassativa, elencazione delle ipotesi di responsabilità di diritto privato.

Tuttavia, se responsabilità e obbligazioni sono inscindibili, non è chiaro perché a ciascuna delle tre fonti dell'obbligazione di cui all'art. 1173 non sia immediato far corrispondere un regime di responsabilità; non è nemmeno chiaro risalire all'obbligazione che sta a monte di ciascuno degli apparentemente tre sistemi di responsabilità presenti nel nostro ordinamento.

Tali responsabilità di diritto privato possono essere definite come responsabilità civili in senso lato: ossia, né penali, né amministrative, né contabili, né internazionali, né di altra specie.

Con responsabilità civile in senso stretto mi riferisco, invece, al microsistema di responsabilità extracontrattuale disciplinato nel titolo IX del libro IV del codice civile, come integrato da altre disposizioni presenti nel nostro Codice e da leggi speciali che abbiano disciplinato le ipotesi variamente definite come aggravate, indirette, oggettive o assolute a seguito delle novità introdotte dal processo tecnologico e dalle nuove generazioni di diritti.

Viceversa, solo un errore di composizione fa assegnare al microsistema che prende le mosse dall'art. 1218 il ruolo di mera responsabilità contrattuale.

Visti la rubrica, il tenore testuale del combinato disposto delle norme, ma soprattutto la collocazione topologica all'interno delle obbligazioni e non dei contratti, risulta da ricordare la via per cui tale sistema rappresenta il regime applicabile all'inadempimento di qualsivoglia obbligazione preesistente, non solo di fonte contrattuale; addirittura, all'inadempimento di un'obbligazione di fonte, originariamente, aquiliana. Si immagini il soggetto Tizio, che colposamente danneggi un oggetto altrui: caso di scuola, egli diviene soggetto di un'obbligazione la cui fonte è il suo fatto illecito: egli ha violato l'obbligo generale di *neminem laedere*.

Se poi il nostro non adempie a questa sua obbligazione, a lui diventa applicabile il microsistema degli articoli 1218 e seguenti: egli è stato inadempiente a un'obbligazione preesistente.

Vale la pena infine di sottolineare l'ultima distinzione da tenersi presente: quella fra obbligazione ed obbligo.

Per la prima, quantunque notoriamente non definita dal codice, è bastevole la dicitura romanistica, *iuris vinculum [...] alicuius solvendae rei*. Queste due locuzioni particolarmente significative stabiliscono da un lato la vincolatività, dall'altro che una *res aliqua* dev'essere *soluta*, indicando un certo coefficiente di determinatezza, un profilo più sostanziale e contenutistico che modale.

La vincolatività sussiste anche parlando di obbligo, il quale, pur essendo più specifico del dovere, non partecipa alla certezza definitoria dell'obbligazione.

Un'attenzione dunque linguistica prima ancora che giuridica deve informare le pagine che seguono: in particolare con riferimento alla responsabilità precontrattuale.

A questo stadio, in tema di responsabilità precontrattuale poco può essere dato per certo: sembrano esistere due articoli che si occupano della stessa, innovazione introdotta dal codice del 1942 rispetto a quello del 1865 e prerogativa (quasi) tutta italiana.

Tale esplicitazione della condotta richiesta durante le trattative ha generato, o quanto meno rinfocolato, il dubbio se essa partecipi alla natura della responsabilità da inadempimento o civile in senso stretto o a una formulazione intermedia. Tale responsabilità precontrattuale contempla delle figure ad essa similari all'interno dell'ordinamento, o perché anch'esse rappresentative di quei momenti che si collocano nel rapporto fra due parti che non ha ancora acquisito i caratteri di contratto, o genericamente perché anch'essa in bilico fra contratto e torto, nel senso che, a una prima delibazione, non appare soddisfacente né il modello della responsabilità precontrattuale né di quella extracontrattuale.

Scopo delle pagine che seguono è esprimere un'opzione in favore della collocazione della *culpa in contrahendo* dentro il modello che sia più corretto dal punto di vista dogmatico e sistematico.



In una parte successiva si prenderanno in considerazione altre figure fra quelle ritenute tradizionalmente "di frontiera" o "di confine".

In particolare, oltre alle tre figure canoniche di pagamento dell'indebitto, arricchimento senza causa e gestione d'affari, l'analisi si concentrerà su tre fenomeni, il patto di opzione, il patto di prelazione e il contratto preliminare, che manifestano spiccati profili di somiglianza con le trattative e la formazione dell'accordo.

Infatti, come le situazioni descritte nell'art. 1337, sono evenienze sia cronologicamente, sia logicamente anteriori e immediatamente contigue al perfezionamento del contratto stesso, e rappresentano un'interazione fra soggetti non già inquadrabile come contratto, ma di sicuro un *quid pluris* rispetto a un'interferenza fra estranei nella rispettiva sfera giuridica.

Scopo dell'analisi sarà valutare se a tali figure sia applicabile la responsabilità precontrattuale, se siano applicabili altri modelli, se sia dal punto di vista processuale possibile o logico un cumulo di azioni, e in generale la loro collocazione nel panorama delle responsabilità civili in senso lato.

Le conclusioni del lavoro riguarderanno la formulazione di alcune idee, che, traendo spunto dalla riflessione sulla collocazione nel sistema dei "casi dubbi" di responsabilità, spingano verso una sistematica più piana e agile, al fine di ovviare alle imprecisioni e le reticenze che si riscontrano attualmente, pur nel loro indubbio valore, negli articoli del Codice su questo tema.

### **1.7 La responsabilità precontrattuale come esempio dei punti irrisolti del sistema**

Perciò, la *culpa in contrahendo* a mio avviso può essere ritenuta come uno degli specchi dei difetti del tessuto normativo in tema di responsabilità civili.

In primo luogo, per i motivi sopra elencati, non è perspicuo se la locuzione "responsabilità precontrattuale" goda di piena e completa autonomia categoriale, se sia una *species*, certo priva di totale indipendenza, all'interno di un *genus* realmente esistente secondo le grandi categorie della dogmatica giuridica, o se sia un mero termine descrittivo privo di sostanzialità, ma, tutt'al più, fornito di valore didattico.

In secondo luogo, il dettato legislativo non è chiaro sulla sua natura, tanto da lasciare in dubbio se sia una forma di responsabilità per inadempimento di obbligazione preesistente, una forma di responsabilità aquiliana, una terza categoria, o talvolta partecipi alla natura contrattuale, talvolta a quella aquiliana.

In terzo luogo, non è chiaro se evenienze di responsabilità precontrattuale nel nostro ordinamento siano contemplate solo all'art. 1337, oppure limitatamente agli artt. 1337 e 1338, oppure se esistano altre figure non associate a questo specifico *nomen juris* ma appartenenti alla stessa categoria.

Le disposizioni sulla *culpa in contrahendo* sono dunque espressione tipica di alcuni dei difetti del Codice civile.

In primo luogo, la reticenza nel fornire regole, lasciando spazio eccessivo all'interprete, e a sostanziali *révirement* non facilmente prevedibili, poca certezza del diritto.

In secondo luogo, la scarsa attenzione alle rubriche delle leggi, e la mai avvenuta risoluzione del conflitto tra rubrica e testo della disposizione.

In terzo luogo, la mancata attenzione alla collocazione topologica delle regole, che, lungi da essere una mera questione organizzativa ed editoriale, può generare perplessità che altrimenti non sorgerebbero.

Il mancato, infine, coordinamento fra diverse disposizioni del Codice e fra il Codice e la legislazione speciale.

## **2 PARTE                      SECONDA:                      La responsabilità                      precontrattuale fra i possibili modelli**

### **2.1    Il                      microsistema                      della responsabilità                      precontrattuale:                      gli artt. 1337 e 1338 del Codice civile**

Come già visto, il nostro codice civile contempla, all'interno della disciplina sul contratto in generale (dall'art. 1321 all'art. 1469), due articoli, il 1337 e il 1338, che presi assieme costituiscono, almeno in prima approssimazione, un microsistema di regole sulla responsabilità precontrattuale.

La parte immediatamente seguente delle pagine che seguono sarà dedicata allo studio della natura della responsabilità precontrattuale stessa, cioè all'inquadramento della stessa nei, o fra i, modelli ampiamente consolidati degli artt. 1218 ss. e degli artt. 2043 ss. del codice civile.

Prima però giova riflettere sui due articoli presi singolarmente e in combinato disposto fra loro.

L'articolo 1337, presente nel capo che si occupa dell'accordo (in senso stretto), è rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale" ed è strutturato in un'unica proposizione che prescrive alle parti di comportarsi secondo buona fede, nei due momenti delle trattative e della formazione dell'accordo.

In relazione a questo articolo emergono i seguenti dubbi. Quello che più ha mosso la dottrina è il significato con cui riempire l'espressione "buona fede", che compare peraltro diverse volte nel Codice, sia nella sua accezione soggettiva sia in quella oggettiva.

Ci si può poi chiedere se le trattative e la formazione dell'accordo siano una *duplicatio*, oppure godano di autonomia categoriale; in questo secondo caso, se siano correlate in una relazione tra *prius* e *posterius*, *genus* e *species* oppure mezzo e fine.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Per la distinzione fra i due concetti, PATTI, PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano 1993, pp. 76ss. In giurisprudenza, Cass. 1362/2000 e Cass. 2521/1968. *Contra*, BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000, p. 156.

Viene poi da domandarsi quale sia il termine temporale al di là del quale si passa da una relazione fra estranei a una "trattativa" o meglio il termine al di là del quale si crea un affidamento meritevole di tutela, visto che proprio a partire da quel momento scatterebbe l'obbligo di buona fede, obbligo che, apparentemente, non sussiste come regola generale nel rapporto fra estranei.

Infine, resta impregiudicata l'analisi di quale sia la sanzione per il mancato rispetto di tale obbligo.

L'articolo 1338, rubricato "Conoscenza delle cause d'invalidità", impone a ciascuna parte di dare contezza alla controparte incolpevole delle cause di invalidità che conosceva o avrebbe dovuto conoscere, pena il risarcimento del danno.

Fra i dubbi sollevati da questa disposizione, viene da interrogarsi su quale sia il significato da attribuire al concetto di invalidità: solo nullità e annullabilità, o ogni altra figura patologica del contratto? *Quid* per il contratto valido ma scorretto?

L'articolo parla di risarcimento del danno, ma nemmeno qui è chiaro quale sia il regime applicabile.



Infine: l'articolo 1338 può essere letto come mera specificazione del 1337, ossia nel senso in cui la mancata menzione delle cause di invalidità costituisce comportamento di scorrettezza. Oppure i due articoli possono essere interpretati come perfettamente autonomi e il microsistema di responsabilità precontrattuale risulta composto dal solo 1337.

Per sicuro si può affermare che, quale esito di una ricerca degli articoli codicistici che si occupano di responsabilità precontrattuale, vengono alla luce immediatamente il 1337 di sicuro, forse il 1338. Altri articoli del Codice possono essere pertinenti ad altre forme di responsabilità compresa tra il contratto e il torto, o a specificare il 1337 o il 1338, ma non forniscono norme operazionali *ad hoc* sulla *culpa in contrahendo* in senso stretto.

Viceversa, si può facilmente argomentare che gli artt. 1337 e 1338 non si occupano solo di stabilire regole giuridiche per la *culpa in contrahendo* bensì anche di altro.

Per certo il 1337, parlando di buona fede, contribuisce alla teoria maggioritaria per cui essa è un coefficiente indefettibile dell'esercizio dell'autonomia privata, non applicabile solo alle trattative, all'interpretazione, all'esecuzione e forse anche all'integrazione del contratto, ma avente valore generale.

E del resto, almeno a questo stadio dell'analisi, non si può dare per certo che il 1338 contenga solo una disciplina specificativa dell'art. 1337, ossia afferente solo alla fase delle trattative e della formazione dell'accordo, ma potrebbe riguardare anche un momento successivo, come talvolta si è tentato di dimostrare.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> V. nt. 16, *infra*.

## **2.2 Responsabilità precontrattuale e buona fede**

Tuttavia il rapporto tra buona fede e responsabilità precontrattuale non può essere eluso o affrontato superficialmente, ma prima di proseguire nella trattazione bisogna interrogarsi più a fondo sui rapporti di necessità e sufficienza fra i due termini.

In altre parole bisogna chiarire perché si fa riferimento solamente alla buona fede oggettiva e non a quella soggettiva, e specificare se il difetto di buona fede implica l'illecito contrattuale e/o viceversa.

Come è noto, manca nel nostro codice una definizione generalizzata di buona fede e di mala fede; viste le evenienze sparse del concetto all'interno delle disposizioni di diritto privato, la dottrina è giunta più o meno pacificamente a distinguere tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva.

La prima corrisponde all'ignoranza di ledere un'altrui situazione giuridica, ignoranza non dipendente da colpa grave,<sup>12</sup> essa quindi attiene all'aspetto percettivo e cognitivo della persona. Un soggetto è in buona fede quando la rappresentazione che egli si dà di qualsivoglia circostanza o, più in generale, di essere nel giusto è sincera, ossia egli mantiene un atteggiamento di onestà con sé medesimo, e non si rintraccia negligenza nella sua attività di ricerca di informazioni, sia di fatto sia di diritto, pertinenti alla situazione *de qua*. Viceversa, egli è in mala fede quando sa, subodora o almeno sospetta che la situazione è, a onor del vero, diversa da quella (a lui favorevole) che si prospetta, e ignora i risultati, o omette di svolgere ricerche, tali da fargli ottenere informazioni maggiori e migliori.

---

<sup>12</sup> Un'evenienza della stessa si rintraccia, fra tutte, nell'art. 1147 del Codice civile.

La seconda corrisponde a un dovere di correttezza, di lealtà nei confronti dell'altro soggetto contraente, di comportarsi in modo da rendergli quanto più agevole possibile, stante immutato il titolo, l'attività negoziale: attiene al profilo attivo e comportamentale. Visto il combinato disposto degli articoli 1175 e 1176, si nota come regola generale che sia il creditore sia il debitore di un rapporto obbligatorio devono mantenere un atteggiamento di correttezza, mentre per inciso la diligenza è chiesta esclusivamente al debitore.

Resta complesso riempire di contenuto la parola correttezza: dottrina e giurisprudenza sono concordi nel menzionare gli imprescindibili doveri di informazione, di chiarezza, di segreto e di custodia. Segnatamente, sul dovere di segreto è peraltro possibile argomentare che la responsabilità ha titolo puramente extracontrattuale e non precontrattuale, e sul dovere di custodia c'è la possibilità di argomentare che abbia natura contrattuale e non precontrattuale.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Giuffrè, Milano 2001, pp. 177ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario SCIALOJA BRANCA*, p. 206; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1963, p. 38; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli 1990, *passim*; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*,

Risulta peraltro piuttosto appagante definirla *per relationem* secondo la regola prima biblica poi kantiana, o anche secondo il velo di ignoranza di rawlsiana provenienza, per cui comportamento corretto è quello che un soggetto desidererebbe che la sua controparte tenesse, e comportamento scorretto è quello che una parte biasimerebbe nella controparte, se quest'ultima lo tenesse.

Ebbene, in tema di responsabilità precontrattuale, l'accezione che viene coinvolta è eminentemente la buona fede oggettiva.

Quanto alla domanda se chi versa in scorrettezza compia sempre un illecito extracontrattuale, *de plano* si può rispondere in senso negativo.

Qualora per esempio due soggetti siano legati da un contratto valido, efficace e desiderato, e nell'esecuzione dello stesso una parte si comporti in maniera scorretta, sussiste sì scorrettezza, ma ci si trova all'interno di un regime completamente diverso e del tutto contrattuale.

---

Cedam, Padova 2002, pp. 195ss. In giurisprudenza, Cass. 5920/1985.

Lo stesso, se i due soggetti siano legati da un contratto valido, efficace e desiderato, ma non chiaro, e nell'interpretazione dello stesso una parte agisca con scorrettezza.

Resta l'ultima domanda: ogni fonte di responsabilità in ambito precontrattuale rintraccia le sue origini in un *deficit* di buona fede oggettiva?

Alla domanda si risponderà più compiutamente in seguito, motivando la sussunzione della buona fede fra gli obblighi e non fra le obbligazioni, comunque può essere anticipata sin d'ora una risposta positiva.

Se anche non sempre un *deficit* di buona fede dà origine a un illecito precontrattuale, un illecito precontrattuale è sempre legato a una condotta scorretta.

Valgano per ora come argomenti a favore di questa tesi il tenore testuale dell'art. 1337, l'ampiezza volutamente generosa e sempre crescente del termine "buona fede" in senso oggettivo, che include anche il 1338, e il suo ruolo variamente interpretato come di clausola generale<sup>14</sup> o di norma di chiusura del sistema, su cui si tornerà in seguito.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000, p. 167.

### **2.3 Ermeneutica della continuità o della discontinuità fra artt. 1337 e 1338**

Ora non è più possibile eludere, sebbene certa dottrina nemmeno si ponga il problema, la questione se il microsistema della *culpa in contrahendo* sia composto solo dall'art. 1337 oppure dalla coppia di articoli 1337 e 1338, o, *rectius*, dopo aver notato che gli articoli non si occupano solo della responsabilità precontrattuale, se le regole basilari, fatti salvi i casi speciali, su questo tipo di responsabilità provengono solo dal primo oppure dal primo e dal secondo.

Ebbene, sul punto il panorama dei formanti italiani offre tre teorie: la prima, più diffusa in dottrina e sostenuta da una giurisprudenza coerente, ritiene che l'art. 1338 costituisca una specificazione del dovere di cui all'art. 1337, *sic et simpliciter*.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1963, pp. 5ss.

<sup>16</sup> MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario UTET*, pp. 79ss.; BENATTI, *Resp. precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 3; ROVELLI, *Contratto concluso e violazione della buona fede precontrattuale*, in *Tr. Bessone*, XIII, 2, 306; BIANCA, *Il contratto*, p. 171. In giurisprudenza: Cass. 8539/2011, Cass. 16508/2004; Cass. 1494/1971.



La seconda teoria rifiuta che l'art. 1338 sia meramente una specificazione dell'art. 1337, ma ritiene che possa talvolta esserlo, talvolta no.<sup>17</sup>

In particolare, si immagina che l'obbligo di dare alla controparte contezza delle cause di invalidità afferisca sia alla fase delle trattative, sia a quella della formazione dell'accordo, *breviter* precontrattuali, sia a quella successiva alla conclusione del contratto.

La terza teoria ritiene che l'articolo 1338 faccia riferimento solo alla fase successiva al perfezionamento del contratto.<sup>18</sup>

Ritengo, per diverse ragioni, di associarmi alla cosiddetta ermeneutica della continuità fra articolo 1337 e 1338, riconducibile alla prima e parzialmente alla seconda lettura.

---

<sup>17</sup> BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, p. 258; EAD., *Buona fede nel diritto civile*, Digesto IV edizione, pp. 178ss.

<sup>18</sup> MESSINEO, *Contratto*, in *Enciclopedia del Diritto*, p. 891 e, in giurisprudenza, una risalente Cass. 70/1948.

Da un lato infatti la contiguità topologica nel tessuto del codice, dall'altro il valore tendenzialmente ampio che il concetto di buona fede oggettiva assume nell'art. 1337, tale appunto da includere primariamente il dovere di informazione, spingono ad escludere la terza tesi.

Inoltre, come si approfondirà in seguito, la responsabilità precontrattuale non va intesa solo in relazione al mancato perfezionamento di un contratto, ma anche alla conclusione di uno invalido o comunque non desiderato o affetto da vizi incompleti e questo costituisce un altro motivo a favore.

Per quanto attiene poi alla distinzione fra prima e seconda teoria, propendo per la seconda in quanto più possibilista.

In altre parole, già si è dimostrato come lo stesso articolo 1337 si occupa di responsabilità precontrattuale ma non solo; perciò, nemmeno ragioni di dogmatica potrebbero impedire all'art. 1338 di occuparsi (anche) di qualcosa di diverso dalla *culpa in contrahendo*.

Perciò mi associo alla tesi per cui l'art. 1338, in via principale, si occupa di responsabilità precontrattuale, ribadendo che l'obbligo di informazione costituisce uno dei significati principali della buona fede oggettiva imposta dall'art. 1337, tuttavia non limita tale obbligo al momento delle trattative e della formazione dell'accordo.

In altre parole, ritengo che il microsistema della culpa *in contrahendo* sia composto sia dall'art. 1337 sia dall'art. 1338, tuttavia che il compito ordinamentale di tali articoli non si limiti a questo.

## **2.4 I possibili microsistemi cui ricondurre la natura della responsabilità precontrattuale**

Come stabilito sopra, esistono due articoli che delineano il comportamento che le parti devono tenere durante le trattative, e prevedono una responsabilità qualora la loro condotta si discosti da quella prevista.

Tuttavia, almeno a una prima analisi, il microsistema della responsabilità precontrattuale non sembra completo ed autoesauritivo, a differenza (ammesso e non concesso che lo siano) di quelli della responsabilità per inadempimento di obbligazione preesistente, cosiddetta responsabilità contrattuale, e della responsabilità aquiliana.

Ci si potrebbe dunque porre innanzitutto il problema se si dà o non si dà l'esaurività del sistema della responsabilità precontrattuale, e nel secondo caso di quale sia la sua natura.

Tuttavia un tale operato rischierebbe di confondere il *prius* e il *posterius* logico e di anteporre la ricerca di regole operazionali apparentemente eque, alla coerenza e alla sistematica del diritto.

Dunque in primo luogo bisognerà riflettere su come si ponga la responsabilità precontrattuale nel sistema, indi assegnarle una natura, infine trarne le regole operazionali specifiche.

Nel dettaglio, le alternative possibili di inquadramento sono quattro.

La maggior parte della dottrina ritiene che la *culpa in contrahendo* partecipi alla natura della responsabilità del debitore per inadempimento, c.d. responsabilità contrattuale, dunque al microsistema 1337-1338 si applichino, ove necessario, le regole del microsistema 1218-1229.

Parte leggermente minoritaria della dottrina e giurisprudenza sostanzialmente costante ritengono invece che partecipi alla natura della responsabilità aquiliana, e, stante l'incompletezza de microsistema della *culpa in contrahendo*, vadano applicate per analogia le regole del microsistema 2043-2059.

Queste le due teorie più largamente diffuse, che riscontrano, come apparentemente sembra di dover fare, l'incompletezza del *tandem* di norme 1337-1338 c.c.

Tuttavia, esiste un terzo filone dottrinale, che ritiene esaustivo il microsistema, significative, o meglio fisiologiche, e non da colmarsi le lacune, e considera la *culpa in contrahendo* come un *tertium genus* di responsabilità.

L'ultima e più complessa via per inquadrare la responsabilità precontrattuale è la corrente eclettica.

Tale denominazione, in verità, rappresenta diverse dottrine che ritengono o da un punto di vista sostanziale che la *culpa in contrahendo* partecipi a entrambe le nature, o che processualmente in certi casi siano esperibili entrambe le azioni.

Queste quattro alternative sono le ipotesi ricostruttive della responsabilità precontrattuale. Prima di esaminarle partitamente, mette conto esplicitare le problematiche della scelta.

Al momento attuale, l'opzione in favore dell'una o dell'altra teoria soddisfa a due esigenze, una dogmatica e una operativa.

Quella dogmatica è la ricerca di coerenza con l'art. 1173, articolo che costituisce un imprescindibile perno nel diritto civile italiano.

Quella pratica è la conseguente scelta delle regole operazionali che si possono applicare nei casi in cui tale responsabilità venga alla luce; come accennato sopra, sia per tendenze di diritto nazionale sia di diritto europeo tale divergenza fra regole si sta attenuando, ma ciò non può essere sufficiente per abbandonare l'analisi, pena il pericolo di incentivare, *sic stantibus rebus*, l'incertezza del diritto.

Certo, è presente la tentazione di scegliere la natura, fra le quattro possibili, da un punto di vista meramente pratico, ossia esprimendo un'opzione in favore di un insieme di regole piuttosto che un altro, e inferendo la natura giuridica della responsabilità precontrattuale dalle regole che sembra più opportuno ed equo applicare.

Tuttavia, come precedentemente annotato, ciò confonderebbe premesse e conclusioni: già postulare inizialmente la completezza o l'incompletezza del microsistema 1337-1338 del Codice civile condurrebbe a un ragionamento non perfetto.

Viceversa, dopo l'enunciazione delle quattro possibili teorie, per motivare la mia opinione si prenderanno appunto le mosse dai due articoli basilari in tema di obbligazioni e responsabilità, il 1173 e il 2740, per far emergere la scelta nella maniera più graduale e naturale possibile.

Una volta argomentata la natura della culpa *in contrahendo, de plano* si applicheranno le regole del modello, e solo allora si potrà riflettere, *de iure condendo*, se tali regole sono appaganti da un punto di vista della politica del diritto o della giustizia sociale.



