

# GUGLIELMO BEVIVINO

Modelli di regolazione della responsabilità precontrattuale in Italia e nei progetti di armonizzazione europea.

<b>PARTE I: Principi e regole sugli “affidamenti” precontrattuali.....</b>	<b>4</b>
<b>Capitolo I: Origine ed evoluzione storica della responsabilità precontrattuale.....</b>	<b>5</b>
1. <i>La responsabilità precontrattuale: origine ed evoluzione storica.....</i>	<i>6</i>
2. <i>Incidenza della ricostruzione di Jhering sul modello tedesco.....</i>	<i>11</i>
3. <i>Culpa in contrahendo e ordinamento interno.....</i>	<i>17</i>
4. <i>Il codice civile del 1942.....</i>	<i>20</i>
5. <i>Le reazioni alla nuova impostazione.....</i>	<i>22</i>
6. <i>La responsabilità precontrattuale: nozione e problemi.....</i>	<i>25</i>
<b>Cap. II: I doveri nelle trattative e la “tipizzazione” delle fattispecie di responsabilità precontrattuale.....</b>	<b>32</b>
1. <i>I doveri precontrattuali nella fase delle trattative.....</i>	<i>33</i>
2. <i>Il recesso ingiustificato dalle trattative.....</i>	<i>37</i>
3. <i>Processo di “tipizzazione” degli obblighi di correttezza e violazione della regola di buona fede.....</i>	<i>40</i>
4. <i>Stipulazione di contratto invalido e responsabilità precontrattuale.....</i>	<i>51</i>
5. <i>Stipulazione di contratto valido e responsabilità precontrattuale.....</i>	<i>56</i>
<b>Cap. III: Regole di validità e regole di comportamento: il contratto valido ma sconveniente.....</b>	<b>65</b>
1. <i>Gli art. 1494 e 1440 c.c. e la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido.....</i>	<i>66</i>
2. <i>Vizi incidenti e incompleti del contratto.....</i>	<i>70</i>
3. <i>Regole di comportamento e regole di validità: ancora sulla relazione fra vizi del consenso e responsabilità precontrattuale.....</i>	<i>72</i>
4. <i>Recenti orientamenti giurisprudenziali: il contratto valido, ma sconveniente.....</i>	<i>74</i>
<b>Cap. IV: Conseguenze della violazione delle regole precontrattuali: risarcimento del danno, interesse negativo e natura giuridica della responsabilità.....</b>	<b>82</b>
1. <i>Danno precontrattuale e interesse negativo.....</i>	<i>83</i>
2. <i>La nozione di interesse negativo e l’analisi economica del diritto.....</i>	<i>94</i>
3. <i>La natura giuridica della responsabilità precontrattuale: l’importanza della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.....</i>	<i>96</i>
4. <i>Le diverse ricostruzioni sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale.....</i>	<i>99</i>
5. <i>(segue) La giurisprudenza:nuove prospettive nel contesto di un orientamento</i>	

<i>monolitico.</i> .....	103
<b>Cap. V: Ulteriori ipotesi di responsabilità precontrattuali nella prospettiva dell'ampliamento dell'area di incidenza dell'istituto</b> .....	109
1. <i>Responsabilità precontrattuale e principio di conformità.</i> .....	110
2. <i>L'ambito soggettivo: responsabilità precontrattuale e pubblica amministrazione.</i> .....	113
3. <i>Alcune brevi osservazioni nella prospettiva metodologica.</i> .....	115
<b>PARTE II: Modelli di regolazione della responsabilità precontrattuale.</b> .....	118
<b>Cap I: Spunti di riflessione dai sistemi di <i>common law</i>.</b> .....	119
1. <i>Riflessioni introduttive: il modello inglese.</i> .....	120
2. <i>Il diritto statunitense e la responsabilità precontrattuale.</i> .....	132
3. <i>(segue) I caratteri degli affidamenti precontrattuali.</i> .....	135
4. <i>Risultati dall'analisi comparatistica.</i> .....	136
5. <i>Le "apparenti" distinzioni fra i diversi modelli di regolazione.</i> .....	138
<b>Cap. II: La responsabilità precontrattuale nei progetti di armonizzazione europea e uniformazione giuridica internazionale.</b> .....	144
1. <i>Il Draft Common Frame of reference (DCFR): utilità del suo impiego quale modello di raffronto.</i> .....	145
2. <i>DCFR e i doveri precontrattuali.</i> .....	146
3. <i>(segue) DCFR responsabilità precontrattuale e contratto valido.</i> .....	151
4. <i>DRAFT e negotiations: ripercussioni sull'ordinamento interno.</i> .....	152
5. <i>Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile nella prospettiva del DCFR.</i> 154	
6. <i>Draft, ordinamento interno e contratti conclusi con il consumatore: fra doveri di informazione e rimedi esperibili.</i> .....	157
7. <i>Strumenti di uniformazione giuridica internazionale: la responsabilità precontrattuale nella Convenzione di Vienna e nei Principi UNIDROIT.</i> .....	160
8. <i>(segue) I Principi UNIDROIT e la culpa in contrahendo.</i> .....	163
<b>Cap. III: Proposta di regolamentazione sulla vendita europea (CESL) e disciplina dell'illecito precontrattuale.</b> .....	165
1. <i>La Common European Sales Law: l'iter della proposta.</i> .....	166
2. <i>La responsabilità precontrattuale nella CESL (Common European Sales Law).</i> 169	
3. <i>La buona fede quale principio generale: possibile applicazione diretta alle trattative.</i> .....	177
4. <i>Osservazioni in tema di risarcimento del danno e Common European Sales Law.</i> 180	
5. <i>Ambiguità e limiti della CESL.</i> .....	182
6. <i>Intervenute modificazioni della realtà giuridica e clausole generali: alcune riflessioni.</i> .....	184
7. <i>Common European Sales Law e recesso ingiustificato dalle trattative: dubbi circa l'individuazione di una lacuna od opportunità per l'applicazione dei principi o delle clausole generali?</i> .....	189
8. <i>CESL e principio di non interferenza fra regole di validità e di comportamento.</i> 191	