## **2.5 La teoria della riconduzione alla responsabilità da inadempimento di obbligazione preesistente (responsabilità c.d. contrattuale di cui agli artt. 1218 ss., c.c.)**

Nell'introduzione si è riepilogato come chiamare meramente contrattuale la responsabilità del debitore che non adempie a un'obbligazione preesistente è frutto di una semplificazione eccessiva.

Come accennato, gran parte della dottrina e, qualche mese fa, una timida e non seguita giurisprudenza anche di legittimità, ritengono incompleto il sistema degli articoli 1337 e 1338 e, nella scelta di un'opzione interpretativa, si dirigono verso la sussunzione nella responsabilità per inadempimento.

Tale teorica è anche una delle più antiche, rintracciando le sue origini più compiute in Italia nelle pagine di Faggella, poco dopo la Grande guerra<sup>19</sup> in opposizione a Carrara.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Cartiere Centrali, Roma 1918.

<sup>20</sup> CARRARA, *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano 1915.

Come è noto, fu solo con il codice del 1942 che la culpa *in contrahendo* fu presa specificamente in considerazione dalla legge, e la tesi contrattuale si andò affermando.

Per anticipare la responsabilità contrattuale a un momento anteriore al perfezionamento del contratto, quindi alla nascita di obbligazioni, furono scelte varie vie.

Jhering sostenne che il dovere di comportarsi secondo la diligenza richiesta dal particolare contratto viene esteso alle trattative propedeutiche allo stesso.<sup>21</sup>

Chironi ritenne la sussistenza di una implicita obbligazione di garanzia, dando origine alle molte teoriche che parlano di "obbligazione di buona fede".<sup>22</sup>

Dopo l'emanazione del codice civile vigente, fu apprezzata la strada offerta dalla pretesa natura immediatamente precettiva dell'obbligo di buona fede imposto dall'art. 1337,<sup>23</sup> applicabile solo ai contraenti, che quindi si porrebbero su un piano diverso rispetto al *quivis de populo*.

---

<sup>21</sup> JHERING, *Culpa in contrahendo*, in *Annali per la dogmatica del diritto privato romano attuale e tedesco*, IV, 1861, pp. 1ss.

<sup>22</sup> CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, *Colpa contrattuale*, II ed., Fratelli Bocca, Torino 1897.

<sup>23</sup> SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.* SANTORO PASSARELLI, II, Vallardi, Milano 1960

Altri si sono spinti più in là e hanno parlato di obbligazione *ex lege*.<sup>24</sup>

Viceversa, un altro argomento portato a difesa della tesi contrattualistica ha perso di attualità: si sosteneva infatti che la responsabilità aquiliana tutelasse solo la violazione di diritti assoluti, e dunque la responsabilità extracontrattuale non potesse essere in essa ricompresa, in quanto notoriamente a tutela di diritti relativi.<sup>25</sup>

Tuttavia a partire dagli anni settanta (esemplare è il passaggio dalla sentenza c.d. Superga alla sentenza c.d. Meroni) è consolidata la risarcibilità della lesione, da parte di un terzo, del diritto di credito intercorrente fra due soggetti.

Dunque oggi la responsabilità aquiliana è pacificamente posta non solo a tutela di diritti assoluti, ma anche di diritti relativi, interessi legittimi, e non solo, dunque l'argomentazione di cui sopra non prova più nulla.

---

<sup>24</sup> MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, 185ss.; ROMANO, *Buona fede*, in *Enc. Dir.*, V, Giuffrè, Milano 1959, 677ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato CICU-MESSINEO-MENGONI*, Giuffrè, Milano 1973, p. 365; VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Cedam, Padova 1972, p. 100.

<sup>25</sup> TURO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1990, *passim*.

Oltre a far assumere la buona fede fra le obbligazioni e non fra gli obblighi, le teorie contrattualistiche mirano anche a costruire uno iato fra la buona fede e il *neminem laedere*.<sup>26</sup>

Dunque, se la responsabilità segue l'obbligazione come un'ombra,<sup>27</sup> e la *culpa in contrahendo* è fonte di obbligazione in quanto inadempimento di un'obbligazione preesistente, secondo le teorie contrattualistiche si deve rintracciare un momento significativo all'interno dell'art. 1173.<sup>28</sup>

Ovviamente non è palese quale sia questo momento significativo: è stato tendenzialmente scartato l'inizio delle trattative mentre si è preferito scegliere il momento in cui sorge un affidamento obiettivo.

---

<sup>26</sup> BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1963, p. 130.

<sup>27</sup> Secondo la fortunata formula sopra citata.

<sup>28</sup> MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, I, pp. 20-29; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Giuffrè, Milano 1966.

Infine, per quanto attiene agli argomenti dogmatici a difesa della tesi contrattuale, si aggiunge quello per cui le obbligazioni oggi comprendono non solo la prestazione costituente l'oggetto principale, ma anche gli obblighi accessori.

A questi si affiancano anche altri argomenti, non dogmatici, ma concernenti il dato storico-evolutivo.

In primo luogo si sostiene che, rispetto alla vigenza del codice precedente, la nozione di buona fede come principio generale dell'ordinamento si è notevolmente ampliata.

In secondo luogo si ritiene che, stante l'ampliamento del danno aquiliano risarcibile, sarebbe un *absurdum* associarsi alla tesi extracontrattuale, perché l'art. 1337 finirebbe per essere solo un doppione del 2043, che senza colpo ferire potrebbe essere espunto dall'ordinamento.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Cedam, Padova 2002, 87ss. Tale teorica non considera come fra il 2043 e il 1337 siano previsti elementi costitutivi in generale, soggettivi in particolare, e oneri della prova diversi, per cui se anche si può argomentare che il sistema funzionerebbe (come è sempre funzionata e funziona la maggioranza degli ordinamenti esteri attuali) anche senza il 1337, è incauto dire che i due articoli siano del tutto sovrapponibili.

Restano peraltro vivaci i dubbi sulla correttezza dell'argomentazione che inferisce dalla non necessità di un articolo come il 1337 la natura contrattuale della responsabilità che descrive.

Il nostro ordinamento contempla una molteplicità di disposizioni non necessarie, ma che il legislatore ha ritenuto di inserire per chiarezza, a rischio di ridondanza, e l'assenza delle quali non darebbe luogo a lacune. Tuttavia, da questa ridondanza non si possono automaticamente trarre delle conseguenze dogmatiche o sistematiche, pena la violazione della legge di Hume.

Sia detto *inciderter tantum*, ma l'ordinamento patrio, sprovvisto dell'art. 2059, su cui dottrina e giurisprudenza si sono impegnate per decenni, non sarebbe giunto a conclusioni tanto diverse, semplicemente perché un articolo dal tenore testuale contrario a quello attuale sarebbe stato, semplicemente, inconcepibile.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Si immagini una redazione del tipo "Il danno non patrimoniale dev'essere risarcito anche al di fuori dei casi determinati dalla legge": un *absurdum*.

Ovviamente, per seguire questa interpretazione restrittiva dell'art. 2043, come pertinente solo a un *neminem laedere* da doversi rispettare nei rapporti tra sconosciuti, e stanti i limiti del 1218 in combinato disposto con le regole in tema di formazione del contratto, sono state introdotte delle altre *fictiones iuris*.

In particolare, per risolvere i casi intermedi di responsabilità fra contratto e torto, come ad esempio il caso della responsabilità del medico, sono state variamente introdotte alcune macrocategorie, fra cui è paradigmatica quella del contatto sociale qualificato, che peraltro non hanno alcun tipo di ancoraggio nel tessuto normativo.

## **2.6 (segue) La costruzione di Mengoni del 1956**

Probabilmente la formulazione più elegante e armoniosa della teoria contrattuale è quella di Mengoni del 1956.

Dopo aver constatato la costanza della Cassazione nel rifiutare la tesi contrattuale, egli in primo luogo, e in modo condivisibile, rifiuta lo spicciolo argomento secondo cui la responsabilità non può essere contrattuale perché manca un contratto, ricordando che il regime di cui all'art. 1218 e seguenti non è di pertinenza solo del contratto, ma dell'inadempimento di qualsivoglia obbligazione preesistente.

In questo modo sgomberato il campo da un ragionamento "frusto", egli ricorda che la strada di chi vorrà dimostrare la tesi aquiliana dovrà essere del tutto diversa e, a suo parere, impossibile da percorrersi.

Sembra, tuttavia, non condivisibile quando ritiene che *tertium non datur* fra responsabilità ex 1218 e responsabilità ex 2043: come accennato e come sarà approfondito, esistono due tesi, quella del *tertium genus* e quella eclettica, per nulla prive di valore scientifico, quantunque minoritarie.



Ribadisce poi l'argomento classico delle tesi contrattualistiche, cioè che il comportamento di buona fede non è imposto a tutti i consociati, ma solo a ciascuna parte nei confronti dell'altra. Deduce quindi, in maniera forse apodittica, che è un'obbligazione in senso tecnico (art. 1173 c.c.).

In altre parole, sostiene che la responsabilità extracontrattuale è legata alla tutela di diritti assoluti (dogma superato dalla sentenza c.d. Meroni), è un rimedio alla loro violazione occorsa fra persone del tutto estranee l'una all'altra, e il concetto di buona fede ha molto poco a che farci. A parere di questo Autore, proseguendo lungo la china dell'interpretazione extracontrattuale si finirebbe per confondere buona fede oggettiva e soggettiva, il che è palesemente inaccettabile e inficerebbe l'intero costrutto, rendendolo arbitrario.

Egli poi cerca di dimostrare l'incoerenza della tesi extracontrattuale mettendo a confronto gli artt. 1337 e 1338: la responsabilità precontrattuale non potrebbe essere una responsabilità aquiliana basata sulla mala fede invece che su dolo e colpa, perché ciò farebbe cadere in contraddizione il sistema. Ad avviso dell'Autore, l'elemento soggettivo che fa scattare la responsabilità ex art. 1337 è il dolo, perché la mala fede implica la coscienza di ciò che si commette.

Viceversa, l'art. 1338 non sembra chiedere il dolo, e a nulla serve ricercare l'analogia con l'art. 1147, secondo comma; il combinato disposto con l'art. 1398, infine, risolve ogni dubbio: anche l'ignoranza inescusabile, a suo avviso, è fonte di responsabilità, o meglio, non limita l'ambito della responsabilità, e la figura si riconduce al *pattern* dell'art. 1218.

A mio avviso questo ragionamento, per quanto ottimamente articolato, è fallace almeno sotto due punti di vista: in primo luogo, si potrebbe con successo argomentare che, nel diritto civile, la rilevanza dell'ignoranza scusabile, o meglio della scusabilità *tout-court*, è un principio generalizzato.

In secondo luogo, diverse varietà di distribuzione nell'onere della prova non possono essere, da sole, un argomento dirimente fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in quanto sono presenti variazioni già all'interno delle stesse.

Per esempio, il microsistema di responsabilità civile prevede una regola generale dove l'elemento soggettivo è da dimostrarsi, e numerose gradazioni che conducono fino all'art. 2049 dove non si parla nemmeno di dolo o colpa, ma di presunzione di responsabilità salvo prove liberatorie particolarmente stringenti e implicite.

Mengoni sceglie poi l'argomento sistematico, e rintraccia un parallelismo fra art. 1337, 1366, 1375, 1358 e 1450, nonché fra art. 1338 e art. 1218, e si conferma ulteriormente nell'idea per cui quando si parla di buona fede in senso oggettivo, l'unica concepibile per interpretare la *bona fides* precontrattuale, siamo nell'ambito di un rapporto contrattuale preesistente.

In ciò si riferisce anche dal diritto romano, secondo il quale la formula *fidem praestare* significa, né più né meno, adempiere a un'obbligazione (preesistente). Tuttavia questo mi sembra un argomento meramente linguistico, e lo stesso autore rifiuta dignità dirimente agli argomenti puramente linguistici solo pochi paragrafi prima. Da un altro punto di vista, sembra un errore di composizione, cioè una generalizzazione arbitraria.

Altro argomento sistematico è la lettura dell'art. 1337 come ispiratore, oltre che dei citati artt. 1338 e 1398, anche degli artt. 798, 1578, 1812 e 1821, che si occupano di vizi della cosa donata, locata, data in comodato o a mutuo, che possa recare danno.

L'Autore si chiede "perché mai la violazione della regola dell'art. 1337 darebbe luogo a responsabilità aquiliana nel caso che non venga poi concluso un valido contratto, mentre darebbe luogo a responsabilità contrattuale nel caso opposto? Perché mai il dovere di comunicare le cause di nullità del contratto non potrebbe considerarsi come espressione di uno specifico vincolo obbligatorio, quando a uno specifico rapporto di obbligazione viene invece ricondotto l'obbligo di comunicare i vizi conosciuti della cosa donata o comodata. Se unico è il principio direttivo di queste norme, di uguale natura deve essere, in ogni caso, la connessa responsabilità."

Tanto che così può concludere: "se in relazione alla violazione degli obblighi di comunicazione dei vizi della cosa, la legge dispone il trattamento della responsabilità contrattuale, il medesimo trattamento spetta anche agli obblighi di comunicazione delle cause di invalidità o di inefficacia del negozio".

Il ragionamento appare estremamente coerente, tuttavia due ulteriori fattori meritano di essere presi in considerazione.

In primo luogo, non è un principio indefettibile, né è previsto legislativamente, che vizi dell'oggetto della prestazione dedotta in obbligazione o vizi del negozio debbano meritare trattamento analogo.

Anzi, la scelta di attribuire un regime differenziato di risarcimento del danno (differenziato, poi, solo quanto ad alcune regole operazionali) potrebbe fare seguito alla differenza di patologia, più o meno grave.

In secondo luogo, l'Autore rischia di ragionare più che altro *de iure condendo*. E' forse condivisibile la tesi secondo cui è "desiderabile" un ordinamento dove il vizio sull'oggetto della prestazione e il vizio del negozio abbiano il medesimo regime rimediabile, ma ciò non porta automaticamente a dover leggere l'equiparazione dei due nell'ordinamento italiano vigente, pena una nuova violazione della ben nota legge di Hume.

## **2.7 La teoria della riconduzione alla responsabilità extracontrattuale (artt. 2043 ss., c.c.)**

Come annunciato, parte forse minoritaria della dottrina, nonché, almeno per molti decenni, giurisprudenza costante anche di legittimità hanno scelto il modello della responsabilità aquiliana.

Pietra angolare, e iniziale, di queste tesi, è l'*absurdum* di configurare una responsabilità di tipo contrattuale senza che la sussistenza di un contratto o di un'altra obbligazione ne sia un elemento necessario.

Infatti, come noto, la responsabilità precontrattuale può sussistere sia in caso di formazione di un contratto invalido o comunque non desiderato, sia in caso di mancato perfezionamento dello stesso.

Perciò, a uno stadio primario dello studio della *culpa in contrahendo* veniva semplicemente posto il discrimine fra i due regimi di responsabilità nella sussistenza o meno di un contratto.<sup>31</sup>

In seguito, altri argomenti si aggiunsero a difesa dell'opzione aquiliana.

---

<sup>31</sup> CIGU, *L'offerta al pubblico*, Gallizzi, Sassari 1902; COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, Filangieri, 1900, pp. 721ss.

Vi fu chi sostenne che, quantunque un contratto fosse effettivamente perfezionato, il danno sarebbe comunque inferto secondo un *pattern* extracontrattuale incentrato su dolo e colpa. Testualmente, "il contratto è un'arma qualsiasi con la quale si è recato danni ad altri come si sarebbe potuto recarglielo per mille altre vie".<sup>32</sup>

Secondo un ragionamento che pare non aver perso di attualità, la violazione del dovere di contrattare seriamente non si poteva ritenere come violazione di un obbligo contrattuale, ma doveva rientrare nell'art. 1151 del vecchio Codice.

Per pervenire a questo stesso risultato, tuttavia, alcuni Autori si sono dedicati a una dimostrazione *per absurdum*, partendo dal presupposto, a onor del vero discutibile, che la responsabilità contrattuale riguarda solo l'inadempimento di obbligazioni derivanti da contratto, e arrivando in contraddizione con il principio secondo il quale, nel nostro ordinamento, la malafede non si presume mai.

---

<sup>32</sup> POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Drucker, Roma 1915, p. 515.



In altre parole, se anche si facesse ogni sforzo per garantire natura contrattuale alla responsabilità per scorrettezza durante le trattative, non si potrebbero presumere l'ingiustizia del danno e l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, cosa che appunto la responsabilità contrattuale obbliga a fare, richiedendo essa solo la prova dell'inadempimento.<sup>33</sup>

Si giungerebbe quindi a una responsabilità contrattuale tale però da rifarsi, per questi due importanti punti, alla responsabilità aquiliana, il che sarebbe manifestamente illogico.

---

<sup>33</sup> SARONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 2008, *passim*.

## **2.8 La teoria del tertium genus di responsabilità**

Dottrina minoritaria<sup>34</sup> ritiene che non necessariamente l'apparente lacunosità del microsistema 1337-1338 debba essere completata riconducendo il problema della responsabilità precontrattuale a uno dei due modelli ampiamente attestati.

Traccia storica di questo orientamento si ritrova in alcune pagine del Faggella sopra citato, che, pur distinguendo tra responsabilità precontrattuale, da inadempimento e aquiliana, non entrava nel profondo della motivazione.<sup>35</sup>

Fulcro della teoria è lo iato che si può rintracciare tra la buona fede precontrattuale e il comportamento richiesto a un soggetto che sia parte di un contratto, come tra la stessa e il generico principio di *neminem laedere*, tale da porla in una posizione di equidistanza fra i due modelli, e da rendere l'inquadramento in uno dei due per nulla soddisfacente.

---

<sup>34</sup> SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1961, II, p. 186; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1988, p. 1269, SAPONE, *op. cit.*, pp. 112ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 160.

<sup>35</sup> FAGGELLA, *op. cit.*, *passim*.

In altre parole, nel nostro ordinamento il perfezionamento di un contratto tra due parti fa sì che i rapporti intercorrenti, solo fra loro e solo da quel momento in poi, siano disciplinati da un insieme di regole differente da quello vigente prima della stipulazione del negozio, insieme di regole che non sarebbe venuto a esistenza se le parti avessero scelto di non stipulare.

Contemporaneamente, la tesi accoglie l'osservazione di senso comune per cui i doveri e i diritti che legano due soggetti impegnati in una trattativa siano un *quid pluris* rispetto a quelli, per esempio, intercorrenti fra due sconosciuti.

Tale tesi è estremamente suggestiva e vicina al senso comune, tuttavia si è attratta diverse critiche, avendo, rispetto all'opzione responsabilità contrattuale/responsabilità aquiliana, un coefficiente di pericolosità e di nebulosità maggiore.

Immediatamente si può osservare che non è rinvenibile in nessuna parte del dettato codicistico una disciplina *ad hoc*, completa e organica, applicabile alla sola responsabilità precontrattuale, quindi sarebbe comunque compromessa la certezza del diritto.

Più sottilmente, si può riflettere che un microsistema di responsabilità sprovvisto di regole perde per ciò solo la qualifica di responsabilità e diventa un mero criterio di imputazione delle spese, prescindendo in tutto dallo studio del danno.<sup>36</sup>

In altre parole, non sarebbe un insieme di regole, ma semplicemente una regola, quella relativa all'individuazione del *quis respondeat*.

---

<sup>36</sup> FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale, il preliminare, le trattative*, Cedam, Padova 1999, 126ss.

## **2.9 La teoria della riconduzione ora alla responsabilità da inadempimento, ora alla responsabilità extracontrattuale (teoria eclettica)**

Quarta e ultima delle possibili tesi ricostruttive della *culpa in contrahendo* che qui stiamo accennando è la cosiddetta tesi eclettica.

Come l'opinione che la responsabilità precontrattuale sia un *tertium genus*, non solo rispetto al microsistema degli artt. 1218ss., ma anche a quello degli artt. 2043ss., così questa tesi è minoritaria sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Cifra caratteristica della tesi eclettica, o meglio degli Autori che hanno seguito questo pensiero viste le differenze fra loro,<sup>37</sup> è il rifiuto sia della scelta di uno dei modelli di cui sopra, sia dell'autonomia categoriale degli artt. 1337 e 1338. In altre parole, è stato ritenuto che le varie evenienze di responsabilità precontrattuale di volta in volta debbano essere ricondotte all'uno o all'altro sistema.

---

<sup>37</sup> Fra tutti TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano 1958, 209ss.

Una delle vie tramite le quali pervenire a questo risultato è una lettura atomistica del microsistema comprendente gli articoli 1337 e 1338.

Se si segue la dottrina minoritaria per cui quest'ultimo articolo non è una mera specificazione della prescrizione di buona fede, che prima ho definito come "ermeneutica della discontinuità", risulta piuttosto agevole ritenere aquiliana la responsabilità in cui si incorre per violazione dell'art. 1337, in quanto esso fa riferimento al generico dovere di buona fede.

Viceversa, l'art. 1338 risulterebbe attratto nella sfera della responsabilità per inadempimento di obbligazione in quanto impone un obbligo specifico di informazione.

In questo modo il concetto di responsabilità precontrattuale perderebbe la sua unità, e finirebbe per divenire un *umbrella term*, una categoria generale di evenienze eterogenee, accomunate dal mero criterio cronologico di avvenire prima della stipulazione di un contratto.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *CI*, 794.

Perciò, finirebbero attratte nella sfera del danno aquiliano le ipotesi di dolo incidente, di induzione fraudolenta a non concludere il contratto, e in generale di conclusione di un contratto invalido dovuta al comportamento di una delle parti.

Viceversa, i casi di interruzione delle trattative, mancata notificazione delle cause di invalidità, informazioni false o erranee andrebbero ricondotti al regime di cui all'art. 1218.

Altra dottrina<sup>39</sup> ha seguito la scissione fra gli articoli 1337 e 1338, tuttavia facendo corrispondere alle problematiche di cui all'art. 1338 il regime dell'inadempimento di obbligazione preesistente, mentre alle problematiche di cui all'art. 1337 talvolta il regime della responsabilità contrattuale, talvolta quello della responsabilità extracontrattuale.

Per cui, ad esempio, il recesso ingiustificato dalle trattative finirebbe per dare luogo a una responsabilità oggettiva contrattuale, mentre la mancata comunicazione di inefficacia dell'atto si inquadrirebbe nel regime del danno extracontrattuale.

---

<sup>39</sup> BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Civ., II*, Torino, 178.

Dottrina più risalente e non trascurabile<sup>40</sup> enunciava una *hard and fast rule* per suddividere, all'interno delle possibili e numerose evenienze di culpa *in contrahendo*, i casi in cui fosse applicabile il regime della responsabilità del debitore e quando quella dell'illecito civile.

Ebbene, secondo l'Autore, qualora il contratto esista e sia eseguibile nei confronti della parte che versi in condizione di colpa, la responsabilità applicabile è contrattuale. In caso contrario, rivive il regime della responsabilità aquiliana.

La regola è pregiata per risolvere rapidamente qualche caso pratico, ma rimangono diversi punti poco chiari che lasciano il dubbio nella scelta fra i modelli. Lo stesso Mengoni nel 1956, come spiegato sopra, riteneva "frusto" questo argomento.

In primo luogo, non è chiaro se con "il" contratto si intende un qualsiasi contratto oppure il contratto come prefigurato in buona fede (stavolta soggettiva) da entrambe le parti.

---

<sup>40</sup> POLACCO, op. cit., 809ss.



In seconda battuta, non è perspicuo il rapporto fra esistenza ed eseguibilità del contratto, e il tema è cruciale, dipendendo da esso l'opzione in favore di un modello o di un altro.

Se la "e" fosse congiuntiva, per applicare il regime della responsabilità del debitore occorrerebbe che il contratto esistesse *et* fosse eseguibile, se fosse invece disgiuntiva, cioè un *vel*, sarebbe sufficiente uno solo dei due parametri, tipicamente l'esistenza.

Infine, dottrina più recente che propende per l'ecllettismo sviluppa un ragionamento più sofisticato.<sup>41</sup>

Senza che in alcun modo ciò costituisca un giudizio di valore, piuttosto al contrario, la definisco una "teoria eclettica debole" in opposizione alle "teorie eclettiche forti" di cui sopra.

"Debole" in quanto essa sospende il giudizio sull'intrinseca natura della responsabilità precontrattuale, a differenza di quelle "forti" che pretendono di darlo, ma si occupa solo dei profili più pratici e processuali.

---

<sup>41</sup> ROVELLI, *Contratto concluso e violazione della buona fede precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, XIII, *Il contratto in generale*, 2, Giappichelli, Torino 2000.

Prendendo le mosse dai classici capisaldi della teoria contrattuale, si stabilisce in linea generale che la buona fede oggettiva costituisce oggetto di un'obbligazione di fonte legale, scaturente dall'inizio delle trattative.