9. Cenni alle più recenti modifiche alla proposta di regolamento sulla vendita europea.....	193
Conclusioni.....	196
<b>Bibliografia.....</b>	<b>201</b>

## **PARTE I: Principi e regole sugli “affidamenti” precontrattuali.**

## **Capitolo I: Origine ed evoluzione storica della responsabilità precontrattuale**

Sommario: 1.Premessa. 2.La responsabilità precontrattuale: evoluzione storica. 3.Incidenza della ricostruzione di Rudolf von Jhering sul modello tedesco. 4.*Culpa in contrahendo* e ordinamento interno. 5.Il codice civile del 1942. 6. La reazione alla nuova impostazione.7.La responsabilità precontrattuale: nozione e temi.

## 1. La responsabilità precontrattuale: origine ed evoluzione storica.

In un recente studio la responsabilità precontrattuale<sup>1</sup> è stata definita, con una felice metafora, una *strana creatura*, “portatrice di misteriose e un po’ fastidiose interferenze fra contratto e responsabilità civile”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Per una prima ed essenziale bibliografia in materia, senza pretesa di completezza, e salvo il richiamo alle opere che citeremo nel corso della trattazione, cfr. G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, p. 360 e ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, *passim*; ID, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. Impr.*, 1987, p. 285; N. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 163 e ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, *passim*; ID, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, *passim*; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 200 e ss.; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, p. 983 e ss.; M. L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, *passim*; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 83 e ss.; G. GRISI, *L’obbligo precontrattuale d’informazione*, Napoli, 1990, *passim*; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, *passim*; ID, *L’interesse negativo nella culpa in contrahendo (Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 166 e ss.; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, *passim*; F. FERRO LUZZI, *L’imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999; A. C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2002; A. DE MAURO, F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 del codice civile*, Napoli, 2003.; ID, *L’inesistenza della differenza fra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale. La fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 295 e ss.; ID, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 487 e ss.; F. FORTINGUERRA, S. TOMMASI, A. DE MAURO (a cura di), *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007, *passim*; N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008; T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 195 e ss.; L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, p. 1061 e ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d’impresa*, Milano, 2012; F. CEPPI, *La responsabilità precontrattuale: antiche e nuove questioni*, in *Il codice civile tra Costituzione e ordinamento comunitario*, Atti del Convegno Università per stranieri di Perugia, 9 marzo 2012, Napoli, 2012, p. 127 e ss.; V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 16 e ss.; A. PUTIGNANO, *Obbligo di buona fede durante le trattative e contratto svantaggioso*, Commento a Cass. Civ., sez. IV, 2013, n. 23873, in *I contratti*, IV, 2014, p. 341 e ss.

<sup>2</sup>Descrive in questi termini la responsabilità precontrattuale, V. ROPPO, in, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, cit., p. 16 e ss.; in argomento anche le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1 e ss.

L'espressione, icasticamente, riassume quello che risulta essere un punto di approdo nello studio del fenomeno e che necessita, tuttavia, di precisi chiarimenti che crediamo debbano partire dal ripercorrere i passaggi che, a livello diacronico, hanno scandito e delineato la fisionomia attuale dell'istituto.

La sua epifania, come noto, viene tradizionalmente fatta coincidere con la ricostruzione teorica del giurista tedesco Rudolf von Jhering<sup>3</sup>.

Ma cosa accade prima di questo snodo fondamentale<sup>4</sup> nell'evoluzione della costruzione della figura giuridica della responsabilità precontrattuale?

Prima dell'elaborazione di Jhering le scorrettezze anteriori alla stipulazione del contratto avevano rilevanza soltanto in quanto configurabili quali illecito civile o quali vizi del consenso.

Andando a ritroso, ripercorrendo rapidamente le tappe di quello sviluppo diacronico, è possibile osservare come le fonti romane<sup>5</sup> non conoscano l'istituto<sup>6</sup> e soltanto a partire dall'epoca post-classica e giustiniana il diritto e i suoi cultori iniziano a preoccuparsi della corretta formazione del contratto.

Si comincia, in questa fase storica, ad assegnare rilievo alla ricerca della reale volontà del soggetto, attraverso l'interpretazione soggettivistica delle forme di esteriorizzazione della volontà<sup>7</sup>.

Nel periodo romano classico risultava punito soltanto il *dolus in contrahendo* attraverso

---

<sup>3</sup>R. von JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861; nella versione italiana, *Della culpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. a cura di F. Pirocchi, Napoli, 2005, p. 83 e ss.

<sup>4</sup>Sui fraintendimenti in cui la dottrina italiana è incorsa nell'analisi del pensiero dell'Autore cfr. le riflessioni di C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 40 e ss.; ID, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, cit., p. 165 e ss.

<sup>5</sup>Per un'accurata ricostruzione storica della *culpa in contrahendo*, che segue i diversi passaggi, dalle fonti romane alle codificazioni italiane, passando per la ricostruzione germanistica, le riflessioni di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 9 e ss.

<sup>6</sup>La vicenda prospettata da Cicerone nel *De Officiis* (III) evidenzia, comunque, un'attenzione al tema nell'antichità classica: sul punto, per ulteriori approfondimenti, P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 239.

<sup>7</sup>Cfr. A. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1991, p. 98.

l'*actio doli*<sup>8</sup>, azione penale, esperibile entro l'anno e intrasmissibile agli eredi, se non nei limiti dell'arricchimento<sup>9</sup>.

A partire dall'inversione di tendenza evocata, i vizi del consenso assumono la fisionomia attuale<sup>10</sup> - familiare anche alla ricostruzione normativa e dogmatica dell'ordinamento interno - e divengono, pertanto, causa di invalidità del contratto<sup>11</sup>.

Sia l'*actio doli* che l'*actio quod metus causa*<sup>12</sup> perdono la loro connotazione fortemente penalistica e iniziano a essere funzionali all'annullamento del negozio viziato.

Il cambiamento di prospettiva implica, alla radice, una modificazione della concezione del negozio e soprattutto dei suoi effetti: esso in origine poneva una rigida alternativa ai suoi interpreti: poteva considerarsi o valido ed efficace o nemmeno sorto; da questo dilemma non si poteva rifuggire.

E' ora possibile paralizzare gli effetti del negozio sulla base dell'iniziativa della parte il cui consenso risulti viziato.

Il passaggio è, per le ipotesi di patologica formazione del consenso, dalla concessione di un'azione penale all'utilizzo di un'azione *ex contractu*<sup>13</sup>. Le azioni contrattuali, essenzialmente tipiche, vengono concesse anche nel caso di contratto concluso invalidamente<sup>14</sup>.

La letteratura giuridica spiega la collocazione delle azioni nell'ambito della contrattualità in ossequio al principio di tipicità che vincolava fortemente i giuristi bizantini.

Essi erano convinti che l'azione, in questa ipotesi, prescindesse dalla contrattualità e si fondasse esclusivamente sull'esistenza di un dovere di buona fede che nasceva in capo ai

---

<sup>8</sup>Sul punto F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 2 e ss.

<sup>9</sup>Cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 35 e ss.

<sup>10</sup>Il passaggio dal piano delittuale a quello invalidativo è ben sottolineato, di recente, da P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., p. 295.

<sup>11</sup>Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1953, p. 170 e ss.

<sup>12</sup>Essa si forma per effetto del diritto pretorio e interviene a tutela del soggetto vittima dell'altrui violenza: anch'essa ha una forte connotazione penale come l'*actio doli*.

<sup>13</sup>Benatti evidenzia che "con Giustiniano la responsabilità derivante da un comportamento scorretto tenuto nella fase precontrattuale fu sanzionata non più dall'*actio doli*, ma dall'*actio ex contractu*, la quale però veniva concessa anche nel caso di nullità del contratto": cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 2

<sup>14</sup>Sul punto L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, p. 365 e ss.



contraenti a partire dal momento in cui i medesimi venivano in contatto.

Tuttavia, il “*nudum nomen*” imponeva la qualifica alla quale erano vincolati, malgrado il rapporto obbligatorio originasse a prescindere dalla volontà delle parti: un rapporto che gli stessi bizantini avrebbero definito *quasi contrattuale*<sup>15</sup>.

In definitiva la tutela che il diritto romano accordava alla parte danneggiata nella fase delle trattative<sup>16</sup> si mostrava “limitata e frammentaria”<sup>17</sup>, poiché non andava oltre le ipotesi espressamente disciplinate dalle fonti<sup>18</sup>.

Questo tipo di atteggiamento non mutò con il diritto comune, in quanto non si percepì, ancora a quell’epoca, l’esigenza di garantire una più completa tutela dei contraenti<sup>19</sup>.