Tuttavia, qualora la condotta cosciente e volontaria leda una situazione giuridica preesistente alla negoziazione, tipicamente un diritto soggettivo, protetto verso la generalità dei consociati con l'imposizione di un dovere primario di astensione (caso emblematico, la violenza morale) la fattispecie rientrerebbe anche nel campo della responsabilità civile in senso stretto.

Si aprirebbe dunque un'ipotesi di concorso di responsabilità sia ai sensi del 1218 sia ai sensi del 2043. Ciò non è di per sé problematico, in quanto è stata generalmente riconosciuta la possibilità di un cumulo: in particolare, nei casi di trattativa maliziosa, di trattativa poco seria, di atti di emulazione; non solo: qualora sia stata raggiunta la definizione dei contenuti essenziali del contratto nulla osta al cumulo anche con l'art. 2932, che è

la prospettiva rimediale più tipica per il contratto preliminare.<sup>42</sup>

Ad ogni modo, le schermaglie della dottrina, che pure sono piuttosto lievi, quasi rispettose, tra sostenitori della tesi contrattuale e seguaci della tesi aquiliana, si sono accanite con energia contro le tesi eclettiche, come del resto contro la tesi del *tertium genus*.<sup>43</sup>

Viene rilevato l'*absurdum* di immaginare che una disposizione sola, quella del 1337 c.c., o al massimo due, se si interpretano il 1337 e il 1338 come componenti di un unico microsistema, apra un'alternativa così forte, a tutto detrimento della certezza del diritto.

---

<sup>42</sup> MERUZZI, op. cit., 266ss.

<sup>43</sup> Tra tutti BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*.

## **2.10 Le posizioni della giurisprudenza più risalente e i *révirement* di fine 2011**

Come accennato sopra, la giurisprudenza si è mantenuta conforme al modello extracontrattuale della *culpa in contrahendo*.

Sono infatti di gran lunga maggioritarie le sentenze, anche solo di legittimità, che hanno abbracciato tale orientamento (*ex multis*, Cass. 16735/2011, ABF Milano 2-II-2010, Cass. 3746/2005, Cass. 15040/2004, Cass. 8723/2004, Cass. 15172/2003, Cass. Sezz. Unn. 10160/2003, Cass. Sezz. Unn. 9645/2001, Cass. 4299/1999, Cass. 9157/1995, Cass. 1163/1995, Cass. 2544/1994, Cass. 4051/1990 e, più risalenti, Cass. 5371/1983 e Cass. 27057/1987. Dubitativa Cass. 17698/2011).

Tuttavia di recente è stato possibile leggere un *révirement*, per quanto dovuto non alle Sezioni Unite ma a due pronunce della sola Sezione prima del Supremo Collegio.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Cass. 24438/2011 e Cass. 27648/2011.

Per i commenti, rispettivamente, POME, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 6, RENNA - SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 12 e FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi)*

Nel primo dei due casi, giudicando su una questione di appalti, la Cassazione ha scelto di affermare che la responsabilità da contatto sociale non è né contrattuale né extracontrattuale, ma si colloca in un *tertium genus*, peraltro più vicino a quella contrattuale.

A mio avviso la terminologia "più vicino a" non è affatto appagante, non rivestendo alcuna dignità scientifica e lasciando un dubbio uguale, se non maggiore, a prima, con riferimento da un lato ai profili dogmatici, dall'altro agli aspetti applicativi.

Giudicando poi sul caso di un architetto che si era visto prima proporre un contratto da parte della Pubblica Amministrazione, e poi fu informato della mancata approvazione della convenzione stipulata, da parte del competente ufficio, è stato scelto di inquadrare la responsabilità precontrattuale nell'ambito degli articoli 1218 e seguenti, ritenendo sussistente l'obbligazione di buona fede in senso tecnico, ai sensi dell'articolo 1173 del codice civile.

---

"tedesca", in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 12, DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in *Contratti*, 2012, 4, CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 4.

Le conseguenze a cui i giudici sono pervenuti, a seguito dell'inquadramento di questo modello, sono apparentemente favorevoli alla parte attrice, semplificandosi l'onere della prova a suo carico. Infatti, viene stabilito che, restando necessario provare la mala fede nella controparte e il danno, non è necessario dare prova dell'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito.

A prescindere dal delicato problema, se inquadrare la buona fede fra gli obblighi o fra le obbligazioni, diversi restano i punti problematici di questa, quantunque breve, pronuncia di legittimità.

In via preliminare, è inquietante non solo il *révirement* della Cassazione rispetto alla sua giurisprudenza precedente, ma anche il cambiamento di opinione che intercorre fra queste due sentenze, peraltro contigue temporalmente: la *culpa in contrahendo* è un *tertium genus*, è responsabilità contrattuale o è un ibrido fra le due, definito con il termine, appagante solo da un punto di vista descrittivo, di un *tertium genus* più vicino alla responsabilità di cui al 1218?

Entrando nello specifico, poi, in primo luogo è poco chiaro se debba essere provata la lesione, da parte del responsabile, della propria buona fede (come sembra di doversi interpretare anche dalla massima ufficiale), o, come sembra più logico, se debba essere provata la mala fede presente nel comportamento del responsabile stesso.

A mio avviso il termine "buona fede" è usato in maniera ambigua, e l'errore rischia di non essere di poco momento, potendosi ricadere nella tentazione di leggere "buona fede" in senso soggettivo, il che è contrario a dottrina e giurisprudenza assolutamente concordi, in relazione all'articolo 1337.

In secondo luogo, sia nel testo sia nella massima ufficiale, compare il termine "illecito". Se esso fosse utilizzato in senso atecnico, sarebbe un peccato veniale, per quanto delle imprecisioni lessicali rendono ancora più nebuloso lo studio di un tema già di per sé complesso.

Se viceversa fosse utilizzato in senso proprio, sarebbe ben strano, all'interno di una sentenza che per la prima volta abbraccia il criterio della responsabilità contrattuale, che fosse citata la sua antitesi.

In terzo luogo, resta il sospetto che la sentenza abbia tenuto in troppa considerazione il senso comune e il desiderio di semplificare e agevolare la posizione della parte attrice. Un ragionamento che avesse rigorosamente preso le mosse dalle fonti del diritto e dalla dogmatica di sicuro sarebbe stato più soddisfacente.

In quarto luogo, il tenore testuale della decisione non è sufficientemente chiaro, viceversa meriterebbe di essere enucleato una volta di più che con responsabilità contrattuale (usato nel senso più comune e atecnico) non si fa solamente riferimento al regime conseguente all'inadempimento di un negozio, bensì di obbligazione preesistente.

In quinto e ultimo luogo, da un punto di vista più generale, è pericoloso parlare di un concetto labile come "contatto sociale" e di fattispecie tipizzate dello stesso. Come è noto, è un istituto non condiviso da tutta la dottrina, e un ragionamento basato sullo stesso rischierebbe di imporre una creazione della letteratura, fintanto che regga, salvo poi esporsi a un crollo a seguito di potenziali orientamenti successivi.



### **2.11 La giurisprudenza successiva**

I due *révirement* non sono stati pacificamente seguiti dalla giurisprudenza successiva.

Un caso recentissimo, sempre in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione<sup>45</sup> ha ritenuto di tornare all'inquadramento classico della responsabilità precontrattuale in quella aquiliana, assumendo pacificamente che buona fede, correttezza,<sup>46</sup> lealtà e diligenza<sup>47</sup> sono parte del generale principio di *neminem laedere*, quale dovere primario.

---

<sup>45</sup> Cass. 477/2013.

<sup>46</sup> Questa, a onor del vero, è un'endiadi.

<sup>47</sup> Per i motivi citati sopra, affiancare correttezza e diligenza come se fossero sinonimi non è corretto.

Sulla stessa linea si collocano una sentenza relativa alle polizze assicurative *index linked*,<sup>48</sup> una in tema di arricchimento senza causa in agricoltura,<sup>49</sup> un'altra in tema di attività della P. A.,<sup>50</sup> una in tema di responsabilità da prospetto,<sup>51</sup> una in tema di rapporto di lavoro.<sup>52</sup>

Sempre orientate, anche se solo *incidenter tantum*, verso la ricostruzione aquiliana due sentenze gemelle<sup>53</sup> in tema di t.u.f., anche se ammettono che tale scelta è controversa. Possibilista anche una sentenza del 2011 anteriore al *révirement*<sup>54</sup> e una del 2010.<sup>55</sup>

Un accenno alla *culpa in contrahendo* è presente in una pronuncia di Sezioni Unite, emessa in tema di regolamento di giurisdizione in caso di intermediazione finanziaria.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> Trib. Parma, 30-I-2012.

<sup>49</sup> Cass., II sez., 4620/2012, su cui si tornerà in seguito in tema di natura dell'arricchimento senza causa e rapporto tra lo stesso e la *culpa in contrahendo*.

<sup>50</sup> C. Stato, 662/2012.

<sup>51</sup> Cass. 3003/2012.

<sup>52</sup> Cass. 1051/2012.

<sup>53</sup> Cass. 14392 e 14400/2012.

<sup>54</sup> Cass. 13486/2011.

<sup>55</sup> C. Stato, 8291/2010.

<sup>56</sup> Cass. Sezz. Unn. 2926/2012.

Il problema è che i Supremi giudici non sono più entrati nel merito, né in via diretta, né in un *obiter dictum*, nello studio della natura della responsabilità, quindi, fino a una nuova pronuncia, magari delle Sezioni Unite, non sarà noto se la proposta di una natura terza o contrattuale sia una *vox clamantis in deserto* oppure un vero *révirement*. Dovendo esprimere una prognosi, sembra di dover scegliere la prima.

**2.12 Il pericolo di scegliere il regime apparentemente più equo e solo dopo procedere all'inquadramento dogmatico**

Passati brevemente in rassegna i quattro, due principali e due secondari, orientamenti della dottrina, e le opinioni della giurisprudenza, sia quelle classiche sia i *révirement* contemporanei, occorre tornare a costruire dalle fonti l'inquadramento della culpa *in contrahendo* tra i vari modelli disponibili.

Come già accennato, il principale pericolo da evitare è distaccarsi completamente dal codice, prendere in considerazione solo le conseguenze applicative, ragionare meramente secondo equità e senso comune e solo infine assegnare la categoria giuridica che rispetta i desideri dell'interprete.

Tale metodo è del tutto inapplicabile, a *fortiori* in un sistema di *civil law*, nell'ordinamento patrio, per mancato rispetto della sistematica, della coerenza e della certezza del diritto.

Viceversa per prima cosa si dovrebbe prendere in considerazione il ruolo ricoperto nel panorama del diritto privato dalle responsabilità civili.

Ebbene, in prima approssimazione le disposizioni di responsabilità civili sono indirizzate a rendere non solo lecita ma anche doverosa un'esposizione patrimoniale a carico di un soggetto che tiene una condotta che l'ordinamento, in senso lato, disapprova, come la mancata serietà nell'attività negoziale o il mancato rispetto per i beni della vita altrui, o, in linea più generale il mancato assolvimento spontaneo di un'obbligazione.

Tale esposizione patrimoniale, sempre ad un primo approccio, serve per far sì che il soggetto danneggiato, che a seguito di tali comportamenti che l'ordinamento rifiuta abbia subito un depauperamento, patrimoniale o meno, sia rimesso nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se nessuno gli avesse causato un danno. Ciò è quasi immediatamente misurabile nel caso di danno, contrattuale o extracontrattuale, patrimoniale, mentre più complesso in caso di danno, sia esso contrattuale o aquiliano, non patrimoniale.

Alle responsabilità civili, specialmente a quella aquiliana, si può applicare anche il famoso principio tipico della responsabilità criminale: è un istituto che funziona anche e soprattutto quando non viene applicato.

Infatti, ricordando il principio per cui la responsabilità segue, o meglio assiste, il debito, cioè l'obbligazione, come un'ombra, si possono rapidamente immaginare i due più tipici casi dell'art. 1173.

Se fra due soggetti è stato stipulato un contratto, esso è fonte di obbligazioni. Se tali obbligazioni vengono adempiute, *nulla quaestio*: il regime di responsabilità proposto dagli artt. 1218 e seguenti non viene in gioco. Se tali obbligazioni non vengono regolarmente adempiute, l'art. 1218 si attiva, a primaria tutela della parte non inadempiente. Ovviamente ciò non si applica solo quando all'origine di tutto c'è un contratto, ma anche quando non si adempia a una qualsiasi obbligazione preesistente.

Quanto al caso del fatto illecito, se un soggetto non danneggia alcuno, *nulla quaestio*. In ciò le regole sul danno extracontrattuale funzionano in quanto dissuadono il soggetto dal compiere un danno; se così non fosse, in un ipotetico stato di natura dove il danno dovesse rimanere là dove cade, ci sarebbe un incentivo implicito a danneggiare, ove la cosa potesse procurare un lucro al danneggiante.

Se invece il soggetto causa un pregiudizio a uno dei suoi consociati, a tutela delle ragioni di quest'ultimo intervengono uno o più degli articoli del titolo IX del libro IV.

Secondo poi una dottrina recente, si può applicare, direi ancora solo alla responsabilità del debitore e non a quella aquiliana, nonostante la "laicizzazione" della materia, il principio dell'inadempimento efficiente, l'*efficient breach*.

Grazie alle previsioni di cui al microsistema 1218-1229 c.c., un soggetto si vede, sulla base di questa dottrina, riconoscere il diritto di scelta fra adempiere alla prestazione oppure risarcire il danno, e sceglierà, senza alcun tipo di vincolo morale, la prima strada se l'affare sarà ancora per lui conveniente, la seconda se avrà perso interesse economico al negozio.

Per questo, richiamandosi ad arguta dottrina<sup>57</sup> si può esplicitare che le r. c. hanno una funzione di garanzia sia nei confronti del danneggiato sia nei confronti del danneggiante.

Il primo si troverà nella stessa situazione, *rectius* nella stessa curva di indifferenza, in cui si sarebbe trovato se ogni suo consociato fosse stato diligente, sia dal punto di vista di fatto sia dal punto di vista di diritto, e non gli fosse stato causato nessun pregiudizio.

---

<sup>57</sup> DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit., *passim*.



Il secondo sa *in primis* che, anche se è scontato in un ordinamento contemporaneo, la sua esposizione sarà meramente patrimoniale e giammai personale; non solo, sa anche che la sua esposizione patrimoniale per quanto attuabile su tutti i suoi beni (2740 c.c.) nel concreto non sarà illimitata, ma ci saranno parametri sia formali, sia sostanziali, sia procedurali per evitare che il danneggiato possa arricchirsi, a detrimento dell'originario danneggiante, più di quanto sia corrispettivo al pregiudizio sofferto.

Ora, è noto che la disciplina della responsabilità ex 1218 e di quella ex 2043 si stanno avvicinando, per l'effetto di fonti e formanti sia interni sia europei e internazionali, tuttavia *de iure condito* la distinzione esiste ed è significativa.

In primo luogo la mora: esiste nell'adempimento di obbligazione preesistente, non esiste nell'illecito aquiliano.

Come già accennato, poi, quanto all'onere della prova il caso di responsabilità extracontrattuale è più favorevole al danneggiante, dovendo l'attore provare l'elemento soggettivo e l'ingiustizia del danno. Viceversa, nel caso di inadempimento di obbligazione preesistente la colpa si presume salvo prova contraria e l'inadempimento stesso è ingiusto in senso giuridico.

Tuttavia, le ipotesi variamente denominate di responsabilità indiretta, oggettiva, aggravata o assoluta, come gli articoli 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 del codice civile prevedono un onere della prova più lieve per il danneggiato, stabilendo delle presunzioni più o meno forti di colpa a carico del danneggiante e degli speciali regimi di prova liberatoria in capo al danneggiato.

In tema di regime dei danni non prevedibili, il caso di responsabilità aquiliana è più sfavorevole al danneggiante, che deve rispondere sia per i danni prevedibili, sia per quelli non prevedibili, comunque li abbia cagionati, con dolo o con colpa.

Viceversa, chi non adempie a un'obbligazione preesistente, se per colpa, non risponde dei danni non prevedibili.

Infine, le regole in tema di prescrizione obbligano l'attore che allegghi di essere vittima di un danno extracontrattuale di agire nella metà del tempo, cinque anni anziché dieci.

Quarto e ulteriore punto, il danno non patrimoniale. Già dal tenore testuale del codice si ricava la risarcibilità del danno patrimoniale da inadempimento di obbligazione preesistente e da fatto illecito; pur nella sua reticenza e complessa interpretazione e integrazione, è definita la risarcibilità del danno non patrimoniale da fatto illecito extracontrattuale; resta ancora aperta, ma la dottrina è sostanzialmente conforme anche a seguito del dettato delle sentenze di San Martino 2008, la risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto.

Tema ulteriore, su cui forse la dottrina si è soffermata di meno, sono le conseguenze dell'inquadramento contrattuale o extracontrattuale della *culpa in contrahendo* per i casi in cui le trattative avvengano tramite un rappresentante e non in prima persona.

Pertanto, se si ritiene contrattuale la *culpa in contrahendo* risulterà applicabile l'art. 1228, se si ritiene invece aquiliana si applicherà l'art. 2049.

I due articoli sono costruiti secondo un principio piuttosto simile, cioè che il *dominus* risponde per i danni cagionati dal rappresentante, ma nell'art. 1228 tale regime è disponibile alle parti, mentre la funzione di garanzia del patrimonio del *dominus* non è eliminabile, nemmeno qualora sia presente la concorde volontà delle parti.<sup>58</sup>

Tuttavia, enumerate le conseguenze che si potranno trarre dalla scelta del modello, occorre interrompere l'analisi a questo punto, per evitare di incorrere nel problema di anteporre il *posterius* al *prius*.

Viceversa, per esprimere un'opzione in favore del modello contrattuale, di quello extracontrattuale, del *tertium genus* o della teoria eclettica occorre affrontare la questione da un punto di vista della dogmatica giuridica.

---

<sup>58</sup> BIANCA, op. cit., 159ss., e, in giurisprudenza, Trib. Firenze, 15-XI-1957, in *Rep. F. It.* 58, *Obbl. e contr.*, 97.

### **2.13 Il rifiuto del modello del *tertium genus***

Ritengo che il modello del *tertium genus* di responsabilità possa essere appagante esclusivamente da un punto di vista di buon senso atecnico, ma non regga alla stregua della dogmatica e della sistematica del nostro codice.

Se si segue la teorica per cui questo *tertium genus* è disciplinato dalle sole norme presenti agli articoli 1337 e 1338, questa terza figura di responsabilità sarebbe normata solo in riferimento alla delimitazione dei soggetti (le aspiranti parti di un contratto), al contesto in cui sia applicabile (non prima delle trattative e non dopo la formazione del contratto), e alla condotta che l'ordinamento prevede (corrispondente a buona fede oggettiva), di cui il regime della mancata notificazione delle informazioni è un esempio. Meno profili ancora sarebbero disciplinati se si assumesse come solo articolo pertinente al problema in esame il 1337.

Viceversa, bisognerebbe immediatamente ricercare le norme di chiusura del sistema o altre norme da applicare in via analogica in riferimento alla durata del termine di prescrizione, al regime dei danni prevedibili e non prevedibili, alla distribuzione dell'onere della prova, al problema della mora, alle prove liberatorie, alle scriminanti, al computo del danno.

Sarebbe dunque solo apparentemente appagante ritenere applicabile un sistema tutt'affatto particolare, più specifico rispetto alla clausola generale del 2043, c.c., valida anche fra sconosciuti, e diverso rispetto al regime applicabile quando un contratto è già stato perfezionato.

Tuttavia tale sistema finirebbe per doversi ricondurre, di volta in volta e senza un *pattern* prevedibile,<sup>59</sup> a un altro microsistema di responsabilità civile, e il problema sarebbe tutt'altro che risolto.

---

<sup>59</sup> Sono osservazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2006, p. 465.

Altri notano che la creazione, *rectius* la costruzione, di un sistema, ha senso quando le conseguenze possano essere rilevanti, mentre il disaccoppiamento della *culpa in contrahendo* sia dalla responsabilità ex 1218 sia da quella ex 2043 porterebbe, come unico *novum*, come unico elemento di caratterizzazione, un diverso termine prescrizione, mentre l'*onus probandi* rimarrebbe quello della responsabilità aquiliana generale, a carico dell'attore.<sup>60</sup>

Altri infine, da un punto di vista di dogmatica generale, si dicono contrari alla teoria del *tertium genus* in quanto, nel nostro ordinamento, non si potrebbe immaginare nulla che stia tra un'obbligazione specifica e un obbligo generico.<sup>61</sup>

Secondo tale teoria, dunque, essendo solo due le situazioni giuridiche soggettive, non più di due possono essere le responsabilità; quantunque si possa affermare che peccchi di astrazione e letteralità, la teoria è solida e seria.

---

<sup>60</sup> FIGLIARINO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Esi, Napoli 1999, p. 224.

<sup>61</sup> BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000.

### **2.14 Il rifiuto delle teorie eclettiche classiche**

Considerazioni più o meno paragonabili si possono svolgere nei confronti della teoria eclettica, o meglio delle varie costruzioni che via via hanno assegnato il ruolo talvolta contrattuale, talvolta extracontrattuale alla *culpa in contrahendo*. Ritengo infatti di rifiutare le costruzioni classiche e di essere possibilista verso la teorica contemporanea di Rovelli.

Ribadendo che mi associo all'ermeneutica della continuità, cioè a quella che spinge a considerare l'art. 1338 come specificativo del 1337, per le ragioni di cui sopra, automaticamente alcune versioni della teoria eclettica vengono escluse; in particolare, quelle che leggono uno iato fra gli artt. 1337 e 1338.

In altre parole, le teorie eclettiche "forti" o "sostanziali" a mio parere sono da escludersi perché, in ultima analisi, verrebbe a mancare la certezza del diritto.



Come altrove notato, l'occorrenza del termine "responsabilità precontrattuale" all'interno del dettato del codice civile avviene nella rubrica di un solo articolo: viceversa, nella prassi i casi di comportamento *lato sensu* "deplorable" durante le trattative e la formazione del contratto sono molteplici.

Dunque, non pare di rintracciare alcun indicatore che sotto il termine comune di responsabilità precontrattuale il legislatore abbia voluto intendere l'applicabilità di due regimi diversi.

Non solo: visto l'emergere, col passare del tempo, di nuove ipotesi di responsabilità precontrattuale, vista la natura di clausola aperta del 1337, ogni volta bisognerebbe stabilire se il caso *de quo* appartenga al modello contrattuale o extracontrattuale, tramite un formante giurisprudenziale, il che è palesemente un *absurdum*.

La *rule of thumb* offerta da Polacco è criticabile in quanto non sembra aver ben compreso il principio per cui non si ha responsabilità contrattuale solo in presenza di un contratto, e perché nella sua ovvia semplificazione non è perspicua, nonché proprio dubbia in un paio di punti, come spiegato sopra.

Viceversa, più condivisibile appare la costruzione "debole" o "processuale" di Rovelli.

L'autore, in sintesi, si associa alla teoria contrattuale, ma ritiene che in certi casi, quando ci sia la lesione di un bene della vita rilevante a prescindere, sia ammissibile il cumulo di azioni, e la giurisprudenza è sembrata dargli ragione.

Questa ottica, più attenta ai *remedies* che ai *rights*, è illuminata e moderna, e, pur non condividendo il postulato di partenza, cioè che come regola base la responsabilità sia contrattuale, apprezzo i pregi del costrutto di Rovelli.

Egli garantisce unità dal punto di vista concettuale alla *culpa in contrahendo*, obbedendo in questo al dato testuale, ma garantisce in certi casi, il cui discrimine è chiaramente distinguibile, una tutela rafforzata.

Tuttavia, a ben ragionare, ciò non aiuta a risolvere il problema della natura della responsabilità precontrattuale.

Che le Corti italiane concedano il cumulo di azioni, in particolari casi, va a tutela della parte danneggiata, ma non permette di risolvere in maniera del tutto appagante il problema dal punto di vista dogmatico.

Se infatti venisse la tentazione di applicare anche al profilo sostanziale questo risultato processuale, incorreremmo nell'assurdo di una disciplina unitaria (sul codice) della *culpa in contrahendo* che diverrebbe in realtà molteplice e imprevedibile.

La teoria di Rovelli, in sintesi, risulta concretamente equa per la tutela delle parti, ma insoddisfacente da un punto di vista dogmatico.

### **2.15 In favore del modello extracontrattuale. Violazione di un obbligo contra inadempimento di un'obbligazione**

Rifiutata in maniera abbastanza celere la teoria del *tertium genus* e la versione "forte" o "sostanziale" della teoria eclettica, resta l'opzione di fondo fra teoria contrattuale e teoria extracontrattuale.

A mio avviso la scelta dell'inquadramento nel modello extracontrattuale è più coerente dal punto di vista sistematico, più snella, più immediata e più vicina al tenore testuale; le conseguenze operazionali di ciò emergeranno in seguito.