Ulteriore passaggio fondamentale, ai fini della ricostruzione in chiave storica della figura giuridica della responsabilità precontrattuale<sup>20</sup>, sarebbe stato rappresentato dalla disposizione contenuta nel codice prussiano al par. 284,I, - antecedente all’elaborazione dello studioso tedesco – ove questa norma avesse avuto diversa fortuna.

La disposizione statuiva l’obbligo per le parti del contratto di soggiacere, nella fase antecedente alla conclusione, alla medesima responsabilità cui sono sottoposte a cagione della violazione degli obblighi rispettivamente assunti a causa della consegna del bene oggetto del contratto<sup>21</sup>.

---

<sup>15</sup>In questo senso F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 2 e ss.

<sup>16</sup>A cagione, naturalmente, di un contegno scorretto operato da controparte.

<sup>17</sup>Occorre segnalare che il concetto di *bona fides* “oggettiva” è presente anche nell’antica Roma e caratterizza alcuni negozi che devono essere eseguiti sulla base di un giudizio che si basa proprio sul questo canone: in argomento G. GROSSO, *Buona fede (Premesse romanistiche)*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 661 e ss.; nell’ambito della dottrina civilistica, per ulteriori approfondimenti, le riflessioni di L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988, p. 169.

<sup>18</sup>Ci si riferiva, infatti, essenzialmente, all’ipotesi di originaria impossibilità della prestazione o a quella di condotta dolosa o colposa diretta a occultare i vizi o a esagerare i pregi e le qualità delle cose vendute, locate o date in comodato o in pegno: sul punto F. BENATTI, op. cit., p. 3 e ss.; già sul punto cfr. G. GROSSO, *Contenuto e requisiti della prestazioni. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1955, p. 55 e ss.

<sup>19</sup>Sulla distinzione fra *dolus causam dans* e *dolus incidens* come frutto dell’elaborazione dei giuristi medievali, cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 43.

<sup>20</sup>Cfr. M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, p. 1011, nota 111.

<sup>21</sup>In argomento, di recente, V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile del consumatore e d’impresa*, Milano, 2012, p. 15 e ss.; sul punto, inoltre, già le osservazioni di M. L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 2 e ss.

L'assenza di una approfondita trattazione sui possibili sviluppi legati all'interpretazione di questa norma era dovuta, nella sostanza, alla scarsa applicazione che era seguita alla sua introduzione<sup>22</sup>.

Ciò poneva i giuristi in una posizione di assoluta inerzia rispetto alla possibilità di ricavare dal precetto il pennello col quale dipingere i contorni di una figura unitaria con le sembianze della responsabilità precontrattuale moderna.

A parte questo precedente<sup>23</sup>, privo di reale seguito e di adeguata sistemazione teorica, di certo, come accennato, all'Autore tedesco<sup>24</sup> va riconosciuto il merito, oltre che l'indiscusso primato<sup>25</sup>, di aver confezionato una prima sistemazione unitaria tesa a tracciare i confini e le caratteristiche dell'istituto.

Sempre allo studioso tedesco va attribuita l'intuizione di aver colto i mutamenti della realtà socio-economica - che con l'intensificarsi di commercio e scambi commerciali imponevano, in quella mutata temperie storica, l'esigenza di maggiore lealtà e correttezza nei rapporti precontrattuali<sup>26</sup> - e di averli tradotti nella previsione di strumenti idonei a garantire adeguate tutele.

La sua ricostruzione rappresenta pertanto - e non solo in una prospettiva didascalica - il primo gradino di ogni elaborazione dottrina e, ancor prima, di ogni indagine in tema di *culpa in contrahendo*.

Neppure il codice civile napoleonico del 1804 celava, seppure *in nuce*, al suo interno,

---

<sup>22</sup>Lo ricorda recentemente C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 110.

<sup>23</sup>Sul quale, per quanto risulta, non c'è stata sufficiente attenzione da parte della dottrina interna.

<sup>24</sup>Per una ricostruzione in chiave storica dell'evoluzione del pensiero dell'illustre studioso, le osservazioni di F. PIROCCHI, *Nota di lettura*, in R. von Jhering, *Della culpa in contrahendo. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, cit., p. xv e ss.; ivi l'evidenziazione, in particolare, del passaggio dalla mera *Begriffsjurisprudenz* ad un giurisprudenza pragmatica in cui "l'indagine del diritto non è mai fine a se stessa, bensì teleologicamente preordinata alla ricaduta pratica dei propri sforzi". In realtà l'A. pone in risalto la circostanza che il saggio dello studioso rappresenterebbe una sorta di passaggio intermedio nel percorso di Jhering: sarebbe pertanto impossibile ascrivere in maniera netta e unilaterale il lavoro all'uno o all'altro momento della sua speculazione giuridica.