Tutto il ragionamento si impernia sulla lettura del combinato disposto dell'art. 1173, dell'art. 1337 e dell'art. 2043, tralasciando per il momento l'art. 1338 coerentemente con l'ermeneutica della continuità che ho scelto in precedenza.

Poiché stiamo parlando di responsabilità precontrattuale, per prassi e a seguito della rubrica dell'art. 1337, e la responsabilità è il termine che assiste e segue il debito, bisogna cercare la fonte dell'obbligazione.

E' da escludersi che la fonte della responsabilità di cui stiamo parlando sia da rintracciarsi nella terza parte dell'art. 1173: tale clausola aperta ha ragioni storiche tutt'affatto diverse.

Restano percorribili le vie del 1218 e 2043. Si può a mio avviso argomentare che il contratto, come congegnato nel nostro ordinamento, è l'evenienza topica dell'autonomia privata nel diritto civile, e si noti sin d'ora che l'art. 1173 non ha scelto formule più late come "l'attività negoziale" o "l'attività contrattuale".

Tramite il contratto le parti scelgono non solo di perseguire obiettivi personali, individuali o commerciali, per una utilità economica che cercano, ma anche divengono soggette a doveri nuovi, che prima non esistevano, e titolari di diritti, che prima non spettavano loro.

Certamente in senso atecnico, ma per il beneficio della spiegazione, le parti, tramite un contratto, creano un contesto che partecipa, seppure in parte, ai caratteri di un ordinamento giuridico aggiuntivo.

Ai fini che ci interessano, e allo stato attuale, il regime di responsabilità presenta delle differenze che legittimamente scattano solo in ragione del perfezionamento di un contratto e dopo di esso.

Perciò, mi sembra del tutto incoerente anticipare il regime delle tutele risarcitorie, nel nome e nelle particolarità, al periodo anteriore a questo momento di importanza fondamentale.

In altre parole, il codice ha affidato questo potere di parziale modifica della normazione cui i soggetti sono sottoposti, solo al contratto, e non, genericamente alle "trattative antecedenti allo stesso", dunque applicare la norma in analogia mi sembra erroneo.

Esclusa la terza parte dell'art. 1173, ed esclusa la percorribilità della prima parte, resta solo la via del fatto illecito. Può quindi, allo stato attuale, fissarsi che la responsabilità precontrattuale assiste un'obbligazione la cui fonte è ovviamente prevista dall'art. 1173, e in particolare dalla disposizione in cui prevede che il fatto illecito è fonte di obbligazione, dunque di responsabilità.

Tale obbligazione, che nasce in capo a chi ha commesso un fatto illecito produttivo di danno, rintraccia la sua origine nella violazione, in capo a lui<sup>62</sup> o fittiziamente in capo a lui a seguito di legami relazionali,<sup>63</sup> dell'obbligo generale di *neminem laedere*, cioè di non causare depauperamenti non giustificati nella sfera giuridica altrui.

E' quindi possibile leggere un *pattern* logico di questo tipo: ciascuno dei consociati, per il solo fatto di essere un soggetto di diritto dell'ordinamento giuridico statale, vede in capo a sé, tra gli altri obblighi, anche quello di *neminem laedere*.<sup>64</sup>

Qualora tale obbligo sia stato rispettato dal soggetto *de quo*, *nulla quaestio* per il diritto: la disposizione ha sviluppato il suo effetto più pieno. Qualora invece venga violato, il soggetto che prima non era parte di alcuna obbligazione, diventa debitore in virtù della seconda parte dell'art. 1173.

---

<sup>62</sup> Nel caso generale dell'art. 2043 e in alcuni dei casi aggravati di responsabilità civile.

<sup>63</sup> Come nei casi di responsabilità per fatto altrui o per fatto della cosa.

<sup>64</sup> Non risulta affatto pertinente all'analisi in esame riflettere se il termine *neminem laedere* gode effettivamente di dignità scientifica, oppure è un termine ombrello che raggruppa una serie indefinita di obblighi, come sostiene MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. La conseguenza, infatti, è del tutto analoga.

Viceversa, la responsabilità contrattuale si applica all'inadempimento di obbligazione preesistente, e segnatamente, nel più frequente dei casi, al caso di contratto concluso.

In questo modo l'art. 1337 finisce per essere un'ipotesi speciale di responsabilità aquiliana che solo per comodità sistematica non si trova nel titolo IX del libro IV.

E a ben riflettere, il concetto di buona fede all'interno di un comportamento non pertiene al profilo sostanziale, ma non può che riferirsi a quello modale. Non specifica quale tipo di *dare*, di *facere* o di *non facere* dev'essere svolto, ma stabilisce, senza entrare nel merito, che è richiesto uno *standard* di condotta elevato.

Risulterebbe impossibile valutare al momento dell'origine dell'obbligazione cosa corrisponda a buona fede e cosa no, ma tutt'al più fornire dei parametri di massima: la valutazione della correttezza di un comportamento non può che avvenire in concreto, dopo che tale comportamento sia stato tenuto e ci sia stata una doglianza di un soggetto.



Semplificando al massimo, il comportarsi secondo scorrettezza, nelle situazioni contemplate nell'art. 1337, è un fatto illecito aquiliano, in quanto chi abbandona la via della correttezza viola il principio di *neminem laedere*.

### **2.16 Il titolo IX, libro IV, come clausola generale e non come regola di responsabilità fra sconosciuti**

Il grande iato logico da superare per corroborare questa teoria è mantenere salda l'interpretazione dell'art. 2043 e del microsistema che a esso segue non come un insieme di disposizioni che devono regolare la responsabilità tra sconosciuti, ma come una clausola generale.

E' indubbio che il titolo IX del libro IV si occupa preminentemente della responsabilità intercorrente fra sconosciuti, a seguito di interferenze tra le sfere giuridiche di più soggetti prima non legati da alcuna obbligazione, anche perché, statisticamente, lo strumento principe con le quali le parti desiderano instaurare obbligazioni fra loro è il contratto.

Tuttavia nessun dato testuale impedisce che il microsistema della responsabilità aquiliana possa applicarsi anche a soggetti che siano precedentemente entrati in relazione fra loro.

Pertanto, qualora il danno che una parte abbia inferto all'altra sia dovuto al non perfetto adempimento di un'obbligazione, il più delle volte originata da un contratto, sarà applicabile il regime di cui agli artt. 1218 e seguenti.

Viceversa, gli articoli presenti al titolo IX del libro IV fungono da regole generali, per così dire da norme di chiusura del sistema, che riguardano singole attività o relazioni, o, il 2043, una regola ancora più generale, in cui un soggetto può causare pregiudizio a un altro.

L'argomentazione secondo cui il titolo IX non sia esclusivamente compatibile con la responsabilità del passante trova conferma in molteplici casi.

Infatti, non sono infrequenti le fattispecie in cui, a seguito di particolari violazioni e pregiudizi, viene concesso il cumulo di azioni:<sup>65</sup> giustamente Rovelli non ha abbracciato una teoria eclettica sostanziale, ma ha ribadito che le norme sul danno aquiliano non servono solo a tutelare i beni della vita dalle lesioni operate da uno sconosciuto, bensì a tutelare quelle situazioni giuridiche preesistenti e protette verso la generalità dei consociati.

---

<sup>65</sup> La voce contraria della nota Cass. Sezz. Unn. 26972/2008 verrà analizzata in sede di conclusioni.

Peraltro, anche e soprattutto i formanti legislativi permettono di sostenere questa tesi. L'art. 11 del Codice sul trattamento dei dati personali evoca testualmente la correttezza,<sup>66</sup> ma l'art. 15 dello stesso decreto richiama la responsabilità aquiliana, nella fattispecie il regime della responsabilità per attività pericolosa.<sup>67</sup> Fra il titolare dei dati personali e il soggetto che li manipola solo a volte intercorre un contratto, nella maggior parte dei casi nemmeno quello, eppure sarebbe arduo dimostrare che si collochino l'uno come un "passante sconosciuto" nei confronti dell'altro. E nondimeno, pure in ambito extracontrattuale, si parla di correttezza, cioè di buona fede oggettiva. Pare dunque superato il dogma in virtù del quale la b. f. oggettiva sia uno *standard* di comportamento di pertinenza esclusiva dell'adempimento di obbligazione preesistente.

---

<sup>66</sup> "I dati personali oggetto di trattamento sono: a) trattati in modo lecito e secondo correttezza..."

<sup>67</sup> "Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11."

Occorrenze simili si possono trovare in tema di art. 2598, n. 3, Codice civile (sulla concorrenza sleale):<sup>68</sup> anche qui viene imposta la correttezza fra soggetti che non sono legati da obbligazioni, tantomeno da un contratto, ma che non sono meri sconosciuti fra loro.

Analogamente l'art. 6 della legge 14 aprile 1975, n. 103<sup>69</sup> in tema di radio, l'art. 10, d. P. R. 11 luglio 1980, n. 753<sup>70</sup> in tema di personale ferroviario, nonché art. 28, comma 1, lettera a)<sup>71</sup> del Testo unico sulla finanza.

---

<sup>68</sup> "Compie atti di concorrenza sleale chiunque... si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale."

<sup>69</sup> "I soggetti ammessi all'accesso devono, nella libera manifestazione del loro pensiero, osservare i principi dell'ordinamento costituzionale, e tra essi in particolare quelli relativi alla tutela della dignità della persona nonché della lealtà e della correttezza..." E' particolarmente interessante osservare che questa legge definisce *de plano*, tramite le parole "tra essi", la tutela della lealtà e della correttezza fra i principi dell'ordinamento costituzionale. A onor del vero, rintracciare l'ancoraggio in Costituzione della buona fede oggettiva non è né semplice né immediato, ma questa dichiarazione può essere assunta come un punto a favore.

<sup>70</sup> "...Nei rapporti con il pubblico il personale stesso è tenuto ad usare la massima correttezza..."

<sup>71</sup> "Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati".

Del resto, ben difficilmente si potrebbe negare che sussista la relazionalità, cioè che non ci si trovi in un rapporto fra sconosciuti, in tema di attività del giornalista o contesti endofamiliari, pur essendo sicuramente non contrattuale la responsabilità che ne deriva.

Più in generale, sarebbe pericoloso ammettere che il carattere della relazionalità, in opposizione a quello della mancata conoscenza fra i due soggetti, danneggiato e responsabile, possa fungere da scriminante fra responsabilità ex 1218 ed ex 2043.

Infatti, si finirebbe per trascurare del tutto il principio di uguaglianza nel suo significato più pieno, trattando casi pressoché uguali in modo diverso, e viceversa.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Icastico il "paradosso del fotoreporter" formulato da NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in LIPARI, RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. IV, tomo III, Giuffrè, Milano 2009, p. 237.

## **2.17 Onere della prova, elemento soggettivo e ingiustizia del danno**

Uno degli argomenti che più tradizionalmente si portano a difesa della tesi contrattuale e che appare d'ostacolo ad abbracciare quella extracontrattuale sono le regole di ripartizione dell'onere della prova e di attribuzione dell'elemento soggettivo, che apparentemente sono simili tra art. 1218 e 1337, e del tutto diverse nell'art. 2043.

Tuttavia il fatto che negli artt. 1337 e 1338 sussista una distribuzione dell'onere della prova diversa da quella contemplata nella regola residuale del 2043, a mio avviso, in questo confortato da molta dottrina,<sup>73</sup> e contrariamente al noto pensiero di Mengoni, non prova nulla.

---

<sup>73</sup> BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, 1991, 3.,

*Id.*, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 571; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1186 ss., DI MAJO A., voce *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 16.

Infatti, le fattispecie presenti nel titolo IX, variamente denominate come fonti di responsabilità aggravata, o per fatto altrui, assegnano una diversa ripartizione dell'*onus probandi*, e sarebbe piuttosto difficile argomentare che non siano disposizioni in tema di danno extracontrattuale.

Il legislatore ha voluto infatti che, vista la gravità di particolari attività economiche, fosse più efficiente ed efficace stabilire una presunzione di colpa in capo al convenuto, e onerare lo stesso di una dimostrazione più o meno facile per andare esente da responsabilità.

Ebbene, nulla potrebbe far escludere che, a seguito del dettato dell'art. 1337, la *culpa in contrahendo* vada considerata come una fattispecie speciale del 2043, e l'onere della prova si giochi sulla buona fede (visto che *tertium non datur*) e non segnatamente sul dolo e sulla colpa.

In altre parole, il principio generalissimo di *neminem laedere*, nel caso generale del 2043 assumerebbe i requisiti di agire senza dolo e senza colpa, nel caso del 2050 di assumere tutti i provvedimenti necessari per scongiurare il pericolo, nel caso del 1337 di agire in buona fede.



Come si vede, a seconda delle attività in cui un soggetto, non parte o non ancora parte di un contratto, sia coinvolto, l'obbligo di non nuocere alle sfere giuridiche altrui non è sempre così generico, tanto che, ancora prima di prendere in considerazione le trattative e la formazione dell'accordo, è fatta richiesta di mantenere dei comportamenti via via più tipizzati, pur senza entrare nell'ambito della *solutio alicuius rei*.

In tutto questo l'articolo 1338, specificativo del precedente a seguito dell'opzione in favore dell'ermeneutica della continuità, presenterebbe una ripartizione dell'onere della prova in direzione di un aggravamento dello stesso, in quanto dalla buona fede si dovrebbe tornare a ragionare di colpa e scusabilità dell'ignoranza.

Ma ciò, una volta di più, non deve dare alcuna preoccupazione, in quanto come gli articoli successivi al 2043, specificativi poiché riferiti a situazioni aggravate rispetto allo stesso, presentano una diversa ripartizione dell'*onus probandi*, più favorevole alla parte attrice, così il 1338 rispetto al 1337.

Dopo aver preso in considerazione la distribuzione dell'onere della prova, bisogna studiare il profilo dell'elemento soggettivo di per sé considerato all'interno dell'art. 1337, per trovare conferma nella collocazione aquiliana della responsabilità.

L'orientamento prevalente della dottrina è che, qualsiasi natura si scelga di affidare alla responsabilità precontrattuale, la responsabilità sarebbe subordinata alla sussistenza del dolo o della colpa, come quella aquiliana basilare.<sup>74</sup>

Pertanto sarebbe sempre una responsabilità soggettiva, il che è molto coerente con la natura extracontrattuale della stessa che la maggioranza della giurisprudenza comunque abbraccia, e si riesce comunque a conciliare con l'inquadramento dentro lo schema contrattuale.

Altri seguono la teoria che sia una responsabilità soggettiva, ma alzano la soglia dell'elemento soggettivo, prescrivendo che sia il dolo, e non la semplice colpa, a stabilire la punibilità.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 22ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 211; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 157; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 176.

<sup>75</sup> MESSINEO, *Il contratto*, in *Enc. Dir.*, 1961, p. 848.

In questo modo la responsabilità precontrattuale si avvicinerebbe al *pattern* della responsabilità penale per i delitti, la stragrande maggioranza delle fattispecie costitutive dei quali ha bisogno di integrare il dolo.

Tuttavia è una teorica che non persuade, perché tutt'affatto estranea al diritto dei privati in primo luogo, in quanto non è solitamente tipico del giure civile graduare fra dolo e colpa.

In secondo luogo, perché la regola generale della responsabilità civile non distingue fra dolo e colpa, né quella generale sulla responsabilità del debitore.

In terzo luogo, perché se la colpa non integrasse la responsabilità, nemmeno se grave, non ci sarebbe un effetto disincentivante sufficiente, e troppe lesioni dei beni giuridici non andrebbero risarcite, a spregio del principio di cui al brocardo *culpa lata dolo aequiparatur*.

Altra parte ancora della dottrina si orienta verso la responsabilità oggettiva, senza che siano richiesti né dolo né colpa.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. SB.*, 319, e MERUZZI, *op. ultima cit.*, pp. 113ss.

Tale costrutto si avvicina a certe fattispecie, di cui l'esempio più tipico è quello del 2049 c.c., ma che è il *fil rouge* generale delle ipotesi speciali previste dall'art. 2047 all'art. 2054.

Altra dottrina, infine, può essere considerata come mista, in quanto ritiene che talvolta siamo in presenza di responsabilità oggettiva, talvolta vada dimostrato l'elemento soggettivo.<sup>77</sup>

A mio avviso il discorso sulla necessità, eventualità o non necessità della dimostrazione dell'elemento soggettivo nella responsabilità precontrattuale merita di essere affrontato da un punto di vista diverso.

---

<sup>77</sup> AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 15ss., 90ss., 95ss., 118ss., 125ss. In giurisprudenza, Cass. 2525/2006, Cass. 8723/2004, Cass. 12147/2002, e, in tema di ripartizione dell'onere della prova dell'elemento soggettivo, Cass. 1163/1995, Cass. 340/1988, Cass. 2224/1967.

In primo luogo, va puntualizzato che l'inquadramento nel sistema dell'inadempimento di obbligazione preesistente, in quello extracontrattuale, in un terzo genere o in una posizione intermedia è un *prius* logico dei ragionamenti sull'elemento soggettivo. Sarebbe un anteporre la parte al tutto, o, in lessico da economisti, un errore di composizione, il permettere all'elemento soggettivo di influenzare la sistematica generale della responsabilità precontrattuale.

Per converso, in secondo luogo, ritengo che l'aver assegnato alla culpa *in contrahendo* natura extracontrattuale non debba contribuire alla formazione di pregiudizi in ordine all'elemento soggettivo. Come anticipato sopra, l'elemento soggettivo non è tipico di tutte le previsioni normative in tema di responsabilità aquiliana, ma eminentemente della (sola) regola generale dell'art. 2043.

Postulati questi due concetti, l'inquadramento extracontrattuale della responsabilità, risulta coerente col fatto che nel 1218 l'elemento soggettivo si presume salvo prova contraria, mentre nel 2043 vige l'esatto contrario, e l'art. 1337 ha un sapore molto più simile al 2043.

Ebbene, fra mancanza di buona fede, nel senso oggettivo di scorrettezza e/o slealtà, ed elemento soggettivo, ossia dolo o colpa, c'è un nesso molto più forte di quanto la dottrina tradizionale abbia ritenuto.

Infatti, limitatamente alla regola generale di cui all'art. 1337, un comportamento scorretto o sleale, che possa di volta in volta concretarsi in *deficit* di informazione, di custodia, di chiarezza, di mantenimento dei segreti, di compimento degli atti necessari per la validità del contratto, e così via, ha in sé un elemento soggettivo.

Dunque, stando al tenore testuale dell'art. 1337, la parte attrice e pretesa danneggiata è tenuta a provare il danno e la scorrettezza.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Esulerebbe dall'analisi, pur risultando un argomento assai interessante, la riflessione se sia ancora valido il principio in ossequio al quale la buona fede si presume. Ci si potrebbe anche porre la domanda se si presume solo in tema di possesso o anche in linea generale. Per qualche riflessione, da ultimo MAZZON, *Portata generale del principio di presunzione di buona fede*, in *Persona e danno*, 2012, già

La prova della scorrettezza si riduce prevalentemente a un elemento soggettivo, perché la stessa consiste in un comportamento che l'ordinamento disapprova, accoppiato con il dolo, o quanto meno un grado discreto di colpa, tale da superare quel minimo di adattamento e solidarietà che la Costituzione obbliga chiunque a tollerare secondo il suo articolo 2.<sup>79</sup>

Perciò se chi agisce ex art. 2043 deve provare, secondo dottrina consolidata, fra gli altri aspetti, l'elemento soggettivo specificamente, chi agisce ex art. 1337, onerato di provare la scorrettezza, provando la stessa dimostra automaticamente l'elemento soggettivo, consistente nel dolo o in una colpa sufficientemente caratterizzata.

Verrebbe quindi da associarsi contemporaneamente sia alla tesi che prevede la necessità dell'elemento soggettivo, sia a quella della responsabilità oggettiva, che chiede la scorrettezza. Poiché essa non può prescindere da dolo o colpa, hanno entrambe ragione e, in ultima analisi, quello che ci siamo ponendo è un falso problema.

---

in *Il possesso. Usucapione, azioni di reintegrazione e di manutenzione, denuncia di nuova opera e di danno temuto*, Cedam, Padova 2011.

<sup>79</sup> Sono principi espressi soprattutto nella fondamentale sentenza Cass. Sezz. Unn., 26972/2008.

Piuttosto diverso è il regime previsto dall'art. 1338. Ho seguito la tesi per cui il 1338 è principalmente una specificazione dell'art. 1337, e fornisce una normativa speciale in grado di disciplinare uno, fra i molti possibili, illeciti precontrattuali che possono essere commessi.

Ebbene, a fronte dell'illecito precontrattuale consistente nella mancata comunicazione alla controparte di cause di invalidità del negozio, pur conoscendole o dovendole conoscere, viene stabilita una regola speciale, e la specialità in particolare si incarna nell'elemento soggettivo.

Infatti tale speciale disposizione è innanzitutto molto più chiara in tema di dolo e colpa, stabilendo che, per darsi adito a un'obbligazione risarcitoria, è richiesta la mancanza di colpa del danneggiato e viceversa sufficiente una colpa non caratterizzata in modo più aggravato in capo al danneggiante.



Come accennato prima, dunque, l'art. 1338 prevede un regime più favorevole alla parte attrice, e la scelta del legislatore in tale direzione è motivata dal fatto che, fra i diversi illeciti precontrattuali che possono essere compiuti, il non dare contezza alla controparte delle potenziali cause di invalidità è visto come una mancanza talmente grave da meritare non solo esplicita menzione ma anche un regime differenziato.

Sarebbe erroneo, peraltro, sostenere che nel 1337 manca un regime esplicito dell'elemento soggettivo, che invece è presente nel 1338, dunque, per l'ermeneutica della continuità il regime esplicitato nel 1338 vada applicato anche al 1337: lo impedisce il divieto di applicazione in analogia di leggi speciali.

Molto più rapido è il discorso in termini di ingiustizia del danno.

Nell'art. 1218 l'inadempimento o il ritardo sono *in re ipsa* ingiusti, senza necessità che l'attore dimostri l'antigiuridicità obiettiva, ma solo l'inadempimento; viceversa nell'art. 2043 e in tutte le fattispecie speciali di responsabilità aquiliana l'ingiustizia del danno va allegata e provata, volta per volta, dall'attore, secondo i ben noti canoni di *non iure* e *contra ius*.

Questo è un'indicazione ulteriore della maggiore somiglianza fra responsabilità precontrattuale ed extracontrattuale, piuttosto che di contiguità fra 1218 e 1337: la lesione di un affidamento precontrattuale si presta ad essere dimostrata come ingiusta volta per volta, ed, essendo molteplici e non tipizzate le evenienze della stessa, non si può assumere una logica, come nel caso dell'inadempimento, che a un fatto tipico associa senza possibilità di prova contraria il canone dell'ingiustizia e della risarcibilità.

## **2.18 La culpa in contrahendo come danno meramente patrimoniale**

Fra le tendenze attuali del diritto italiano delle responsabilità civili c'è la riflessione sulla configurabilità nel sistema nazionale di un danno meramente patrimoniale, nonché, ammessa la configurabilità, di una necessità o facoltatività della stessa.

Esso consisterebbe in un danno da assumersi svincolato dalla precisa riferibilità alla lesione di un diritto o interesse, e per ciò trova la sua collocazione più naturale nell'area della responsabilità c.d. da inadempimento e non in quella aquiliana, visto che quest'ultima prevede il filtro dell'ingiustizia del danno, viceversa non previsto dalla precedente.

Tuttavia a mio avviso quella del danno meramente patrimoniale è una costruzione non necessaria, e a *fortiori* non necessaria per interpretare la responsabilità precontrattuale.

In primo luogo, ho assunto la *culpa in contrahendo* nell'alveo della responsabilità aquiliana e non in quella per inadempimento, quindi resta imprescindibile il ragionamento sull'antigiuridicità obiettiva.

In secondo e più generale luogo, solo un ordinamento come quello tedesco, in virtù dell'*Enumerationzsprinzip*, può avere bisogno di una teorica come quella del danno meramente patrimoniale, mentre da noi basta una semantizzazione accurata di danno *contra ius*.

In terzo luogo, come conseguenza del precedente, è possibile senza problemi riferirsi alla lesione dell'affidamento maturato dalla controparte durante lo stadio avanzato delle trattative come un danno ingiusto: ovviamente, allegazione e prova saranno in capo alla parte attrice.

### **3 PARTE TERZA: Alcune figure ai confini della responsabilità precontrattuale**

#### **3.1 *Quadro dei fenomeni***

Si è evidenziato come la responsabilità precontrattuale, disciplinata principalmente agli articoli 1337 e 1338, sia pertinente ai momenti delle trattative e della formazione dell'accordo. I due articoli citati sono da integrarsi con il microsistema presente al titolo IX del libro IV, in quanto un'evenienza particolare della responsabilità aquiliana.