<sup>25</sup>Si esprime nei termini di "scoperta giuridica" DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958, p. 7: l'Autore tedesco (ci riferiamo a Jhering) aveva infatti avuto il primato di proporre al dibattito una tematica che sarebbe rimasta altrimenti sconosciuta; sul ruolo delle rivoluzioni scientifiche e su come esse modificano lo *status quo*, sia concesso il rinvio a T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, (I ed., 1962; II ed., 1970), Torino, 1999, p. 10

<sup>26</sup>Sul punto F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 3 e ss.

testimonianze, anche minime, dell'avventua genesi della responsabilità precontrattuale quale istituto autonomo, fornito di un'interna e intima coerenza, nonché di una completezza e autonomia disciplinare.

La letteratura e la giurisprudenza d'oltre Alpe impiegano differenti strumenti al fine di legittimare soluzioni plausibili che coincidono, nella sostanza, con sanzioni giuridiche volte a reprimere i contegni illeciti consumati dalle parti nella fase precontrattuale.

Oltre alle norme in materia di responsabilità extracontrattuale – in particolare gli artt. 1382 e 1383 – si fa riferimento, per talune fattispecie, alle disposizioni dedicate ai vizi del consenso (artt. 1110 e 1116) o ancora al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e di cui all'art. 1134<sup>27</sup>: ovviamente tentando un ampliamento del suo contenuto precettivo, attraverso l'impiego di adeguati modelli ermeneutici.

Rimane fermo, tuttavia, il dato per cui la colpa precontrattuale appare, all'interno del sistema francese, nella sostanza figura di illecito civile<sup>28</sup>.

## 2. Incidenza della ricostruzione di Jhering sulla disciplina tedesca.

Il modello francese proponeva un modo di concepire la tutela per gli illeciti precontrattuali che si contrapponeva a quello recepito in Germania.

Il sistema tedesco, infatti, basato, come noto, sul principio della tipicità dell'illecito, non consentiva operazioni di assimilazione analoghe a quelle operate dalla letteratura e dalla giurisprudenza francese; si riscontrava, in altri termini, l'impossibilità, a livello dogmatico, di ogni accostamento della *culpa in contrahendo* alle fattispecie di responsabilità extracontrattuale.

Il tentativo fecondo in Francia di collocare la colpa precontrattuale nell'ambito dell'illecito

---

<sup>27</sup>Il disinteresse da parte della dottrina francese per la tematica della responsabilità precontrattuale è sottolineato da A.M. MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999, p. 177 e ss.; cfr., inoltre, F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e atto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e Impresa*, 1991, p. 551.

<sup>28</sup>Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 287 e ss.; sottolinea la tendenza del giurista francese a considerare la responsabilità precontrattuale alla stregua di fatto illecito, F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 11 e ss.

civile attraverso, parrebbe, forme di interpretazione estensiva o analogica<sup>29</sup>, veniva ostacolato, nel sistema tedesco, da una tipizzazione dell'illecito che non consentiva margini interpretativi di particolare ampiezza e flessibilità.

In questo quadro si inserisce l'analisi di Jhering che ha un preciso punto di partenza: essa nasce dall'esigenza concreta di stabilire se possa essere considerato responsabile per il danno cagionato il soggetto colpevolmente causa della invalidità - nello specifico nullità - di un contratto, concorrendo l'affidamento di controparte sulla validità della stipulazione<sup>30</sup>.

Occorre avvertire che l'Autore non volge la sua attenzione prevalente alle ipotesi di contatto pre-negoziale, ma concentra il proprio interesse su una serie di casi tipizzati (*Fallgruppen*) che si caratterizzano per un tratto essenziale accomunante: il *contatto* instauratosi fra due soggetti, anche all'interno di un vincolo negoziale - e prescindendo dalla validità ed efficacia del negozio - in forza del quale uno dei contraenti agisce a discapito dell'altro<sup>31</sup>.

Da un punto di vista metodologico il lavoro è segno dell'evoluzione del pensiero dell'Autore da un'impostazione basata su presupposti essenzialmente dogmatici e coincidente con la logica interna dei concetti, a un metodo in forza del quale sono “*le esigenze della pratica a guidare la costruzione della teoria e non viceversa*”<sup>32</sup>.

Il rigore metodologico cedrebbe il passo, in questo sviluppo concettuale, alle esigenze di tutela<sup>33</sup> e alla necessità di garantire, in ogni caso, scelte interpretative coerenti in cui il

---

<sup>29</sup>Sulla distinzione fra interpretazione estensiva e analogica, nella consapevolezza di una sterminata bibliografia, sia concesso il rinvio a V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in M. MANZIN - P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006, pp- 133-148.

<sup>30</sup>In argomento F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 4 e ss.

<sup>31</sup>In questi termini C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 110; l'Autrice sottolinea, inoltre, come i riferimenti espliciti dell'Autore tedesco fossero a tre fattispecie: la responsabilità risarcitoria a carico del soggetto che aveva indotto il contraente in errore, causando perciò l'annullamento del contratto; la stessa responsabilità a carico del rappresentante senza potere e del venditore di cosa mai venuta ad esistenza.

<sup>32</sup>Così letteralmente, F. PIROCCHI, *Nota di lettura*, in R. von Jhering, *Della culpa in contrahendo. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, cit., p.xliv

<sup>33</sup>Le medesime esigenze giocano un ruolo essenziale nel percorso fatto dall'Autore, anche in ragione dell'impossibilità evidente - che lo studioso riconosce in modo netto - di ricorrere, nella fattispecie richiamata, all'*actio doli* o all'*actio legis Aquiliae*: la prima, infatti, puniva soltanto la condotta dolosa, la seconda presupponeva invece una lesione alla persone o alle cose: sul punto F. BENATTI, *La responsabilità*

risultato appaia comunque adeguato e ragionevole rispetto alle concrete esigenze<sup>34</sup> che si collocano, in virtù di un processo circolare, alla base del prodotto dell'interpretazione.

L'Autore individua nelle fonti romane, in particolare nel Digesto, la risposta all'ipotesi in cui un soggetto alieni una cosa *extra commercium* o un'eredità inesistente, senza comunicare, colposamente, alla controparte l'invalidità di tale negozio.

Nonostante la nullità della vendita, Jhering individua forme di tutela nell'*actio empti*: riconosce in particolare nelle fonti la possibilità di ricorrere a un'azione contrattuale, qualificando, al contempo, la relativa responsabilità per *culpa in contrahendo* quale responsabilità contrattuale<sup>35</sup>.

Il punto nodale che l'Autore tedesco deve sciogliere attiene alla qualificazione nei termini della contrattualità dell'azione evocata, malgrado l'invalidità del contratto.

L'analisi dello studioso si concentra, pertanto, sulla possibilità astratta che il contratto produca effetti giuridici, anche nel caso in cui questi ultimi non possano di fatto coincidere con la facoltà di obbligare le parti all'adempimento.

L'effetto giuridico rilevante diviene, così, l'obbligo al risarcimento del danno per la parte che, conoscendo la nullità del contratto, abbia, nonostante ciò, proceduto alla stipula del contratto medesimo.

Nel caso specifico<sup>36</sup> la responsabilità non nascerebbe dal generale dovere di *neminem laedere*<sup>37</sup>, piuttosto da contegni contrari al principio della diligenza del buon padre di famiglia<sup>38</sup>, applicabile anche alle fasi di formazione del contratto<sup>39</sup>.

---

precontrattuale, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 4 e ss.

<sup>34</sup>Per tutti, E. PARESCE, voce *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1972, p. 203 e ss.

<sup>35</sup>In argomento C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 54 e ss.

<sup>36</sup>Anche Turco sottolinea come l'analisi di Jhering, malgrado parte della dottrina tenda a trascurare questo elemento, non si limiti all'ipotesi di contratto invalido: essa involgerebbe anche le ipotesi di ingiustificato recesso dalle trattative e quella della revoca della proposta successiva all'avvenuta accettazione: sul punto C. TURCO, op. cit., p. 45 e ss.

<sup>37</sup>Una tale interpretazione si scontrerebbe, fra l'altro, con il principio di tipicità dell'illecito al quale abbiamo fatto già cenno nel testo.

<sup>38</sup>Si esprime nei termini di colpa il Benatti; fondamento dell'obbligo risarcitorio sarebbe la colpa (*Verschuldung*); la medesima sussisterebbe, per Jhering, nel caso in cui il venditore ignorasse la circostanza che il bene sia fuori commercio; anche in questo caso si osserva che chi si accinge a stipulare un contratto deve verificare che siano richiesti tutti i requisiti per la sua validità: in questi termini F. BENATTI, *La*

Il dovere di buona fede<sup>40</sup> e l'obbligo per le parti di osservare la diligenza nell'esecuzione del contratto si estenderebbero alla fase delle trattative e della formazione del contratto<sup>41</sup>.

L'Autore si preoccupa, inoltre, di limitare il risarcimento del danno al c.d. *interesse negativo*<sup>42</sup>: ovvero al danno sofferto per la mancata o invalida stipula del contratto. Nonostante la netta distinzione fra interesse negativo e interesse positivo (legato quest'ultimo alla situazione creditoria<sup>43</sup>), in talune ipotesi il primo può innalzarsi fino alle soglie del secondo e di fatto coincidere con esso<sup>44</sup>.

L'intuizione complessiva dello studioso è stata di recente schematizzata a mezzo della considerazione per cui l'elemento accomunante le ipotesi esaminate da Jhering (*Fallgruppen*) sia di fatto rappresentato dal "*principio per cui colui che ha ingenerato nella controparte un affidamento*<sup>45</sup> meritevole di tutela, rimasto poi deluso, è tenuto al

---

*responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 6 e ss.

<sup>39</sup>B. WINDSCHIED, *Diritto delle pandette*, trad. e note a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, vol II, Torino, 1930, p. 187.