Il loro inquadramento nella responsabilità extracontrattuale sembra il più corretto dal punto di vista dogmatico e sistematico e a differenza delle altre vie percorribili evita quanto più possibile ogni forzatura dei concetti, ogni creazione di *figurae iuris* non previste dal codice e tutela nella maniera migliore la certezza del diritto.

La responsabilità precontrattuale è un tema, o meglio un problema, di frontiera, da due punti di vista.

In primo luogo, da un punto di vista della vita negoziale dei soggetti giuridici, essa è il mezzo finalizzato a tutelare i consociati da comportamenti che l'ordinamento disapprova, eventualmente presenti nella fase intermedia compresa fra il rapporto tra due o più sconosciuti e tra due parti di un contratto, *rectius* due parti di cui una è già soggetta a un'obbligazione.

In secondo luogo, da un punto di vista della sistematica del diritto civile, essa è una di quelle figure la cui collocazione è incerta fra responsabilità c.d. contrattuale e responsabilità aquiliana, come, per fare qualche esempio, la vendita di prodotti difettosi, certe ipotesi nel contratto di trasporto e la responsabilità da contatto sociale qualificato in genere,<sup>80</sup> categoria quest'ultima suddivisibile in obbligazioni senza prestazione, prestazioni senza obbligazione e obblighi di protezione di fonte non contrattuale.

---

<sup>80</sup> I casi più noti sono la responsabilità sanitaria, la responsabilità dell'insegnante per le lesioni che l'allievo cagiona a se stesso, la responsabilità del mediatore per violazione dei doveri di informazione e correttezza, la responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal beneficiario, la responsabilità del già datore di lavoro per informazioni inesatte fornite al già dipendente.

Ebbene, nelle pagine che seguono si intende analizzare la collocazione fra i sistemi di responsabilità delle figure vicine alla *culpa in contrahendo* in senso sia logico sia cronologico, cioè di quei fenomeni successivi o paralleli alle mere trattative e alla formazione del consenso, ma anteriori al perfezionamento del contratto finale, ossia gli esiti patologici del patto di opzione (e della proposta irrevocabile), del patto di prelazione e l'inadempimento del contratto preliminare.

Tali atti giuridici presentano, come è noto, un carattere di vincolatività più forte di altri atti ancora, non tipizzati, come la minuta o la lettera di intenti, i quali possono a mio avviso essere inquadrati *de plano* come delle occorrenze, peraltro facoltative, all'interno delle trattative e della formazione dell'accordo.

La riflessione su questi primi temi solo apparentemente è oziosa: certo, risulta piuttosto pacifico inquadrare la responsabilità che ne consegue come contrattuale, in linea generale, ma innanzitutto alcune di queste evenienze presentano un insieme variegato di prospettive rimediali, il cui studio è interessante, e inoltre ci sono state significative sentenze che hanno introdotto possibilità di cumulo con la responsabilità aquiliana, problema che merita di essere studiato con attenzione.

In seconda battuta, si prenderanno in considerazione altri casi problematici su cui si discute se possano essere risolti con la *culpa in contrahendo*, e in generale alcune figure di frontiera tra contratto e torto forse meno analizzate di altre.

Tutto questo itinerario porterà qualche profilo di riflessione utile per le conclusioni, che come accennato proporranno qualche spunto per una formulazione più chiara e attenta del diritto delle responsabilità civili.



### **3.2 La violazione del patto di opzione**

Il patto di opzione è una delle tre canoniche figure di accordo finalizzato al perfezionamento di un contratto. Se si desiderasse porre queste tre figure in una graduatoria di aggravamento,<sup>81</sup> in una sorta di gradiente logico che parte con le mere trattative e termina con il perfezionamento del contratto definitivo, il patto di opzione è l'evenienza più semplice.

Esso è un accordo con il quale una delle aspiranti parti formula una proposta contrattuale, che, previo consenso (ed eventuale dazione di un corrispettivo) della controparte, risulta irrevocabile per un dato periodo di tempo.

---

<sup>81</sup> BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Giuffrè, Milano 2008.

Durante questo periodo la libertà negoziale del proponente del patto d'opzione è sminuita e degrada a soggezione, mentre il destinatario del patto è invogliato a concludere l'affare in quanto può prendere in considerazione i *pro* e i *contro* del negozio con tranquillità molto maggiore di quanta ne avrebbe in assenza del patto. La situazione giuridica soggettiva di quest'ultimo si evolve verso un diritto potestativo che ha come contenuto una facoltà, insindacabile per definizione, di scelta.

Vale la pena puntualizzare come il patto di opzione si differenzi dalla proposta irrevocabile, in quanto quest'ultima è con tutta probabilità un atto unilaterale, mentre il precedente richiede il consenso della controparte.<sup>82</sup>

All'atto pratico la disciplina delle due figure è piuttosto simile, tuttavia mette conto ricordare una differenza operativa: se manca la determinazione del termine nella proposta unilateralmente irrevocabile, essa degrada a proposta semplice; se, invece, manca la fissazione di un termine nel patto di opzione, funzione del giudice è stabilire il termine.

---

<sup>82</sup> Nonché, come accennato, è possibile una corresponsione monetaria.

Il patto di opzione è pertanto, e nonostante il nome che gli viene abitualmente attribuito dalla dottrina, un contratto *stricto sensu*, che ha come oggetto il conferimento a una proposta contrattuale del carattere di irrevocabilità, per un certo periodo.

Come facilmente immaginabile, quando nelle trattative di un contratto viene inserito un patto di opzione, gli esiti possono essere vari, di cui alcuni fisiologici e almeno uno patologico.

Il primo esito fisiologico, per così dire pienamente soddisfattivo (in senso atecnico), si ha quando il destinatario del patto di opzione sceglie di avvalersene: *tempore curso et re bene perpensa*, ha ritenuto favorevole il negozio anche per sé: il contratto (*scilicet* definitivo) sarà dunque concluso secondo il *desideratum* di entrambi.

Secondo esito fisiologico, per così dire parzialmente soddisfattivo (in senso atecnico), si ha quando la parte destinataria del patto dopo opportune riflessioni decide di rifiutare la proposta contrattuale. Il contratto finale<sup>83</sup> non verrà perfezionato, immaginabilmente contro il *desideratum* del promittente, ma questa contrarietà è del tutto irrilevante ai fini del diritto.

L'esito patologico principale è quello che si verifica quando la parte che ha proposto il patto di opzione, dopo l'accettazione e dunque nel vigore dello stesso, ovviamente entro il termine, assume un comportamento contrario allo stesso.

Tali comportamenti possono essere i più diversi: dalla materiale distruzione del bene, alla sua alienazione a terzi, alla costituzione di diritti reali minori incompatibili con il diritto trasferendo.

Vale la pena sottolineare come un esito patologico del patto di opzione possa essere procurato solamente per azione della parte che si obbliga, viceversa i comportamenti del destinatario dello stesso non sono significativi a questi fini.

---

<sup>83</sup> Che così si definisce per distinguerlo da quello contenente il patto di opzione.

Vale altresì ricordare come *conditio sine qua non* per l'applicazione del regime dell'inadempimento del patto di opzione sia che il destinatario abbia dato il suo consenso allo stesso: in caso contrario, il diritto di opzione non nasce.

Ebbene, la prospettiva rimediale del caso in cui una parte, col consenso del destinatario, si sia obbligata a tenere ferma una proposta contrattuale e poi violi il patto, è ricondotta al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale.

Ora, mette conto riscontrare come il legislatore anche qui abbia peccato di un uso incauto dei termini, non delineando con la precisione che merita la distinzione fra un mero patto e un contratto.

Tuttavia è del tutto irrilevante ai fini in esame la qualificazione dell'opzione come patto o come contratto: comunque la si veda, da un patto di opzione nasce un rapporto fra una soggezione e un diritto potestativo e la responsabilità che ne scaturisce è quella che consegue all'inadempimento di un'obbligazione precedentemente originata.

Stante la riconducibilità al microsistema di cui all'art. 1218 della responsabilità originata da un comportamento del concedente il quale renda impossibile la prestazione, la dottrina si è chiesta se viga la regola *standard* del risarcimento anche dell'interesse positivo,<sup>84</sup> o se, in analogia con la responsabilità precontrattuale, sia risarcibile solo l'interesse negativo.<sup>85</sup>

Sembra non solo possibile, ma addirittura doveroso leggere uno iato, una discontinuità, fra le mere trattative, la correttezza nelle quali è assistita dalle regole sulla responsabilità precontrattuale, e il patto di opzione, che presenta un aggravamento di sicuro maggiore.

Pertanto, non sembra pertinente l'applicazione al caso di specie della figura dell'interesse negativo: a seguito di manifestazione della volontà della parte beneficiaria del patto di opzione, la conseguenza fisiologica sarebbe stata il perfezionamento del contratto, con la conseguente risarcibilità, in caso di esito patologico, anche dell'interesse positivo.

---

<sup>84</sup> GABRIELLI, *Opzione*, Enc. Giur. Treccani, 5.

<sup>85</sup> BIANCA, *Il contr.*, cit., p. 264.

Non solo, ritenere applicabile la regola dell'interesse negativo per la responsabilità di chi ha promesso e poi violato il patto di opzione rischierebbe di far pensare che la sua responsabilità sia precontrattuale<sup>86</sup>, il che è palesemente un assurdo perché, che il patto di opzione sia un vero patto o che sia un contratto, è fonte di obbligazione ai sensi dell'art. 1173, e la sua violazione causa responsabilità ai sensi del 1218.

Chi argomenta<sup>87</sup> che, quando si parla di patto di opzione, un contratto deve ancora venire perfezionato, e dunque è impossibile parlare di responsabilità contrattuale, ma solo precontrattuale, sembra ricadere nell'equivoco lessicale di cui sopra.

Responsabilità contrattuale significa responsabilità per inadempimento di obbligazioni preesistenti e non sempre e solo responsabilità per inadempimento contrattuale, quindi in questo caso non bisogna ragionare sul contratto futuro, che ovviamente non esiste, ma sul patto (o contratto) di opzione, che invece esiste.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> VIOLA, *Il contratto*, Utet, Milano 2009, p. 241.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Molto ragionevolmente MUSIO e NADDEO, *La compravendita*, Utet, Milano 2008, p. 152, dove ulteriore dottrina e giurisprudenza. V. anche GRANELLI, *Trattato del contratto*, Vol. 1, Giuffrè, Milano 2006, p. 397 e GAMEARO e MORELLO, *Lezioni di*

Viceversa, è del tutto normale che la parte beneficiaria del patto, qualora tenga un comportamento in grado di ingenerare nel promittente un ragionevole affidamento circa la futura conclusione del contratto, e poi dichiararsi di non accettare o comunque non accetti nel termine stabilito, si renda responsabile (comunque) a titolo precontrattuale, *ex latere suo*.<sup>89</sup>

Infatti, come sopra accennato, colui che offre il patto di opzione sceglie che la propria situazione giuridica soggettiva degradi mentre quella del promissario si espanda. Tuttavia, se anche le trattative non si svolgono secondo le (sole) usuali regole, esse non degradano, e i canoni di cui all'art. 1337 continuano a dover informare il comportamento di entrambe, segnatamente della parte beneficiaria, per impedirle un abuso del diritto.

---

*diritto civile, Casi, questioni e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 2012, p. 101.

<sup>89</sup> Cass. 2017/1998, Cass. 10649/1994, Cass. 960/1980.



### **3.3 (segue) Il comportamento contrario a buona fede oggettiva del soggetto che ha fatto una proposta irrevocabile**

Mette conto approfondire una figura limitrofa al patto di opzione citato nel paragrafo precedente: la disciplina della proposta irrevocabile.

Una proposta può essere irrevocabile sia per disposizione di legge,<sup>90</sup> sia per previsione in un atto di autonomia privata.

Come nel caso precedente, sono possibili due esiti fisiologici: il beneficiario della proposta irrevocabile può accettarla o non accettarla.

E' altrettanto possibile il caso patologico in cui colui che ha fatto la proposta irrevocabile mantenga in seguito un comportamento incompatibile con la successiva conclusione del contratto.

Ebbene, sembra corretto ritenere il comportamento incompatibile con la proposta irrevocabile come un caso di responsabilità precontrattuale.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Un caso dalla disciplina generale dei contratti è l'art. 1333, primo comma; un caso dalla disciplina specifica dei singoli contratti è l'art. 1887, in ambito di contratto di assicurazione.

<sup>91</sup> Come è ovvio, sarebbe appagante solo da un punto di vista lessicale parlare di inadempimento dell'irrevocabilità della proposta, perché essa non costituisce un'obbligazione.

Infatti non solo sembra mancare un qualsiasi tipo di contratto, ma anche di fonte di obbligazione specifica preesistente al comportamento in senso lato illecito.

Ciò non è affatto incompatibile con la costruzione aquiliana della responsabilità precontrattuale.

Infatti, ai sensi dell'art. 2043 vige, per ogni consociato, un obbligo generale di *neminem laedere*; ai sensi dell'art. 1337, per ogni consociato che si trovi impegnato in trattative contrattuali, e poi *a fortiori* con l'avvicinamento verso la conclusione del contratto stesso, tale obbligo generico di *neminem laedere* si risemantizza in un obbligo di buona fede oggettiva, cioè di correttezza.

Nel caso specifico, a sua volta, l'obbligo di correttezza si concreta, ai sensi dell'art. 1338, nel tenere un atteggiamento del tutto esente da negligenza nel comunicare le cause di invalidità alla controparte, e, ai sensi dell'art. 1329, in obblighi diversi ancora.

Tali altri obblighi appunto sono di non depauperare il proprio patrimonio degli specifici beni, e in generale di non mettersi nelle condizioni di non dare seguito a una proposta irrevocabile, una volta che si sia emessa tale proposta.

Più chiara è la formulazione in negativo: si crea un obbligo di non emettere proposte irrevocabili se poi c'è l'intenzione o anche solo l'eventualità, la possibilità, di non mantenere un comportamento coerente con le stesse.

C'è a onor del vero chi prova a sostenere una natura contrattuale (ex art. 1218) della responsabilità in esame.<sup>92</sup>

Tuttavia la preferenza che l'Autore esprime, in favore dell'art. 1218 e a scapito dell'art. 1337, sembra motivata solo dall'esigenza di garantire un ristoro patrimoniale maggiore alla parte che ha subito il danno, in particolare di garantire non solo l'interesse negativo ma anche l'interesse positivo.

---

<sup>92</sup> GALLO, *Art. 1329*, in *Commentario del codice civile diretto da GABRIELLI*, Utet, Torino 2010, p. 350, dove ulteriori riferimenti, e analogamente in *Id.*, *Trattato del contratto, 1 - la formazione*, Utet, Torino 2010.

Tuttavia l'argomentazione non pare probante, specie in quanto (v. *infra*) la distinzione fra interesse negativo e interesse positivo sembra ormai priva di autentica dignità scientifica, ma anzi foriera di equivoci.

Sembra possibile invece ritenere che anche inquadrando la responsabilità per comportamento incompatibile con l'irrevocabilità della proposta contrattuale come *culpa in contrahendo* la parte danneggiata sia *in toto* risarcita.

Non solo: questa soluzione permetterebbe una migliore coerenza sistematica, perché per far sì che l'inadempimento di proposta irrevocabile dia adito a responsabilità contrattuale bisogna stabilire che tale proposta sia fonte di obbligazione.

E viceversa, non pare facile trovare un ancoraggio all'art. 1173 per la proposta irrevocabile, a meno che non si chiami in causa la teorica del negozio unilaterale o del patto unilaterale. Risulta molto più snello intendere che, ai sensi del 1329, il proponente che rivesta la proposta del carattere di irrevocabilità assuma un "obbligo" in più, uno *standard* comportamentale più severo ancora di quello prescritto dall'art. 1337, ma non un'obbligazione.

Ulteriore argomento per difendere la precontrattualità della responsabilità di chi tiene un comportamento incompatibile con l'irrevocabilità di una proposta contrattuale è il seguente.

Se si assegnasse natura contrattuale alla responsabilità di chi viola l'irrevocabilità di una proposta, tal quale alla responsabilità di chi assume comportamenti incompatibili con un patto di opzione, verrebbe a scomparire la differenza fra i due istituti.

*Rectius*, la differenza permarrebbe solo per quanto riguarda la disciplina da applicarsi in mancanza del termine.

Tale sarebbe un profilo troppo contenuto per giustificare che il nostro legislatore ha previsto due istituti: viceversa, assumendo la prospettiva rimediale del patto di opzione come responsabilità contrattuale e quella della proposta irrevocabile come responsabilità precontrattuale si riesce a riempire di contenuto la distinzione inequivocabilmente desiderata dal legislatore.

### **3.4 La violazione del patto di prelazione**

Figura più aggravata rispetto alla previsione del patto di opzione è il patto di prelazione.

Tramite tale accordo una parte si obbliga, nei confronti dell'altra, innanzitutto a informarla prima di concludere un contratto con un terzo, sulle condizioni che il terzo offre e in secondo luogo, a preferire la parte a vantaggio della quale la prelazione è pattuita a parità di condizioni.

A differenza del caso del diritto di opzione, in questo caso non si ha una modificazione delle situazioni delle parti così forte, da creare un rapporto tra un diritto potestativo e una soggezione, in quanto per il perfezionamento del contratto definitivo è comunque richiesto un consenso bilaterale esplicito.

Gli esiti possibili di una trattativa in cui sia inserito un patto di prelazione sono dunque, nuovamente, talvolta fisiologici e talvolta patologici.

Può darsi il caso in cui nessun terzo si presenti, o, se si presenta, non offra condizioni migliori rispetto alla parte a vantaggio della quale la prelazione è pattuita. In questo caso, le parti possono concludere il contratto, se ancora lo desiderano entrambe.

Può darsi il caso in cui si presenti almeno un terzo che offra condizioni migliori, e la controparte originaria, debitamente informata secondo le regole della *denuntiatio*, scelga di non modificare le sue, rinunciando al negozio.

Può darsi inoltre il caso, patologico, in cui il proponente del patto di prelazione ometta di svolgere la *denuntiatio* e/o non svolga la prelazione.

Come nel caso del patto di opzione, la responsabilità è contrattuale, *rectius* da inadempimento di obbligazione preesistente al fatto (nella fattispecie, l'omessa *denuntiatio* o l'omessa *praelatio*) visto che il patto, più probabilmente contratto, di prelazione è fonte di obbligazioni.



Mette conto tuttavia riflettere come nella prelazione pattizia la prospettiva rimediabile sia quella della responsabilità, quindi di una dazione in denaro giustificata dall'ordinamento a riparazione di un comportamento *lato sensu* indesiderabile, mentre i rimedi in caso di esito patologico della prelazione legale sono ben diversi.

Infatti la prelazione pattizia ha efficacia meramente obbligatoria, mentre i casi tipizzati di prelazione legale<sup>93</sup> hanno efficacia reale, quindi demolitoria nei confronti del negozio precedente condotto diversamente dalle modalità che essa prevede.

Per la prelazione legale, dunque, parlare di responsabilità, cioè della dazione di una somma pecuniaria conseguente a un comportamento che l'ordinamento disapprova, per riportare chi tale comportamento ha subito sulla medesima curva di indifferenza su cui si sarebbe trovato, forse non sarebbe del tutto appagante.

---

<sup>93</sup> Art. 732 c.c.: prelazione dei coeredi nel caso di alienazione di quota ereditaria, art. 230*bis*, V comma, c.c.: prelazione dei partecipanti all'impresa familiare in caso di particolari esiti della stessa, artt. 38-41, 69 e 73 della l. 392/1978 e art. 3, I comma, lettera g), II parte, l. 431/1998: prelazione dei conduttori, artt. 59-61, D. lgs. 490/1999: prelazione dello Stato e artt. 12-13, d.P.R. 283/2000: prelazione del Ministero per i beni e le attività culturali.

### **3.5 L'inadempimento del contratto preliminare**

Posto al vertice dell'ipotetico gradiente di aggravamento e completezza dei possibili patti in vista della formazione di un contratto, il contratto preliminare è, ai fini in esame, da prendere in considerazione in riferimento alle prospettive rimediale in caso di esito patologico, ai fini di ulteriori riflessioni sulla responsabilità precontrattuale.

E' pensiero condiviso<sup>94</sup> che una prospettiva rimediale debole come quella del risarcimento del danno non sarebbe fruttuosa per soddisfare gli interessi in gioco, come invece lo è nella violazione del patto di opzione e nella violazione del patto di prelazione, e ben diversamente dalla violazione della prelazione di fonte legale.

---

<sup>94</sup> Fra tutti NAVARRETTA, *Le trattative e la responsabilità precontrattuale*, in BRECCIA, BRUSCUGLIA, BUSNELLI, GIARDINA, GIUSTI, LOI, NAVARRETTA, PALADINI, POLETTI, ZANA, *Diritto privato*, parte prima, Utet, Torino 2010, p. 243.

Perciò, lo strumento rimediale più tipico ed efficace per l'esito patologico del contratto preliminare, ma invero applicabile a ogni fenomeno di obbligo a contrarre di qualsiasi fonte, è l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre di cui all'art. 2932 del codice civile.

Tale strumento è stato poi completato con l'introduzione dell'art. 2645*bis* ad opera della legge 28 febbraio del 1997, n. 30, che ha esteso la tutela forte ai contratti preliminari ad esecuzione anticipata.

C'è una sentenza piuttosto importante in tema di rapporto fra responsabilità contrattuale e precontrattuale.<sup>95</sup> Il dettato dei Supremi giudici è stato nel senso dell'alternatività e della non cumulabilità, motivato da ragioni invero più dogmatiche e sistematiche che testuali, riconducibili all'assioma: "se un contratto qualsivoglia è stato perfezionato, allora non c'è più spazio per la responsabilità precontrattuale, perché questa è di pertinenza solo del caso dell'interruzione delle trattative, *i.e.* delle trattative inconcludenti".

---

<sup>95</sup> Cass., sez. III civ., 16937/2006, per esempio con commento critico di VIOLA, presso <http://www.altalex.com/index.php?idnot=35556>.

Conviene ora riflettere sulla bontà delle argomentazioni proposte, lasciando per ora impregiudicato il problema sull'an del cumulo.

In prima battuta, non convince l'inquadramento della lettera di intenti come contratto preliminare. Visto che il contratto preliminare, per quanto non fornito di efficacia reale, è un istituto giuridico dai forti effetti, è più saggia opinione che un documento debba essere definito tale solo quando l'espressione con cui il documento è denominato non sia equivoca.

E viceversa, la lettera di intenti, come la minuta, solitamente non è un contratto preliminare,<sup>96</sup> ma un documento pienamente sito nella (mera) fase delle trattative e della formazione dell'accordo, quindi del tutto sprovvisto delle gravi conseguenze che sono tipiche del preliminare.

Anzi, dicendo di più, la presenza di una minuta o di una lettera di intenti è un sintomo evidente che prova il sussistere di trattative e del tentativo di raggiungimento di un accordo, ma non prova nulla di più.

In secondo luogo, non è, almeno non è più, condivisibile ritenere che il campo di applicazione della responsabilità precontrattuale consista solo nei casi di interruzione delle trattative.

---

<sup>96</sup> Non è peregrino istituire un nesso di simiglianza fra minuta e lettera di intenti, da una parte, e lettera di *patronage*. Sia le prime, sia la seconda, sono istituti tradizionalmente privi di normazione, la cui natura giuridica merita di essere di volta in volta analizzata in concreto.

All'interno dell'insieme delle lettere di *patronage* sono presenti i due estremi, della lettera di *patronage* debole, quasi del tutto irrilevante agli occhi del diritto, e della lettera di *patronage* forte, che crea un rapporto paragonabile al contratto di fideiussione ex art. 1936, c.c.

E così attorno alla minuta e alla lettera di intenti può assodarsi di sicuro che la prima è un'evenienza più generica e limitata, la seconda è più aggravata, nel senso di cui sopra. Può anche fissarsi come una lettera di intenti particolarmente ricca, precisa e fornita di termini si avvicini a un contratto preliminare, ma tale via è appagante e tuttavia pericolosa. Una valutazione in concreto è la metodologia da preferire, per evitare di intraprendere il sentiero della creazione di nuovo diritto.

Nessun dato testuale nell'art. 1337 costringe l'interprete a limitarne il campo di operatività alla trattativa infruttuosa: tale articolo sancisce, semplicemente, il dovere di buona fede durante le trattative e vieta, per converso, la scorrettezza all'interno di quella fase logica e cronologica.

Sarebbe del tutto arbitrario ritenere che un difetto di correttezza nella fase delle trattative e della formazione dell'accordo si possa concretare solo in un'interruzione delle stesse; se seguita, questa soluzione non darebbe una soluzione all'istituto dei vizi incompleti del contratto.