<sup>40</sup>Per gli attuali riferimenti normativi al principio di buona fede e correttezza cfr. par. 157 e 242 del BGB; su queste tematiche, con riferimento all'impostazione accolta dalla *CESL (Common European Sales Law)* in tema di doveri precontrattuali, cfr. K. STEENGAARDI, C. TWIGGER-FLESNER, *Precontractual Duties*, in *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, a cura di G. Dannemann e S. Vogenauer, Cambridge, 2013, p. 228 e ss.

<sup>41</sup>Sul punto A. DE MAURO, F. FONTEGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002, p. 41; in argomento più di recente V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit. p. 26 e ss.

<sup>42</sup>Il tema del danno e quindi dell'interesse negativo è estraneo a quella impostazione che non riconosce nel fenomeno che stiamo analizzando una vera e propria ipotesi di responsabilità, riducendo la tematica al concetto di imputazione: cfr. F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, cit., *passim*

<sup>43</sup>Che origina dalla stipulazione di un contratto valido e pertanto produttivo di tutti i suoi effetti giuridici.

<sup>44</sup>R. von JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Vertragen*, cit., p. 42.

<sup>45</sup>Preliminari agli studi sull'affidamento si considerano gli studi sul concetto di apparenza; per alcuni riferimenti essenziali cfr. R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, *passim*; più di recente A. RICCIO, *La tendenza generalizzatrice del principio dell'apparenza del diritto*, in *Contr. Impr.*, 2003, p. 520. È opportuno già in questa fase della trattazione distinguere l'apparenza pura, che non coinvolge il fenomeno del quale ci occupiamo, dal c.d. affidamento ragionevole incolpevole; mentre la prima può definirsi come fatto oggettivo che opera *erga omnes*, il c.d. dovere di coerenza al quale si riferisce il secondo fenomeno sorge soltanto all'interno di una relazione privilegiata, quale quella che può instaurarsi a seguito dell'insorgere delle trattative. Soltanto in questo secondo caso, l'affidamento assurge a principio, quindi ha vigore a prescindere dalle fattispecie tipizzate che contraddistinguono la c.d. apparenza pura (es. art. 534 c.c.; art. 113 c.c.; art. 1189 c.c.; art. 1729 c.c.). In argomento per ulteriori approfondimenti cfr. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 88 e ss.)

*risarcimento del danno*<sup>46</sup>.

Se questo risultato può considerarsi attualmente patrimonio comune a diverse culture giuridiche, in quali termini si è concretizzata l'influenza dello studioso sul sistema tedesco? Il lascito del pensiero dell'Autore al modello germanico è certamente degno di considerazione, e si apprezza ancora oggi.

Prima della riforma del 2002 - che ha toccato in modo consistente il diritto delle obbligazioni tedesco<sup>47</sup> - infatti, si faceva ricorso alla nozione di "contatto sociale" al fine di sanzionare le condotte illecite nella fase precontrattuale<sup>48</sup>.

L'instaurarsi della fase delle trattative era motivo della nascita di un affidamento fra i soggetti che entrano in contatto, in grado di imporre l'obbligo di lealtà e correttezza<sup>49</sup>.

La giurisprudenza tedesca, in questa fase, configura la responsabilità precontrattuale quale forma di responsabilità contrattuale da contatto, aggirando così l'ostacolo rappresentato dal sistema di tipicità dell'illecito civile.

Il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, codificato nel BGB al par. 242, viene esteso alla fase precontrattuale<sup>50</sup> con l'effetto di consentire l'individuazione di forme

---

Sui criteri distintivi fra *estoppel* e apparenza cfr. R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio. La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2005, p. 243 e ss. Il principio dell'affidamento in materia contrattuale è definito, di recente, da G. ALPA, in *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 133; già sul tema le considerazioni di R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 662.

<sup>46</sup>Sul punto, in questi termini, C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. p. 100.

<sup>47</sup>In argomento, fra gli altri, U. MAGNUS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2004, p. 680 e ss.

<sup>48</sup>Ci si è anche espressi affermando che "le parti di una trattativa [...] stanno in uno speciale rapporto (*Sonderverbindung*) che dà origine ad una serie di obblighi reciproci, ispirati al concetto di buona fede e correttezza, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale": così A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1998, XVIII, p. 396 e ss.

<sup>49</sup>Anche qualora ci si affidi alla letteratura giuridica straniera si potranno incontrare riflessioni analoghe: "[...] the relationship between negotiating parties is in some sense a legal relationship; at least, that is the underlying rationale of some systems in imposing precontractual liability. And so if the law of tort is perceived as being aimed at the protection against loss inflicted outside the context of a pre-existing legal relationship, then the precontractual phase does not quite fit the model of tort either"; in questi termini cfr. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, in *Precontractual liability in European Private Law*, a cura di Cartwright, Hesselink, Cambridge, 2008, p. 457 e ss.

<sup>50</sup>Cfr. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360 e ss.

di responsabilità precontrattuale<sup>51</sup> per le ipotesi di violazione del principio nella fase delle trattative.