Occorre a questo punto fare una disamina: se si assume l'azione ex 1337 come extracontrattuale, il problema è risolto automaticamente in favore dell'ammissibilità del cumulo, vista la diversità, formale e soprattutto di scopo, delle due azioni.

Se invece, secondo una teorica non preferibile, la si assumesse come contrattuale, il cumulo sarebbe comunque possibile perché l'azione ex 1337 tutelerebbe un bene diverso.

Più oltre sarà ripreso il problema del cumulo: ma giova anticipare sin d'ora che per esprimere una valutazione possibilista sullo stesso bisogna, come minimo, che una sola azione non sia sufficiente a garantire la pienezza del ristoro.

**3.6 Il danno risarcibile:  
eventuale applicabilità della regola  
dell'interesse negativo  
dell'inadempimento del contratto  
preliminare**

Nel paragrafo che precede si è notato come le regole in tema di responsabilità per inadempimento di un preliminare contrattuale, presentano problematiche affini a quelle offerte dalla *culpa in contrahendo*, essendo figure in senso lato di confine o, talvolta, di potenziale cumulo fra contratto e torto.

Dal canto suo, la prospettiva rimediale per inadempimento di un contratto preliminare si presta ad essere risolta, appunto, secondo la responsabilità ex art. 1218.

Tuttavia merita di essere approfondito il profilo del danno risarcibile, per quanto non in via precontrattuale, in questo caso: ci si potrebbe chiedere in altre parole se la regola dell'interesse negativo, che è uno dei profili peculiari della *culpa in contrahendo*, possa essere applicata.



In estrema sintesi, la regola dell'interesse negativo stabilisce che, nel computo del *quantum* risarcitorio per la lesione di affidamento durante le trattative e il raggiungimento dell'accordo, si applica in maniera particolare il principio del danno emergente e del lucro cessante, che è tipico sia della responsabilità contrattuale sia di quella extracontrattuale *tout court*, come previsto agli artt. 1223 e 2056 del codice civile.

Si badi che non è una deroga, in quanto il principio del risarcire tutto e nulla più della lesione effettivamente causata è una regola generale, ma una semplice applicazione in concreto della norma.

Infatti, quando l'illecito non consiste nell'inadempimento di un'obbligazione preesistente né in un fatto riconducibile direttamente a quelli previsti nel titolo IX del libro IV, ma (solo) nella lesione dell'affidamento precontrattuale, viene espunto dal computo del *quantum* da liquidare il profitto che il danneggiato avrebbe potuto ottenere.

Questo perché, sempre in estrema sintesi, se si risarcisse anche il lucro cessante tal quale fossimo nel campo, per esempio, dell'inadempimento di un contratto, verrebbe a mancare lo iato fra efficacia del contratto e inefficacia dello stesso, o, il che è la stessa cosa, le obbligazioni che stando all'art. 1173 nascono con il (perfezionamento del) contratto verrebbero anticipate.

In altre e più semplici parole, se non esistesse la regola dell'interesse negativo verrebbe ad anticiparsi, a vantaggio della parte non in colpa, la situazione di un contratto già perfezionato, del tutto contrariamente al principio consensualistico.

Ebbene, tale peculiare e doverosa interpretazione del "risarcimento totale sia del danno emergente sia del lucro cessante" come "risarcimento del solo interesse negativo" si deve applicare anche nella citata fattispecie non precontrattuale?

L'inadempimento di contratto preliminare è problematico in relazione alla scissione temporale tra il momento della conclusione del preliminare e quello della conclusione del definitivo.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> POLETTI, *L'art. 1351*, in GABRIELLI, *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino 2010, *Dei contratti in generale*, tomo

Il problema si concreta nella riflessione sull'art. 1225<sup>98</sup> in tema di prevedibilità del danno.<sup>99</sup>

Da un lato è più corretta da un punto di vista letterale la teoria secondo cui la prevedibilità dei danni risiede nel momento della stipulazione del preliminare, dall'altro secondo una logica più sostanzialistica nel momento in cui si esegue la prestazione contemplata nel preliminare, cioè si perfeziona il definitivo.

---

III, p. 177.

<sup>98</sup> Che, sia concesso notararlo *incidenter*, non verrebbe nemmeno preso in considerazione se si risiedesse nell'ambito della responsabilità aquiliana, visto che nel caso dell'illecito aquiliano non è prevista, come sopra notato, alcun esonero dal risarcire danni non prevedibili.

<sup>99</sup> Ovviamente, se inferto con colpa e non con dolo. Se fosse inferto con dolo, non ci sarebbe spazio per la prova dell'imprevedibilità dello stesso.

Nel concreto, il tema è particolarmente rilevante qualora il bene oggetto della prestazione goda di un aumento di valore con il trascorrere del tempo: la prima delle due posizioni sopra esposte avvantaggerebbe la parte inadempiente, garantendo una sorta di "limitazione del *quantum* risarcitorio" non distante dalla logica dell'interesse negativo, viceversa la seconda soluzione non si distacca dal regime ordinario di risarcire nella loro totalità sia il danno emergente sia il nucleo cessante.

Giurisprudenza e dottrina hanno scelto la seconda soluzione:<sup>100</sup> per esempio, nel caso di inadempimento di contratto preliminare di vendita, il promissario acquirente ha diritto alla differenza tra il valore del bene al momento della proposizione della domanda e il prezzo pattuito.

Nessuno spazio dunque per la limitazione all'interesse negativo nel caso dell'inadempimento del preliminare.

E ciò, a ben vedere, si spiega in una maniera piuttosto piana.

---

<sup>100</sup> GIANNINI, *Il tempo della prevedibilità del danno da inadempimento di contratto preliminare*, nota a Cass. 1956/2007, in *Resp. Civ. Prev.*, 2008, 175; inoltre Cass. 17688/2010 e, in precedenza, Cass. Sezz. Unn. 6938/1994, e, più *generaliter*, CUCCOVILLO, *Spese sostenute dalla parte non inadempiente tra risoluzione del contratto per inadempimento e interesse*, nota a Cass. 17562/2005, in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, I, 689.

Sia nel caso di un illecito ex 1218, sia nel caso di un illecito ex titolo IX del libro IV, è previsto che si risarcisca sia il danno emergente sia il lucro cessante, *rectius* il danno emergente e il lucro cessante afferenti a quella specifica lesione di un diritto.

La responsabilità precontrattuale sembra ricondursi a un modello aquiliano, ma, ed è quello che importa ora, quand'anche fosse riconducibile a un modello ex 1218, non può che far parte, nell'uno e nell'altro caso, di una forma di responsabilità in senso lato civile che (come tutte le forme nel nostro ordinamento) prevedono il risarcimento sia del danno emergente sia del lucro cessante con riferimento alla lesione in concreto compiutasi, e nulla più.

Perciò, la ben nota regola per cui nel caso di cui all'art. 1337 e agli articoli che a esso rinviano il risarcimento è limitato al solo interesse negativo, non può essere interpretata come deroga, perché alla regola generale del risarcimento di tutto e nulla più del danno emergente e lucro cessante è regola indefettibile.

Le due cose si conciliano ritenendo che il totale risarcimento di nulla più di danno emergente e lucro cessante, nel caso della culpa *in contrahendo*, consiste appunto nel risarcimento di tutto e il solo interesse negativo: fra i due poli non c'è contraddizione.

Questo perché scopo di ogni tipo di responsabilità in senso lato civile, in un ordinamento come il nostro che non contempla alcuna forma di danni punitivi, è riportare il soggetto che l'ha subita sulla stessa linea di indifferenza in cui sarebbe stato qualora non l'avesse subita.

In altre parole, è far sì che l'evento di inadempienza o di danneggiamento sia neutralizzato nei confronti del soggetto che l'ha subito.

E pertanto, qualora ci si trovi nel caso dell'adempimento di un contratto preliminare, la neutralizzazione del comportamento che l'ordinamento disapprova prevede due soluzioni in grado di realizzare, fittiziamente, ciò che spontaneamente non si è realizzato.

Sia il rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, sia quello della risoluzione accompagnata dal risarcimento del danno, ripristinano la situazione che si sarebbe realizzata se non fosse stato commesso l'illecito.

Infatti dopo il perfezionamento di un contratto preliminare l'unica soluzione possibile, fatto salvo il mutuo dissenso e al netto di modifiche di dettaglio che possono intercorrere tra preliminare e definitivo, è la stipula del definitivo, con tutte le conseguenze che possono seguire.<sup>101</sup>

Un discorso simile, ed è questo che interessa, non può essere svolto in riferimento alla responsabilità precontrattuale. Alle trattative, per quanto avanzate, non è prescritto, né tanto meno *enforceable*,<sup>102</sup> che debba seguire il perfezionamento di un contratto. Esito di un periodo di trattative può essere tanto il perfezionamento dell'accordo (*scilicet* definitivo) quanto l'abbandono delle stesse.

---

<sup>101</sup> Fra cui, per esempio, un successivo atto di disposizione, sia esso una vendita o un negozio ad effetto meramente obbligatorio, il cui oggetto sia, o avrebbe dovuto essere, acquisito con un contratto precedente, del quale il preliminare sia andato inadempito per volontà della controparte.

<sup>102</sup> Pena l'abbandono dell'idea stessa di autonomia privata.

La parte più diligente non può affatto contare sul perfezionamento del contratto e programinarsi dei negozi correlati, viceversa può pretendere, e ciò è sanzionato dalla legge, che la controparte non abusi della sua autonomia privata durante la fase delle negoziazioni e del raggiungimento dell'accordo, cioè che non causi un danno ingiusto precontrattuale al suo affidamento.

Peraltro, occorre a questo punto ampliare la prospettiva e svolgere una riflessione più vasta sul valore attuale della regola dell'interesse negativo.

Già sopra è stato richiamato come sia il microsistema della responsabilità del debitore, sia quello della responsabilità per illecito civile prevedono la totale risarcibilità del pregiudizio, senza che le regole di responsabilità possano causare un arricchimento a vantaggio della parte più diligente.



E' stato anche richiamato come la ben nota e fortunata, nella didattica, formula della limitazione all'interesse negativo non consiste in un'autentica deroga a quanto esposto sopra, ma semplicemente nella constatazione che la *culpa in contrahendo*, qualora risarcita integralmente, non possa dare adito al risarcimento anche dei mancati profitti.

*Re melius perpensa*, dunque, la rigida contrapposizione fra interesse positivo e interesse negativo, se assunta nei termini tradizionali, rivela diversi limiti.<sup>103</sup>

Sono possibili dunque due strade: da un lato, abbandonare la definizione scolastica di interesse negativo, che già nelle intenzioni dello stesso suo creatore, Jhering, era una formula convenzionale, didascalica, didattica, proprio in quanto rischia di rendere più complicato del giusto il tema.

---

<sup>103</sup> MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino 1995, p. 181.

Oppure, qualora si decida di continuare ad attenersi alla contrapposizione in esame, va recisamente stabilito che l'interesse negativo non è un *quid minoris* numerico dell'interesse positivo, ma semplicemente afferisce alla diversità del bene giuridico lesa, cioè l'affidamento in delle trattative condotte secondo i canoni prescritti. Nelle parole di un'Autrice, la prospettiva rimediabile per il "pregiudizio concreto e attuale causalmente connesso alla trattativa scorretta".<sup>104</sup>

La responsabilità precontrattuale serve per fornire un rimedio, integrale, non parziale ma nemmeno fonte di speculazione, a tutte le lesioni che un soggetto ha subito (solo) durante la fase delle trattative e del raggiungimento dell'accordo, a prescindere dall'eventuale raggiungimento del consenso o dall'interruzione delle trattative. Pertanto, costituisce duplicazione risarcitoria la liquidazione di due poste di responsabilità precontrattuale (per esempio, ex dolo incidente ed ex art. 1337) ma non è corretto far assorbire la responsabilità precontrattuale in quella

---

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 292.

contrattuale quando sussistono entrambe le lesioni.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Offrono dunque spunti di critica BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 166 e 168 e TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 179, 210, 250ss., 270ss., 284, 610ss.

### **3.7 La non piena configurabilità di culpa in contrahendo nell'intermediazione finanziaria**

Conviene considerare ora un argomento di frontiera tra il diritto civile in senso stretto e quello commerciale, ossia il rapporto tra le regole del libro IV del codice civile in tema di responsabilità precontrattuale e il complesso fenomeno dell'intermediazione finanziaria.

Ci si potrebbe porre il problema se la violazione della regola dell'informazione in tema di intermediazione finanziaria dia origine a una responsabilità precontrattuale in senso tecnico, come disciplinata dall'art. 1338, introdotto dall'art. 1337, oppure non ci sia spazio per le regole generali in questo specifico settore.

Non solo: ci si potrebbe anche chiedere se la risposta positiva o negativa sul problema della compatibilità fra *culpa in contrahendo* e intermediazione finanziaria dipenda anche dal contratto che si prende in considerazione: quello originario, cosiddetto contratto quadro, o i contratti esecutivi.

Qualunque sia la risposta al primo interrogativo, resta poi da risolvere quale livello assegnare alla soglia di punibilità.<sup>106</sup>

Una risposta in senso positivo al primo di questi interrogativi è, *rectius* era, prima della sentenza cd. Rordorf<sup>107</sup> che ha provveduto a riordinare il tema, seguita dalla maggior parte della giurisprudenza e della dottrina,<sup>108</sup> ma forse tale risposta positiva va accettata solo dopo diverse precisazioni.

Il 1337 c.c., dunque, nel caso di specie e secondo la dottrina maggioritaria già citata in precedenza, riguarderebbe non solo la rottura ingiustificata delle trattative, ma assurgerebbe al valore di clausola generale tale da implicare un dovere di trattare in modo leale, non ingannatorio né reticente, la controparte contrattuale.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 85ss.

<sup>107</sup> La fondamentale Cass. Sezz. Unn. 26724/2007.

<sup>108</sup> App. Milano, Sez. I, 19-XII-2006, n. 3070, in *Danno resp.*, 2007, 5, 562ss., con nota di GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il "subbuglio" giurisprudenziale*; Trib. Milano, Sez. VI, 18-II-2009, n. 2196; VETTORI, *Contratto di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 10, 785ss.

<sup>109</sup> Si lega questo al tema invero interessantissimo del valore giuridico generale della reticenza. Sul punto: BIGIAMI, *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1970, I, 89; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in

Sia un contratto inefficace, sia uno invalido, sia uno valido ed efficace ma pregiudizievole darebbero adito al rimedio in parola.

Con questa teorica possibilista si scontra una sentenza di legittimità piuttosto recente, la quale parla di assorbimento nella responsabilità da inadempimento nel caso in cui si sia (già) sfociati in una convenzione negoziale.<sup>110</sup>

L'interrogativo dunque si sostanzia in questo: ha da ritenersi sussistente l'autonomia concettuale, dunque anche risarcitoria, della *culpa in contrahendo* in caso di negozio valido? Sembra di dover rispondere positivamente<sup>111</sup> a questa domanda, vista, per prima cosa, la ricorrenza molteplice nel nostro ordinamento di ipotesi di responsabilità per danni pur in presenza di un contratto valido: primo fra tutti, il 1440, che dà origine alla *figura iuris* dei vizi incompleti del contratto, di cui sopra.

---

*Contr. Impr.*, 1987, 287.

<sup>110</sup> Cass. 25-VII-2006, n. 16937, in *Contratti*, 2007, 550.

<sup>111</sup> DE MAURO, *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova 2007, 183 e PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Giuffrè, Napoli 2007; *contra*, D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, ESI, Napoli 2006.

Sulla scorta di questo argomento, nonché di altre sentenze di legittimità e dei *Principles of European Contract Law*, va dunque segnalata una tendenza a estendere la regola della responsabilità precontrattuale, assodato che il danno trova il suo fondamento non nell'inadempimento di un'obbligazione precedente ma nella violazione di obblighi di condotta, avvenuta durante le trattative, dunque prima della conclusione del contratto, e che gode del carattere di indipendenza da ogni altro fattore, ivi inclusa l'effettiva conclusione di un contratto astrattamente valido.

Già *supra* è stato evidenziato l'andamento tendenzialmente favorevole della giurisprudenza a concedere il cumulo di responsabilità precontrattuale e contrattuale.

Tale *trend* non ha nulla di negativo in sé, tuttavia la regola operativa è il controllo che i beni lesi nell'uno e nell'altro caso non coincidano, pena un'inutile e dannosa duplicazione risarcitoria.

Giova ora riepilogare che il 1337 assurge a una funzione correttiva del contratto, compensando le più sfavorevoli condizioni alle quali il contratto è stato concluso e

correggendo il risultato economico del regolamento di interessi.<sup>112</sup>

Tuttavia, al termine di questa disamina del rapporto fra supposta disciplina generale della responsabilità precontrattuale e discipline speciali dell'intermediazione finanziaria, il dilemma potrebbe configurarsi come un falso problema, visto anche il fondamentale contributo della citata sentenza Rordorf.

Nell'intermediazione l'obbligo di informazione assume una valenza a sé ed è fortemente preordinato alla formulazione di un consenso consapevole.

In altre parole, nell'intermediazione finanziaria l'informazione, quale fondamento del contratto, ha un'importanza non solo quantitativamente ma anche qualitativamente maggiore.

E' dunque indifferente ampliare la responsabilità precontrattuale: in mancanza di informazione, il contratto "di esecuzione" non avrebbe dovuto essere stipulato, perciò è massima la sanzione dello stesso.

---

<sup>112</sup> MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa e titoli di credito*; 1997, I, 19.



Viceversa, il rimedio tradizionale della *culpa in contrahendo* separata da altre prospettive rimediali rimane in vigore, e con qualche perplessità, per i difetti di correttezza nella fase precontrattuale del solo contratto quadro.

E' un profilo che spesso si trascura; basta però considerare qualche dato testuale<sup>113</sup> per rendersene conto. Viene fatto divieto agli intermediari autorizzati di effettuare, consigliare o prestare servizio se non dopo aver fornito informazioni adeguate. A nulla vale in questo campo la responsabilità precontrattuale allargata: in capo all'intermediario sussiste un divieto. Il rimedio è dunque la nullità per illiceità e contrarietà a disposizione imperativa.<sup>114</sup>

Il microsistema degli artt. 1337 e 1338 si mostrerebbe dunque almeno parzialmente inadeguato nel rapportarsi con l'intermediazione finanziaria che notoriamente si connota proprio per lo squilibrio di conoscenza e consapevolezza, nonché di forza economica e potere contrattuale fra le parti. Il momento di

---

<sup>113</sup> Art. 28, comma 2, Reg. Consob 11522/1998.

<sup>114</sup> SANGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle regole di condotta degli intermediari finanziari* (Nota a Cass. Civ., 17-II-2009, n. 3773), in *Danno resp.*, 5, 2009, 513.

tutela dunque si atteggia in maniera differente.<sup>115</sup>

Questo insomma è un profilo ulteriore di conferma del generale principio per cui in presenza di contratti *b2c* (II tipo) e *b2b* (III tipo) le asimmetrie informative e la disparità di potere contrattuale rendono di sicuro non obsoleta, ma quanto meno non perfettamente adeguata ed efficace una parte non indifferente della disciplina codicistica immaginata come applicabile primariamente alle negoziazioni tra pari.

---

<sup>115</sup> GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione finanziaria dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 397.

### **3.8 La responsabilità per vizi incompleti come responsabilità precontrattuale**

Non è peregrino riflettere sulla compatibilità tra responsabilità precontrattuale inquadrata come responsabilità aquiliana e vizi incompleti del contratto.

I vizi incompleti del contratto, come noto, sono una sfaccettatura dei vizi del consenso di cui agli articoli 1427 e seguenti del codice civile. La prospettiva rimediabile basilare in caso di vizi del consenso è l'annullabilità del contratto, come nei casi di difetto di capacità. Come facilmente percepibile, l'annullabilità del contratto è un *remedy* più forte dell'ipotetica conservazione del contratto accompagnata dal risarcimento del danno.

Affinché errore, dolo e violenza morale possano dare adito a simili conseguenze occorre che abbiano caratteristiche aggravate: l'errore dev'essere essenziale e riconoscibile, la violenza deve riguardare la minaccia credibile di un male grave ed è in ogni caso escluso il *metus ab intrinseco*, il dolo dev'essere determinante e non incidente.

Il silenzio, in alcuni casi, e la concisione, in altri, da parte del legislatore, servono a impedire un'applicazione analogica dell'annullabilità, ma *quid iuris* per il risarcimento del danno? Secondo quale dei due modelli?

Torna poi importante considerare anche altre figure paragonabili ai vizi incompleti del consenso. Infatti si tende ad applicare solo il rimedio risarcitorio, secondo le regole della responsabilità precontrattuale, nei casi in cui risultino inapplicabili norme speciali destinate a sanzionare una condotta scorretta nella formazione del contratto (approfittamento dello stato di bisogno *infra dimidium*, o quando non sia possibile reagire a fronte della vendita di cosa viziata causa prescrizione delle azioni).

Andando con ordine, come prima cosa può essere utile riflettere sulla natura della responsabilità da dolo incidente. Come sulla responsabilità precontrattuale in generale, ci sono diverse possibili ricostruzioni, riconducibili eminentemente alla natura contrattuale, a quella extracontrattuale o a

un preteso *tertium genus* di responsabilità.<sup>116</sup>

Tuttavia sembra errare chi pretendesse di lasciare impregiudicato lo studio della responsabilità precontrattuale in sé e di occuparsi della natura del dolo incidente come se fosse qualcosa di completamente astratto.

---

<sup>116</sup> MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, 566, ss, SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2004, 268 ss., BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 298, BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 620ss, SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 19024/2005, in *Foro It.*, 2006, I, 1107, PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, nota a Cass. 2305/2007, in *Foro Italiano*, 2007, I, 1102, ROFFO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato IUDICA ZATTI*, Milano 2001 187, SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato RESCIGNO, SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 170, Giudice di pace di Cagliari, 23/10/2001 e 15/05/2002, in *Foro Italiano*, 2004, I, 313 e da ultimo VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5965/2012, in *Foro It.*, rep 2012.

Nelle pagine precedenti si è provato a dimostrare nella maniera più sicura possibile la collocazione della *culpa in contrahendo* nell'attuale sistema delle responsabilità; mette conto ora *in primis* riflettere se i problemi sollevati dall'art. 1440 si inquadrano nel microsistema composto dagli articoli 1337 e 1338; in seconda battuta considerare se è configurabile una responsabilità da dolo incidente con il modello aquiliano, e al termine della disamina emergerà pianamente la natura della responsabilità stessa da dolo incidente.

L'art. 1337, pur non esplicitando la sanzione, obbliga le (aspiranti) parti di un contratto a comportarsi secondo buona fede oggettiva, cioè correttezza, nei momenti anteriori al perfezionamento del contratto stesso.

L'art. 1338 obbliga, pena il risarcimento del danno, ad informarsi sulle cause di invalidità del negozio e a comunicarle alla controparte.

L'art. 1440, dal canto suo, obbliga il contraente che sia stato in malafede a risarcire i danni qualora tale sua scorrettezza si sia concretata in raggiri tali non già da determinare il consenso, ma da modificare le condizioni contrattuali.

E' quindi possibile istituire una correlazione non tanto fra l'art. 1440 e il 1338, quanto proprio fra il 1440 e il 1337.

Certo, il 1337 è impostato secondo un linguaggio tipicamente precettivo, mentre il 1440 è costruito secondo una prospettiva rimediale.

Tuttavia la fattispecie descritta dal 1440 è meramente specificativa di quella del 1337, non proponendo alcun elemento estraneo.

Infatti forse il difetto di buona fede oggettiva può comprendere anche la colpa grave, problema già accennato in precedenza ma non del tutto attinente all'analisi in esame; tuttavia di sicuro il dolo, quantunque incidente, implica la scorrettezza.

Tale atteggiamento, riguardando un profilo di azione e non di percezione, è senza dubbio, nel 1440 come nel 1337, da intendersi nel senso di scorrettezza.

Inoltre, tale atteggiamento è da collocarsi, nell'uno come nell'altro articolo, in un momento certo successivo al primo approccio fra le parti, anteriore però al perfezionamento del negozio stesso.

E come è intuibile, il difetto di buona fede può concretarsi pianamente in raggiri dolosi finalizzati a carpire il consenso di chi non sarebbe stato desideroso di concludere l'affare, come può concretarsi nella prospettazione di condizioni e circostanze, peraltro false, che il contraente di buona fede avrebbe desiderato.

Nessun ostacolo sembra quindi impedire di considerare l'art. 1440 come specificativo del 1337. Ovviamente non ne è l'unico caso: il 1338 si occupa dell'evenienza in cui la mala fede si concreti nella mancata ricerca o dazione di informazioni, il 1329 del caso in cui venga tenuto un comportamento incompatibile con la proposta irrevocabile.

Pianamente poi, essendo il rapporto fra l'art. 1440 e l'art. 1337 una relazione fra legge speciale e legge generale, sarebbe erroneo e anzi fonte di duplicazione risarcitoria considerare quella ex 1440 e quella ex 1337 come due azioni distinte, essendo il cumulo meramente apparente.

Per quanto attiene poi alla rescissione per lesione *infra dimidium*, è opportuno fare qualche riflessione ulteriore.



La rescissione del contratto è una prospettiva rimediale tutt'affatto particolare che prevede presupposti spiccatamente limitati.

Un primo caso è la rescissione di un contratto concluso a condizioni inique, a causa della necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo, solo se attuale, di un danno, solo se grave e alla persona.

Un secondo caso è la rescissione di un contratto in cui vi è sproporzione fra le prestazioni, tale sproporzione dipende dallo stato di bisogno di una parte, è necessario l' approfittamento della controparte, e tale lesione deve almeno essere uguale alla metà del valore che la prestazione promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo della conclusione del contratto.

Tale seconda tipologia di rescissione contrattuale è da un lato più ampia, in quanto non prevede come requisito lo stato di pericolo, dall'altro più restrittiva, in quanto esclude i contratti aleatori.

Un terzo caso, di importanza residuale, è quello della rescissione per lesione di una divisione ereditaria; l'azione di rescissione ha una prescrizione estremamente breve, un solo anno, salvo che il fatto costituisca anche reato, nel qual caso si applica la clausola di rinvio dell'ultimo comma dell'art. 2947; è inoltre prevista una prospettiva rimediale di secondo grado, che consiste in una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità.

Ebbene, merita di essere analizzata secondo i canoni della responsabilità precontrattuale la seconda tipologia, la rescissione per lesione.

Il legislatore,<sup>117</sup> in omaggio al principio di conservazione dei contratti, ha previsto non solo la possibilità di riconduzione ad equità, ma anche che la soglia al di là della quale il vincolo contrattuale potesse essere rescisso superasse il *dimidium*: in questo modo non solo viene tutelata l'iniziativa negoziale dei consociati, ma anche la stabilità degli affari, e, in ultima analisi, la certezza del diritto.

---

<sup>117</sup> Relazione al Codice civile, n. 652.

Tuttavia è facilmente intuibile, secondo una logica di buon senso comune, che, anche in mancanza di altre disposizioni, pure una lesione inferiore alla metà del valore è caratterizzata da una non irrilevante iniquità.

Per cui certa dottrina<sup>118</sup> sceglie, invero piuttosto pianamente, che quando ci sia stato approfittamento dello stato di bisogno della controparte, ma la lesione non eccede la metà del valore della prestazione, ricadiamo nella responsabilità precontrattuale.

A onor del vero, nella sezione del codice civile dedicata alla rescissione non si legge affatto alcuna disposizione che parli di responsabilità o risarcimento, tuttavia l'art. 1337 può pacificamente assurgere a clausola generale che protegge la parte di buona fede dai comportamenti tenuti dalla controparte scorretta durante la fase delle trattative e della formazione dell'accordo.

Tuttavia, e nonostante ciò sia difficile a causa dell'ordito non limpido del codice, tale clausola generale degrada a mero principio ispiratore e cede il posto ogni qual volta vi sia una prospettiva rimediale più specifica.

---

<sup>118</sup> BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 5ss.

Infatti, se non si applicasse questo principio, sarebbe sempre presente lo spettro delle duplicazioni risarcitorie, che si tradurrebbero in strumento di arricchimento per il danneggiato, mentre ogni figura di responsabilità civile, contrattuale o aquiliana, per danno patrimoniale o non patrimoniale, non può mai divenire uno strumento di speculazione.

Nulla in contrario quindi a che una lesione *infra dimidium*, sebbene inidonea a causare rescindibilità del negozio, possa fare strada a un rimedio come il 1337, ma prima di dichiarare risolto il problema occorre controllare se l'ordinamento offre strumenti più specifici.

E in effetti, sarebbe possibile immaginare che quando si rientra nel campo dell'usura, come disciplinato più di recente dalla l. 108 del 1996, la nullità delle clausole si estende alla nullità dell'intero contratto.

Essendo la nullità una delle *species* all'interno del *genus* invalidità del negozio, il 1337 degraderebbe a mero principio ispiratore e la responsabilità precontrattuale per lesione usuraria quantunque *infra dimidium* entrerebbe in gioco tramite l'art. 1338.

In questo modo il contratto sarebbe nullo, e, qualora residuasse danno da risarcire, cioè quando la parte diligente abbia confidato nella validità del contratto, la liquidazione del danno avverrebbe secondo le regole speciali della disciplina per mancata condivisione di informazioni dell'art. 1338 stesso.

### **3.9 Le figure residuali di cui all'articolo 1173 del Codice civile**

Nell'ottica di completare l'analisi delle possibili altre evenienze della responsabilità precontrattuale nel tessuto del Codice, e in generale di occuparsi di alcune delle figure di confine fra contratto e torto, mette ora conto riflettere sulle figure residuali a cui l'ultima parte dell'art. 1173 fa riferimento.

In particolare, viene in luce la triade storica di gestione d'affari, pagamento dell'indebito e arricchimento senza causa.

Oggigiorno, dopo un'interpretazione se non creatrice quanto meno matura del titolo IX del libro IV in tema di responsabilità civile, e dopo la positivizzazione dell'autonomia privata in senso sostanziale, formale e procedimentale nei contratti, queste tre figure hanno un'importanza residuale.

Vista l'opzione da parte del codice civile vigente per l'abolizione sia dei quasi contratti sia dei quasi delitti come categorie dotate di autonomia concettuale,<sup>119</sup> nel codice sono presenti senza la storica denominazione.

---

<sup>119</sup> Relazione al Re, n. 556.

Se si accoglie la definizione più completa di responsabilità ex 1218 non solo come regime rimediale applicabile in caso di esito patologico di un contratto, ma come regime rimediale applicabile in ogni evenienza di inadempimento di obbligazioni preesistenti, risulta applicabile come regola generale la responsabilità del debitore per tutti e tre i casi.

Nella fattispecie, le disposizioni sulla gestione d'affari si premurano principalmente di stabilire un dovere di continuazione della stessa, nonché di istituire un duplice legame con il contratto (tipico) del mandato.

Anche le obbligazioni contemplate nel caso del pagamento dell'indebito sono focalizzate primariamente su un aspetto particolare, la restituzione, mentre le disposizioni in tema di clausola generale di arricchimento da un lato parlano di danno e dall'altro di indennizzo, essendo l'istituto privo del coefficiente dell'illiceità.

Invero, c'è chi sostiene<sup>120</sup> che l'obbligazione risarcitoria, nel caso di gestione d'affari, a carico del gerente (art. 2028) è sì contrattuale ma commisurata al solo interesse negativo.

---

<sup>120</sup> SIRENA, *La gestione d'affari*, in *Trattato di diritto civile* diretto da LIPARI e RESCIGNO, cit., III, I, p. 471.

Tuttavia tale teorica sembra scontare la pecca precedentemente citata, di ritenere l'interesse negativo come un'eccezione, una regola speciale alla totale risarcibilità di tutti e soli il danno emergente e il lucro cessante.

Come sopra citato, interesse negativo è una formulazione che può avere valore didattico ed esemplificativo ma non scientifico.

Come che sia, in tutti questi casi si ha una consequenzialità di eventi simile a quella contemplata nel sistema dell'art. 1218: si perfeziona un episodio di attività giuridica paragonabile a un contratto, il quale genera e contiene delle obbligazioni, le quali sono quindi preesistenti al loro possibile inadempimento. La consequenzialità logica, invece, dello schema di cui all'art. 2043 è completamente opposta: allo stadio iniziale non esiste nessuna obbligazione ma solo un generico obbligo, la violazione dell'obbligo crea immediatamente l'obbligazione risarcitoria, assistita dalla responsabilità aquiliana.



E' utile però chiedersi, per fugare ogni dubbio, se residuino spazi di sovrapposizione fra le fonti residuali di cui all'art. 1173 e la responsabilità precontrattuale. Ciò può essere utile da un lato per proseguire nella disamina dei possibili episodi di responsabilità precontrattuale non disciplinati direttamente nel microsistema 1337-1338, e dall'altro perché un'eventuale sovrapposibilità tra responsabilità precontrattuale e quasi contratti (il cui regime è appunto contrattualistico) metterebbe in crisi la qualificazione aquiliana della *culpa in contrahendo*.

Tuttavia, è solo in prima approssimazione che può tracciarsi una contiguità fra i due insiemi di problematiche.

E' indubbio che la responsabilità precontrattuale sia un argomento di confine fra la responsabilità civile in senso stretto e la responsabilità contrattuale sia in senso logico, sia in senso cronologico, sia in senso sistematico.

Infatti le trattative e la formazione di un accordo, con il relativo crescere dell'affidamento, sono da un punto di vista pratico lo stadio intermedio fra gli obblighi generici intercorrenti fra due sconosciuti e le obbligazioni originate da un contratto.

E contemporaneamente, la natura giuridica della culpa *in contrahendo* non è immediatamente inquadrabile con soddisfazione né nel microsistema dell'art. 1218 né in quello del 2043, ma, sebbene risulta molto più coerente e piana la seconda soluzione, il problema resta aperto.

Viceversa, le tre figure con cui è più immediato riempire di contenuto la terza parte dell'art. 1173, cioè i ben noti quasi contratti della tradizione storica, non sono un problema dal punto di vista logico e cronologico, ma meramente dal punto di vista sistematico.

Infatti è senza dubbio difficile<sup>121</sup> qualificare dei fatti non illeciti ma dannosi e contemporaneamente sprovvisti del crisma del contratto per come scolpito nel combinato disposto degli artt. 1321, 1322 e 1325, che nel diritto vivente rappresentano la principale forma di manifestazione dell'autonomia privata: pertanto, sono un argomento di difficile sistemazione dogmatica.

Tuttavia questa loro posizione in bilico fra contratto e torto è in radice diversa dalla *culpa in contrahendo*, in quanto non sono un fenomeno dell'attività negoziale dei privati finalizzato, nel caso fisiologico, a un altro fenomeno (il contratto) ma delle fonti dell'obbligazione del tutto autonome.

Perciò, l'assegnazione di un regime di responsabilità ex 1218 ai quasi contratti nel diritto vivente attuale non è affatto ostativa alla classificazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità per torto aquiliano.

---

<sup>121</sup> E peraltro non del tutto pertinente all'analisi in esame.

## **4 PARTE QUARTA: Conclusioni**

### **4.1 La sussistenza di una responsabilità precontrattuale non del tutto autonoma, ma descrittiva e integrativa della responsabilità aquiliana**

Al termine della disamina sopra condotta, è possibile trarre qualche conclusione *de iure condito* che forse è soddisfacente per rintracciare un'unità dogmatica e sistematica.

Nei paragrafi che seguiranno, poi, si proverà a proporre non già un nuovo impianto codicistico, ma qualche spunto per razionalizzare ulteriormente il sistema *de iure condendo*.

Il legislatore ha utilizzato la dicitura "responsabilità precontrattuale" come rubrica dell'art. 1337 del codice in maniera leggermente imprecisa.

Infatti, non esiste da nessuna parte nel titolo IX, che si occupa delle regole per il risarcimento del danno derivante da fatto illecito, la corrispondente dicitura "responsabilità extracontrattuale".

Viceversa, con riferimento al modello ex art. 1218 e seguenti, la rubrica di detto art. 1218 recita, in modo quanto meno sibillino, "responsabilità del debitore".

Dunque, nel caso del microsistema dell'art. 1218, il legislatore ha scelto una denominazione talmente debole da essere superata nella prassi, in base a un erroneo meccanismo di generalizzazione, dall'espressione "responsabilità contrattuale", il che rischia appunto, come sopra spiegato, di complicare ulteriormente il problema.

Lo stesso legislatore, viceversa, non ha fornito una denominazione all'altro grande modello di responsabilità, quello aquiliano, e viceversa ha peccato per eccesso fornendo la denominazione di "responsabilità precontrattuale" a quello che un microsistema, in senso dogmatico e operativo, non è.

Pertanto, occorre procedere a un'interpretazione anti letterale, delle scelte lessicali del legislatore.

*De iure condito*, dunque, esistono e sono forniti di dignità categoriale autonoma il microsistema di regole sulla responsabilità del debitore (*rectius*, responsabilità di chi è già debitore in virtù di un'obbligazione preesistente, quale che sia la sua fonte) e sulla responsabilità civile in senso stretto.

Viceversa, il microsistema della responsabilità precontrattuale ha dignità meramente descrittiva (e non sostanziale) e integrativa del microsistema di responsabilità per fatto illecito.

Questo perché non può darsi, se non da un punto di vista del tutto astratto, l'autonomia sistematica della *culpa in contrahendo*, in quanto sarebbe un sistema incompleto, privo di molte regole necessarie, e la soluzione sarebbe insoddisfacente.

Contemporaneamente, è da rifiutarsi la teoria eclettica forte per cui la *culpa in contrahendo* debba ricondursi di volta in volta a uno dei due sistemi dotati di autonomia ontologica: da un punto di vista pratico, andrebbe persa la certezza del diritto; da un punto di vista letterale, se il legislatore ha usato la dicitura "responsabilità precontrattuale" ciò sembra indizio non equivoco dell'intenzione che il concetto sia unitario.

Fra le due possibili alternative più attestate, di una responsabilità precontrattuale sempre contrattuale, o una responsabilità precontrattuale sempre aquiliana, risulta migliore optare per la seconda.

I motivi più forti a sostegno di questa tesi sono di seguito indicati.

Comportarsi secondo buona fede sembra un obbligo e non un'obbligazione, perché implica una regola attinente al profilo modale, non a quello sostanziale. La buona fede oggettiva sembra uno *standard* di comportamento paragonabile a quelli prescritti nel titolo IX del libro IV fra le responsabilità aquiliane speciali.

Non sempre, inoltre, le trattative sono finalizzate a un raggiungimento del contratto: nulla vieta a un soggetto di intraprendere numerose trattative nell'attesa di trovare il negozio migliore da perfezionare. Se egli si sarà comportato con buona fede durante tutte queste trattative, andrà esente da ogni tipo di responsabilità.

Peraltro, il primo comma dell'art. 1173 dice che "il contratto" è fonte di obbligazioni, e non l'attività negoziale in senso lato, *i. e.* anche le trattative. Un ordinamento come il nostro che prevede il contratto come momento tipico per la nascita di un nuovo insieme di regole merita un'interpretazione letterale e restrittiva sul punto.

Inoltre, niente prescrive che la responsabilità aquiliana debba intercorrere solo fra sconosciuti o fra un passante e l'altro: anzi, formanti legislativi di primo piano descrivono svariate situazioni opposte.



Parimenti, infine, da nessuna parte risulta che la regola di comportamento per andare esenti da responsabilità aquiliana debba sempre prevedere che l'attore dimostri sia l'ingiustizia del danno sia l'elemento soggettivo come descritto dall'art. 2043.

Come conseguenze, la categorizzazione della responsabilità precontrattuale come extracontrattuale permette di evitare la creazione di concetti dei quali è difficile rintracciare il fondamento nel dettato codicistico, quali fonti atipiche dell'obbligazione, obbligazioni senza prestazione, obblighi di protezione, contatto sociale qualificato, o quanto meno di non rafforzarsi nell'opzione in favore della loro esistenza.

Le regole sulla responsabilità precontrattuale si collocano logicamente fra le ipotesi di responsabilità aquiliana speciali (1337) e speciali delle speciali (1338 *et al.*), proprio come gli artt. 2047ss. c.c., ma topologicamente il legislatore ha scelto una soluzione diversa, optando per inserirle nella sezione dedicata al contratto in generale.

Ulteriori regole sulla responsabilità precontrattuale - come per esempio l'art. 1329 in tema di proposta irrevocabile, l'art. 1440 in tema di dolo incidente, gli articoli sulla rescissione da cui si ricava, e *converso*, la disciplina della lesione *infra dimidium* - si trovano nella rispettiva collocazione, pur essendo specificativi dell'art. 1337, riguardando senza dubbio una lesione compiuta nella fase delle trattative e del raggiungimento dell'accordo.

#### **4.2 Il riavvicinamento dei modelli come spunto per una riformulazione del sistema**

In precedenza è emerso come le differenze fra i due modelli di responsabilità civile in senso lato, cioè contrattuale ed extracontrattuale, si stiano riducendo sensibilmente.

Questo profilo, da un lato, e dall'altro l'importanza sempre maggiore che godono le figure di confine tra contratto e torto - sia a livello di disciplina di cumulo processuale sia a livello sostanziale - impongono di spostarsi dal piano *de iure condito* a quello *de iure condendo*.

Infatti un codice che si premura di disciplinare esplicitamente *la negotiorum gestio*, o contratti come l'anticresi, e non solo non fornisce una disciplina, ma nemmeno delle linee guida per la responsabilità sanitaria, sembra segnare un po' il peso degli anni.

A fronte di questo riavvicinamento dei modelli è possibile ipotizzare tre strade.

Una, la minimale, è quella di lasciare intatto il tessuto normativo, peraltro globalmente di ottima qualità, e lasciare che sia il consolidarsi della dottrina e della giurisprudenza a infondere coerenza. Soluzione possibile, ma non universalizzabile in senso kantiano in un sistema che continua a pretendersi di *civil law*.

La via intermedia consiste nel ribadire la differenza di disciplina fra responsabilità per inadempimento di obbligazione preesistente e responsabilità aquiliana, e tuttavia immaginare una riorganizzazione delle disposizioni codicistiche per ridurre i casi dubbi.

La via massimalista, viceversa, prevederebbe l'abbattimento dei confini tra responsabilità per inadempimento e per torto.

Nonostante il pensiero di alcuni,<sup>122</sup> si può provare a difendere la tesi per cui non ci sono ostacoli insormontabili per raggiungere questo risultato.

---

<sup>122</sup> DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino 2010.

Se tale via massimalista fosse percorribile, il problema dell'inquadramento della responsabilità precontrattuale nel sistema dei modelli, come del resto quello della disciplina delle altre figure di confine, sarebbe risolto in radice: non avrebbe più motivo di porsi l'interrogativo sulla natura contrattuale, aquiliana, terza o mista della *culpa in contrahendo*.

**4.3 Un'ipotesi massimalista:  
perché può essere messo in discussione  
lo iato intercorrente fra  
responsabilità contrattuale ed  
extracontrattuale**

L'argomento merita di essere affrontato da un punto di vista dogmatico e da un punto di vista operativo.

Da un punto di vista dogmatico, c'è chi<sup>123</sup> sostiene che sussista una differenza insormontabile tra sistema ex 1218 e sistema ex 2043.

Prendendo infatti spunto da formanti del diritto francese, fra cui la definizione di responsabilità per inadempimento come di un mero effetto dell'obbligazione, viene rintracciato uno iato fra la responsabilità aquiliana, che è tale in senso stretto e autonomo, e quella per inadempimento, che gode di minore autonomia categoriale, qualificandosi come possibile conseguenza dell'obbligazione, e, nella maggioranza statistica dei casi, del contratto.

---

<sup>123</sup> *Ibidem.*

Tuttavia a mio avviso il fatto che in Francia la sistematica codicistica sia così organizzata non prova nulla sulle sorti del diritto italiano, e, pur consapevole dell'importanza della *cross fertilisation*, il ragionamento sopra esposto riguarda primariamente il nostro ordinamento domestico.

Inoltre, lo stesso Autore altrove parla di abbattimento della sacralità e laicizzazione della responsabilità extracontrattuale, cioè di una sua deprivazione di ogni connotazione sanzionatoria o quasi-penale, quindi sembra cadere in contraddizione.

Dal punto di vista operativo, le differenze attualmente esistenti fra responsabilità per inadempimento di obbligazione preesistente, contrattuale o meno, e danneggiamento aquiliano, sono le seguenti, già accennate *passim supra*: il diverso termine di prescrizione, il mancato richiamo dell'art. 1225 nell'art. 2056 (che implica un diverso regime dei danni non prevedibili causati con colpa), l'onere della prova sulla colpa, l'istituto della mora.

Altri elementi secondari di differenza sono l'incapacità naturale, la solidarietà e la competenza per territorio, nonché il rapporto tra art. 1228 e art. 2049.

In via di superamento invece sembra, nonostante fino a qualche tempo fa fosse reputato un problema,<sup>124</sup> il regime dal danno non patrimoniale, a seguito delle sentenze di San Martino 2008.

---

<sup>124</sup> Per esempio SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2005.



### 4.3.1 La prescrizione

Fra le differenze tuttora esistenti tra il regime del microsistema di cui all'art. 1218 e ss., e il regime di cui al titolo IX del libro IV c'è il termine prescrizione.

Il primo comma dell'art. 2947 prevede un termine prescrizione di cinque anni per quanto attiene al risarcimento del danno causato da illecito aquiliano, mentre per quanto riguarda l'inadempimento di obbligazioni preesistenti vige il termine normale di dieci anni.

Come citato sopra, il motivo di questa scelta del legislatore del 1942 è reperibile immediatamente nella Relazione al Codice,<sup>125</sup> e consiste nella teoria secondo cui la maggior parte degli illeciti extracontrattuali, in sede processuale, sono provati tramite le disposizioni dei testimoni, e il decorrere del tempo ha un effetto nocivo sulla genuinità e la veridicità della prova testimoniale, a causa dell'offuscamento dei ricordi, di cui sono inevitabilmente vittima i testi stessi.

---

<sup>125</sup> N. 1206.

Innanzitutto, lascia perplessi la giustificazione di una norma da un punto di vista meramente statistico, in quanto il ragionamento è confliggente coi canoni universalmente riconosciuti e accettati del positivismo giuridico contemporaneo.

Più nel dettaglio, se anche la disposizione e la sua motivazione potevano godere di ragionevolezza nei primi anni di vigore del codice civile, quanto meno la motivazione sembra aver perso di attualità nelle vicende giuridiche contemporanee.

Stante la considerazione che gli illeciti extracontrattuali non sono sempre e solo intercorrenti fra passanti, risulta facile immaginare casi in cui un illecito aquiliano possa più efficacemente essere dimostrato attraverso una prova documentale, scientifica o presuntiva: si pensi agli illeciti civili in tema di dati personali di cui al D. Lgs. 196 del 2003.

Viceversa, e per inciso, non è detto che gli illeciti ex art. 1218 siano sempre soggetti a essere provati senza testimoni: di nuovo, la preponderanza del tipo documentale nella prova dell'inadempimento contrattuale o di altre obbligazioni, almeno ai tempi del codice, non permette di essere assunta *sic et simpliciter* al giorno d'oggi.

Inoltre, un regime differenziato delle prescrizioni, pure dopo che sono venute a mancare le motivazioni in origine sussistenti, potrebbe essere giustificato in mancanza di casi dubbi; viceversa, esistono tuttora le ben note fattispecie di confine tra contratto e torto, fra cui la responsabilità precontrattuale stessa. A esse, il ragionamento se "la prova testimoniale sia inadatta o adatta alla dimostrazione in giudizio" non solo non permette di raggiungere una risposta, ma non può nemmeno essere applicato in maniera seria. Se di una particolare figura di confine, per esempio la responsabilità dell'insegnante per danno autoinfertosi dallo studente, non è pacifica nemmeno la natura, l'assegnazione a essa di un termine prescrizione di cinque o dieci anni, senza un apprezzabile motivo, si configura, né più né meno, come una casualità, un capriccio del diritto patrio, capriccio che potrebbe essere fonte di ingiustizia sostanziale.

Data l'inattualità della possibile prova testimoniale come unico parametro per optare per una prescrizione lunga o breve, resta da chiedersi se altre ragioni possono essere alla fonte della prescrizione breve per l'illecito aquiliano, ma non sembra di trovarle.

Stante l'estrema tecnicità della maggior parte degli illeciti aquiliani contemporanei,<sup>126</sup> le loro vicende rimediali, e segnatamente la loro prova in giudizio, incontrano cadenze del tutto paragonabili alla prova degli inadempimenti contrattuali.

Una delle più forti linee di discriminazione fra regime della responsabilità aquiliana e regime della responsabilità per debitore si dimostra quindi assai più fragile di quanto sembrasse, e sormontabile con facilità.

---

<sup>126</sup> Si pensi, nuovamente, ai danni da violazione della privacy, o agli illeciti civili informatici.

#### **4.3.2 Risarcimento dei danni non prevedibili**

Dopo la questione del termine prescrizione merita di essere considerato il profilo dei danni non prevedibili.

*De iure condito*, nell'ambito della responsabilità c.d. contrattuale vige un regime più favorevole al convenuto, il quale è esonerato dal risarcire i danni non prevedibili se causati con colpa.

In altre parole, colui che con dolo non adempie a un'obbligazione preesistente risponde di tutti i danni, prevedibili e non; colui che non adempie per colpa risponde solo dei danni prevedibili; colui che, con dolo o colpa, commette un fatto illecito, risponde sempre sia dei danni prevedibili sia dei danni non prevedibili.

La *ratio* di tutela concessa al debitore che con colpa non adempie (art. 1225) non è estesa all'illecito extracontrattuale (art. 2056): in quest'ultima non vige la commisurazione fra l'entità del risarcimento e il grado della colpevolezza.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Relazione al Codice civile, n. 801.

Sebbene sia più difficile, rispetto alla questione del regime prescrizione è forse possibile sostenere che anche questo argomento ha perso di attualità, pur potendone avere avuta in passato.

In un ordinamento giuridico dove non sussistano figure di confine fra responsabilità del debitore e responsabilità per torto, e dove la responsabilità aquiliana non è ancora laica, sarebbe invero possibile garantire cittadinanza al principio enucleato dall'art. 1225, sulla base del fatto che nei casi sussumibili nell'art. 1218 v'è una separazione temporale tra il momento in cui il soggetto assume l'obbligazione (e svolge la previsione del danno che potrà seguire a un suo eventuale inadempimento) e il momento in cui effettivamente non adempie. Viceversa, nel caso dell'illecito aquiliano, se commesso con colpa, cioè senza volontarietà, non solo il momento in cui il soggetto svolge la sua previsione e il momento in cui non adempie coincidono, ma addirittura una previsione non può avere luogo.

Peraltro, risponde a elementari esigenze di giustizia che il soggetto che, senza intenzionalità del fatto, non adempia o adempia in ritardo, per esempio a un'obbligazione originata da un contratto, non patisca un'esposizione patrimoniale del tutto lontana da ciò che avrebbe potuto prevedere al momento dell'origine dell'obbligazione.

In caso contrario infatti, l'autonomia privata delle parti sarebbe disincentivata dalla greve spada di Damocle che minaccia, in capo a chi si inserisce nel traffico giuridico, un'esposizione patrimoniale per nulla correlata con le possibili prospettazioni che costui possa prefigurarsi.

Viceversa, il soggetto che - caso del tutto opposto all'inadempimento di un contratto, cioè il danno inferto da un passante sconosciuto - si vede, per esempio, vittima di un danneggiamento colposo a una sua proprietà, non si è inserito *sua sponte* in alcun tipo di traffico negoziale, e se gli fossero risarcibili solo i danni prevedibili al momento del danneggiamento non si ritroverebbe affatto sulla medesima linea di indifferenza in cui si sarebbe trovato se nessuno gli avesse causato danno.

Nel diritto vigente e vivente contemporaneo sussistono tuttavia pochi casi così certi come l'inadempimento di un contratto in contrapposizione al danno inferto da un passante: a fronte di figure talmente dubbie nella loro collocazione tra contratto e torto, cioè per esempio illeciti extracontrattuali intercorrenti fra persone tra cui sussiste un rapporto non negoziale (per esempio in tema di trattamento di dati personali), se già non è immediato trovare una collocazione, tanto meno lo è, anzi diventa causa di soluzioni non soddisfacenti e potenzialmente discriminatorie, ragionare sul regime più o meno rigido dei danni non prevedibili causati per colpa.



Non sarebbe dunque peregrino immaginare un riavvicinamento dei due sistemi di responsabilità anche da questo punto di vista: occorrerebbe una scelta di politica del diritto, orientata o nella direzione di espungere l'art. 1225 del codice civile (facendo in modo che siano risarcibili integralmente sia i danni prevedibili, sia quelli non prevedibili, sia in presenza di dolo sia in presenza di colpa, nel caso di inadempimento di un'obbligazione precedente) o nella direzione di inserire nell'art. 2056 del codice un richiamo al 1225 (in modo da rendere operativo anche nell'ambito della responsabilità aquiliana l'esonero da responsabilità per i danni non prevedibili qualora l'elemento soggettivo sia stato la mera colpa e non il dolo).<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> Più approfondite osservazioni sul tema presso GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, Torino 2008.

Oppure, e sempre nell'ottica di una riduzione dello iato fra le tue tipologie di responsabilità, può essere conservata la permanenza di un regime speciale per i danni non prevedibili causati con colpa nel caso dell'inadempimento di un'obbligazione preesistente, essendo una peculiarità non di primo piano, e poiché la responsabilità aquiliana in sé considerata comprende già delle particolarità al suo interno.

### 4.3.3 Il danno non patrimoniale

Passando alle ulteriori differenze tra responsabilità del debitore e responsabilità per torto, mette conto riflettere sulla risarcibilità del danno non patrimoniale.

A un primo approccio, sembrerebbe che una tutela risarcitoria per il pregiudizio non patrimoniale sia prevista solo nella responsabilità aquiliana, non esistendo nel microsistema di cui agli articoli 1218 e seguenti un omologo dell'art. 2059.

Diversamente, si potrebbe interpretare che il 2059 ponga un limite al risarcimento del danno non patrimoniale, e, non essendo presente tale limite nell'ambito della responsabilità contrattuale, tale pregiudizio sia in essa risarcibile a *contrario*.

Secondo l'insegnamento del formante giurisprudenziale probabilmente più forte ed organico dei tempi recenti,<sup>129</sup> è da ritenersi risarcibile anche il danno non patrimoniale da inadempimento di obbligazione preesistente, anche senza la necessità del cumulo processuale.

---

<sup>129</sup> Cass. Sezz. Unn. 26972/2008.

Pertanto, oggi ha perso definitivamente di attualità la tesi secondo cui fra i parametri scriminanti fra responsabilità aquiliana e contrattuale ci sia l'an della risarcibilità del danno non patrimoniale.

#### **4.3.4 Onere della prova dell'ingiustizia del danno e dell'elemento soggettivo**

A differenza di tutti i profili sopra citati, che sono stati superati o si prestano ad essere superati con facilità, più complesso è il ridurre a unità le responsabilità civili nazionali in tema di onere della prova dell'ingiustizia del danno e dell'elemento soggettivo.

Come è noto, la regola generale sancisce che nella responsabilità contrattuale l'ingiustizia dell'inadempimento è presunta dal legislatore, e la mancanza di colpa (*a fortiori*, di dolo) va allegata e provata dal convenuto.

Viceversa, nella regola generale della responsabilità aquiliana, l'attore deve provare l'ingiustizia del danno e il dolo o la colpa.

Come è stato notato, è però solo la disposizione della regola generale di cui all'art. 2043 che prescrive un onere per la parte attrice di dimostrare, oltre all'atto, al danno, all'ingiustizia dello stesso, al nesso di causalità fra i due, anche il dolo o la colpa, cioè che in altre parole dipinge una situazione spiccatamente aggravata per la parte attrice e semplificata per il convenuto.

Viceversa, l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito è irrilevante nell'art. 2047, nell'art. 2048, nell'art. 2049. La soglia dell'elemento soggettivo è decisamente spostata al di là della mera colpa nell'art. 2050, nell'art. 2051, nell'art. 2052. Nell'art. 2053 l'elemento soggettivo è irrilevante, mentre in riferimento all'art. 2054 si può dire che l'elemento soggettivo è contemporaneamente irrilevante per il proprietario del veicolo, e spostato a una soglia ben diversa dalla mera colpa per il conducente. In tutti questi casi fuorché nell'art. 2049 sono previste delle prove liberatorie in grado di vincere le presunzioni di responsabilità.

Fra le fattispecie speciali di responsabilità extracontrattuale esistono dunque dei casi in cui sussiste una presunzione di colpa a svantaggio del convenuto, e la possibilità per lui di offrire la prova della propria irresponsabilità, fino a giungere all'estremo dell'art. 2049, dove una prova liberatoria in senso stretto non esiste, ma è possibile dimostrare la non sussistenza dei parametri prescritti dall'articolo.

Tale *pattern* è del tutto analogo a quello di cui all'art. 1218, dove la colpa è presunta salva l'impossibilità della prestazione dovuta a causa non imputabile.

In ultima analisi il panorama della responsabilità aquiliana codicistica prevede uno spettro di ripartizione dell'onere della prova fra attore e convenuto molto vasto, idealmente orientato fra i due poli dell'art. 2043 (massima difficoltà per l'attore e salvaguardia del convenuto) e dell'art. 2049 (massima agevolazione per l'attore e complessità per la situazione del convenuto).

All'interno di questo panorama polarizzato alcune delle fattispecie speciali previste presentano una distribuzione speculare a quella dell'(unica) regola in tema di responsabilità del debitore. Sono dunque forti gli elementi per smettere di leggere una distinzione insuperabile fra queste due forme di responsabilità civile, almeno per quanto riguarda l'onere della prova dell'elemento soggettivo.

Viceversa, un ragionamento analogo non può essere fatto in tema di ingiustizia del danno, che assurge a principale differenza insormontabile fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Nella prima, ogni inadempimento o ritardo, di non lieve importanza e non imputabile è automaticamente rilevante per il diritto, perché il legislatore ha postulato in origine l'antigiuridicità dello stesso, tale da fargli seguire l'obbligazione risarcitoria.



Viceversa, la scelta di associare all'art. 2043 (e, secondo il modello di cui alle pagine precedenti, all'art. 1337) l'aggettivo "ingiusto" obbliga a un'analisi caso per caso, per discriminare i casi in cui il danno antigiuridico, extracontrattuale e precontrattuale, dia origine a un'obbligazione risarcitoria, e i casi in cui il danno non antigiuridico sia del tutto irrilevante.

Non avendo scelto il modello francese (in cui ogni danno, anche non antigiuridico, sia rilevante per il diritto) né il modello tedesco (in cui l'antigiuridicità è tipizzata dal legislatore), è difficilmente immaginabile, *rebus sic stantibus*, l'estensione della presunzione di ingiustizia di cui all'art. 1218 all'art. 2043.

Viceversa, non tutelerebbe sufficientemente la vita negoziale dei soggetti l'estensione della "antigiuridicità da dimostrarsi" dell'art. 2043 al 1218.

Stante l'apparente insuperabilità della dicotomia fra ingiustizia presunta e ingiustizia da dimostrarsi, intercorrente fra responsabilità rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale, tale dato testuale non può imporre di abbandonare la via del ravvicinamento dei due modelli.

Infatti, si potrebbe immaginare di conservare questa come sola differenza fra i due regimi, oppure di non considerarla differenza sufficiente per imporre di parlare di bipolarità del sistema.

Esattamente, del resto, come i diversi regimi di onere della prova della colpa non impediscono di considerare l'intero titolo IX del libro IV come omogeneamente il microsistema della responsabilità extracontrattuale.

La questione del riavvicinamento dei due modelli di responsabilità è stata riepilogata solo per sommi cenni, ma le conclusioni che si possono trarre sono le seguenti.

A causa sia di formanti nazionali, sia europei, è possibile riscontrare un avvicinamento delle due tipologie di responsabilità.

Non solo, è altresì possibile immaginare che ci sia ulteriore spazio da percorrere su questa via, sino a giungere a un modello unico di responsabilità civile, con differenze di dettaglio, non più gravi di quelle tuttora esistenti nel microsistema della responsabilità per illecito extracontrattuale.

Qualora sia percorsa questa via, definibile come massimalista, l'interrogativo sulla natura della responsabilità precontrattuale perderebbe ogni significato.

Fra le differenze, quella che presenta maggiore difficoltà ad essere superata è la dicotomia fra ingiustizia del danno presunta dal legislatore, e ingiustizia del danno che l'attore deve dimostrare.

#### **4.4 Un'ipotesi meno invasiva: risolvere il problema della natura della responsabilità precontrattuale pur conservando la dicotomia del sistema**

Poiché non sembra verisimile che nel futuro prossimo venga percorsa la via massimalista di un maggiore ravvicinamento delle due fattispecie di responsabilità civile in senso lato, giova prendere in considerazione anche un'ipotesi meno invasiva, e tuttavia più interventista del silenzio attuale del legislatore che lascia a dottrina e giurisprudenza un ruolo forse eccessivo.

Se permarrà una distinzione fra responsabilità del debitore per inadempimento di un'obbligazione preesistente e responsabilità aquiliana, occorreranno interventi legislativi sufficientemente forti da non essere controvertibili in grado di far pacificamente attribuire la natura aquiliana alla *culpa in contrahendo*.

Visto il tendenziale rifiuto del nostro tessuto codicistico a "fare della dottrina", la questione può essere affrontata con un intervento puntiforme in diversi articoli, in modo da non divenire didascalico, condotto tramite aggiunte piuttosto che tramite riformulazioni.

In primo luogo, potrebbe essere aggiunta all'art. 1173 una disposizione in grado di chiarire la non equiparabilità fra obbligazioni di prestazione e di protezione, in modo da risolvere l'annoso problema, in maniera contraria al § 311.2, *BGB*.

In secondo luogo, l'art. 1337 potrebbe comprendere al suo interno, oltre che la prescrizione, anche la sanzione conseguente in caso di mancato rispetto della regola, che altrimenti sarebbe presente solo nell'art. 1338 e negli altri articoli specificativi dello stesso.

Per esempio, potrebbe fare un riferimento all'art. 2043, specificando con un periodo aggiuntivo che "E' ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 del C. c., il danno se cagionato da una lesione all'affidamento, operata da una condotta non corrispondente a buona fede".

Inoltre potrebbe essere meglio chiarito il rapporto fra art. 1337, art. 1338 e altre fattispecie di responsabilità precontrattuale presenti nel tessuto codicistico.

Un inciso, quale "secondo le regole dell'art. 1337" permetterebbe di puntualizzare che l'art. 1337 stabilisce una cornice di regole generali, al cui interno si innestano le altre previsioni, di sicuro nell'art. 1338, aiutato anche dalla contiguità topologica, ma anche nell'art. 1440, nell'art. 1329, e probabilmente nell'art. 1812, nell'art. 1821 e nell'art. 1494, queste ultime le ben note ipotesi in cui convivono validità del contratto e responsabilità per difetto di correttezza.

**4.5 Tra right e remedy: il cumulo processuale di diverse responsabilità fra risarcimento integrale e duplicazioni risarcitorie. La risposta dell'approccio funzionalista**

Giova a questo stadio finale riepilogare un problema correlato, il cumulo processuale di diverse tipologie di responsabilità, dato che nelle pagine che precedono si è già accennato al problema, talvolta in termini possibilisti, talvolta in termini negativi.

Con tutta probabilità, alla luce dei più organici orientamenti della giurisprudenza e delle pagine più attente della dottrina, bisogna fare un distinguo, basato su un'attenta analisi di quali lesioni ciascuna tipologia di responsabilità sia tesa a contrastare.

La premessa indefettibile è che, allo stato dell'arte, la responsabilità ex art. 1218 si occupa di fornire un rimedio alle lesioni, patrimoniali e non, causate dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente, contrattuale ma non solo. Viceversa, la responsabilità aquiliana si occupa di dare un *remedy* a ogni pregiudizio giuridicamente rilevante, patrimoniale o non, causato al di fuori di un rapporto contrattuale o comunque obbligatorio, ivi inclusa la lesione precontrattuale dell'affidamento.

Pertanto è condivisibile l'insegnamento delle Sezioni Unite di Cassazione, sent. 26972/2008, le quali spiegano che il cumulo processuale non è uno strumento necessario per garantire il risarcimento del danno non patrimoniale a seguito dell'inadempimento di obbligazione preesistente.

Nulla prova infatti l'assenza di un omologo dell'art. 2059 all'interno del microsistema che inizia dell'art. 1218.

Se il danno è contrattuale, dunque, la responsabilità dev'essere contrattuale, sia per il risarcimento del danno patrimoniale, sia di quello non patrimoniale.



Tuttavia il reciso rifiuto che la citata sentenza della Suprema Corte esprime nei confronti del cumulo processuale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale tuttavia non deve far sì che si assuma un atteggiamento troppo critico con la teoria "eclettica debole", cioè processuale della responsabilità precontrattuale, di cui il più elegante esponente è Rovelli.

Infatti nelle pagine che precedono si è cercato di dimostrare come il ragionamento più piano e coerente è quello che conduce ad assegnare natura aquiliana alla responsabilità precontrattuale. Se tuttavia si vuole rimanere fedeli alla teoria ancora più diffusa in dottrina, che vuole che la *culpa in contrahendo* abbia natura contrattuale, e non si ritiene possibile risarcire il danno non patrimoniale da contratto, la teoria di Rovelli è la più condivisibile, pena l'ingiusto mancato risarcimento di alcune poste di danno.

Del tutto diverso è il caso in cui a dei comportamenti contrari a buona fede oggettiva nell'ambito delle trattative (per esempio un deficit di informazione, o di chiarezza, o di segreto, o di custodia, sanzionati precontrattualmente cioè aquilianamente) si aggiunga un inadempimento contrattuale.

E' questo il caso, per esempio, di un contratto d'opera, che comprende una lesione *infra dimidium*, e il cui prodotto finale è un bene diverso da quello pattuito, o difettoso.

I due comportamenti che, in senso lato, l'ordinamento disapprova, in questo caso concreto sono del tutto indipendenti, sia come fattispecie sia come rimedio, l'uno dall'altro, per cui non avrebbe senso ipotizzare l'assorbimento della responsabilità precontrattuale, cioè aquiliana, in quella contrattuale, né viceversa, ma, stante la separazione fra le due, il cumulo è l'unica via possibile per garantire pieno ristoro del pregiudizio subito, per l'inadempimento contrattuale e per il difetto di buona fede.

\*\*\*

## 5 Bibliografia

- AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino 2008
- AFFERNI, *On the Characterisation of Pre-Contractual Liability*, nota a CGCE, 17-IX-2002, c. 334/00, Tacconi, in *European Review of Contract Law*, 2005
- ALPA, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979
- ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet, Torino 2010
- ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano 1999
- BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004
- BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, UTET, Torino 2011
- BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Giuffrè, Milano 2012
- BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. Impr.*, 1987
- BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1963

- BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in Enc. Giur. Treccani
- BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 11
- BERTOLINI, *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, in *Giur. civ. Comm.* 2010, 6
- BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2000
- BIGIAVI, *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1970, I
- BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Civ.*, II, Torino, 178.
- BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Giuffrè, Milano 1991
- BUSNELLI, *Danno, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa E Diritto Privato*, 2009
- BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, 1991, 3.

- BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991
- CARRARA, *La formazione dei contratti*, Vallardi, Milano 1915
- CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tr. Perlingieri*, 3
- CARUSO, *La culpa in contrahendo: l'esperienza statunitense e quella italiana*, Giuffrè, Milano 1993
- CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 4
- CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *European review of private law*, 2009
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2006
- CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011
- CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Giuffrè, Milano 2007

- CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010
- CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano 2007
- CENDON, *I contratti in generale: Buona fede. Responsabilità precontrattuale. Integrazione. Interpretazione*, Utet, Torino 2000
- CHIESI e MEROLA, *La responsabilità precontrattuale*, ne *Il contratto*, a cura di FAVA, Giuffrè, Milano 2012
- CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, Colpa contrattuale*, II ed., Fratelli Bocca, Torino 1897
- CICU, *L'offerta al pubblico*, Gallizzi, Sassari 1902
- COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, Filangieri, 1900
- CUCCOVILLO, *Spese sostenute dalla parte non inadempiente tra risoluzione del contratto per inadempimento e interesse*, nota a Cass. 17562/2005, in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, I, 689.
- CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988

- D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi - 2*, Giuffrè, Milano 2006
- D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, ESI, Napoli 2006
- D'ANGELO, *L'errore senza rimedio*, Giuffrè, Milano 2006
- DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, ne *I contratti*, 2012, 4
- DE MAURO, *La responsabilità precontrattuale*, Cedam, Padova 2007
- DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova 2002
- DIANA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova 2000
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*
- DI MAJO, voce *Obbligazione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990
- DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999
- DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, Torino 2010

- FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Cartiere Centrali, Roma 1918
- FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano 2010
- FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) "tedesca"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 12
- FAVA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano 2012
- FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale: il preliminare, le trattative*, Cedam, Padova 1999
- FICI, *Il contratto "incompleto"*, Giappichelli, Torino 2005
- FRANCESCHETTI e MARASCA, *Le obbligazioni*, Maggioli, Rimini 2008
- GABRIELLI, *Opzione*, *Enc. Giur.* Treccani
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Cedam, Padova 2004
- GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da SACCO, Utet, Torino 1996
- GALLO, *Trattato del contratto*, I, *La formazione*, Utet, Milano 2010



GAMBARO e MORELLO, *Lezioni di diritto civile, Casi questioni e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 2012

GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione finanziaria dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008

GIANNINI, *Il tempo della prevedibilità del danno da inadempimento di contratto preliminare*, nota a Cass. 1956/2007, in *Resp. Civ. Prev.*, 2008, 175.

GIARDINA, *L'attività di intermediazione mobiliare: profili di responsabilità contrattuale e di responsabilità extracontrattuale*, in *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, Giuffrè, Milano 1992.

GIORGIANNI, *Obbligazioni*, in *Nov. Dig. It.*

GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Giappichelli, Torino 2008

GRANELLI, *Trattato del Contratto*, Giuffrè, Milano 2006

GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano 2010

- GRECO, *Risparmio tradito e tutela: il "subbuglio" giurisprudenziale*, nota a App. Milano, Sez. I, 19-XII-2006, n. 3070 in *Danno resp.*, 2007
- GRIMALDI, *Pareri di diritto civile*, Maggioli, Rimini 2011
- GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli 1990
- JHERING, *Culpa in contrahendo*, in *Annali per la dogmatica del diritto privato romano attuale e tedesco*, IV, 1861
- LA TORRE, *Diritto civile*, Giuffrè, Milano 2008
- LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1995
- LOI e TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1975
- LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *CI*, 794
- MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino 1995
- MAZZAMUTO e TERRANOVA, *L'intermediazione mobiliare: studi in memoria di Aldo Maisano*, Jovene, Napoli 1993
- MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca Borsa e titoli di credito*; 1997, I

- MENGGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II
- MEOLI, *La responsabilità civile tra contratto e torto*, in *Trattato di responsabilità civile* diretto da STANZIONE P., Cedam, Padova 2012
- MERUZZI, *La responsabilità per rottura di trattative*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, Cedam, Padova, 2009
- MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Cedam, Padova 2002
- MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I
- MESSINEO, *Il contratto*, in *Enc. Dir.*, 1961
- MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Utet, Torino 1998
- MONTARULI, *La responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, Torino 2005
- MUSIO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di responsabilità civile* diretto da STANZIONE, Cedam, Padova 2012
- MUSIO e NADDEO, *La compravendita*, Utet, Milano 2008
- NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in LIPARI, RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. IV, tomo III, Giuffrè, Milano 2009

- NAVARRETTA, *Le trattative e la responsabilità precontrattuale*, in BRECCIA, BRUSCUGLIA, BUSNELLI, GIARDINA, GIUSTI, LOI, NAVARRETTA, PALADINI, POLETTI, ZANA, *Diritto privato, parte prima*, Utet, Torino 2010
- NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Giuffrè, Milano 1998
- PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, nota a Cass. 2305/2007, in *Foro Italiano*, 2007, I
- PATTI e PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Giuffrè, Milano 1993
- PELLECCHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile fra principi e regole*. Giuffrè, Milano 2008
- PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Giuffrè, Napoli 2007
- PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Napoli 1999
- POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Drucker, Roma 1915

- POLETTI, *L'art. 1351*, in GABRIELLI, *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino 2010, *Dei contratti in generale*, tomo III, p. 177.
- PONTE, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 6
- RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli 2000
- RENNA e SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 12
- RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano 1979
- RIZZO, *Studi in onore di Davide Messinetti*, I
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1964
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Giuffrè, Milano 2001
- ROVELLI, *Contratto concluso e violazione della buona fede precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, *Il contratto in generale*, 2, Giappichelli, Torino 2000
- RUGGIU, *L'accordo*, in *Il contratto* a cura di VIOLA, Cedam, Padova 2009

- SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Giappichelli, Torino 2004
- SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquiliana: culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, II
- SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 2004
- SALVI, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2005
- SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- SANGIOVANNI, *La Cassazione interviene di nuovo sulle regole di condotta degli intermediari finanziari* (Nota a Cass. Civ., 17-II-2009, n. 3773), in *Danno resp.*, 5, 2009, 513.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983
- SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 2008
- SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., 19024/2005, in *Foro It.*, 2006, I

- SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario SCIALOJA BRANCA*
- SICA, *Gentlemen's agreements e intento giuridico*, ESI, Napoli 1995
- TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano 1958
- TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961
- TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano 1990
- VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 5965/2012, in *Foro It.*, rep 2012.
- VETTORI, *Contratto di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 10
- VIOLA, *Il contratto*, Utet, Milano 2009
- VIOLA, *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, Halley, Matelica 2007
- VIOLA, *Studi monografici di diritto civile. Percorsi ragionati sulle problematiche di maggiore attualità*, Halley, Matelica 2007
- VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Comm. SB*