L'opera creatrice della giurisprudenza tedesca<sup>52</sup>, che si sviluppa sulla scia del pensiero di Jhering, trova un'espressa conferma nella codificazione.

Il BGB, infatti, al par. 311, comma 2 riconosce<sup>53</sup>, per effetto della citata riforma, il principio in forza del quale il rapporto obbligatorio, con conseguente obbligo di protezione nei confronti di controparte, sorge anche nel caso di trattative individuali<sup>54</sup>.

Il diritto tedesco attraverso la codificazione qualifica, pertanto, la responsabilità precontrattuale quale responsabilità contrattuale e non fa emergere alcuna differenziazione fra violazione precontrattuale e contrattuale dell'obbligo di prestazione per come inteso dal par. 241 del BGB<sup>55</sup>.

Ne inferisce che la relazione nascente dall'instaurarsi delle trattative rappresenta un rapporto obbligatorio vero e proprio<sup>56</sup>: di conseguenza la violazione dei doveri che

---

<sup>51</sup>Si sofferma sull'origine giurisprudenziale della regola che fonda l'istituto della *culpa in contrahendo* (par. 242 del BGB), S. PATTI, in *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 266

<sup>52</sup>Patti sottolinea l'atteggiamento critico della dottrina nei confronti della possibilità di conciliare la creazione di regole giurisprudenziali con il principio di divisione dei poteri: S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 38 e ss.

<sup>53</sup>Cfr. in argomento M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Orestano, Navarretta, in *Trattato diretto da Gabrielli*, Torino, 2011, p. 442.

<sup>54</sup>In argomento cfr. anche P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 84 e ss.; l'Autrice evidenzia in particolare la differenza fra l'ordinamento tedesco che colloca nell'alveo della responsabilità contrattuale la figura in oggetto e l'ordinamento italiano che parrebbe collocare nel settore del *tort* le questioni relative alla responsabilità precontrattuale, sulla base, probabilmente, dell'influenza del modello francese. Come vedremo, comunque, anche nel contesto interno non si può giungere a una soluzione assolutamente univoca in ragione del fatto che la natura giuridica della responsabilità precontrattuale appare circondata, ancora oggi, da un velo di incertezza a causa delle differenti ricostruzioni dottrinarie e dei molteplici argomenti prospettati; anche nel nostro ordinamento, tuttavia, si segnalano impostazioni che collocano la responsabilità precontrattuale nell'ambito della contrattualità. Recentemente queste tendenze ermeneutiche tendono a campeggiare anche nel contesto del formante giurisprudenziale. Sul punto torneremo comunque con maggiore agio nel corso della trattazione.

<sup>55</sup>Nello specifico, mentre il par. 311 comma 2 dispone che "un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al par. 241, comma 2 sorge anche mediante l'avviamento di trattative precontrattuali"; il comma 2 del par. 241 dispone che "il rapporto obbligatorio può obbligare, secondo il suo contenuto, ciascuna parte al rispetto dei diritti, dei beni giuridici e degli interessi dell'altra parte"

<sup>56</sup>In argomento, recentemente, V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit. p. 29 e ss.; sul punto già S. PATTI, in *Codice civile tedesco*, Bürgerliches



regolano questo rapporto conduce a una forma di responsabilità che non può che considerarsi contrattuale<sup>57</sup>.

### 3. *Culpa in contrahendo e ordinamento interno.*

Il codice civile del 1865 si mostra privo di regole che disciplinino l'istituto giuridico in maniera sistematica e organica.

La responsabilità precontrattuale, nonostante l'impegno meritorio del giurista tedesco, è ignota al legislatore ottocentesco.

In questa fase storica gli insegnamenti jheringhiani sono troppo recenti per esercitare una influenza diretta sul legislatore<sup>58</sup>; non vi è stata ancora sufficiente rielaborazione e sistematizzazione del pensiero dell'Autore.

In questa temperie, inoltre, il modello francese<sup>59</sup> dimostrava tutta la sua influenza sulla codificazione ottocentesca e alla tendenziale indifferenza rispetto al tema si accompagnavano interpretazioni alla luce delle quali la figura "responsabilità precontrattuale" dovesse essere ricondotta all'ambito della responsabilità extracontrattuale<sup>60</sup>.

---

Gesetzbuch (*Traduzione e presentazione a cura di S. Patti*), Milano, 2005, p. XIV.

<sup>57</sup>La teoria unitaria del rapporto obbligatorio come rapporto complesso che si instaura a partire dalle trattative precontrattuali, prima e prescindendo dalla nascita del vincolo contrattuale e dell'obbligo di prestazione per effetto della buona fede innescata dalle trattative, viene elaborata compiutamente da H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, Acp, 1932, p. 285 e ss.; sul punto, nel contesto della dottrina italiana, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo, invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 10.

<sup>58</sup>Così M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1051; ritorna sul punto D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, p. 158.

<sup>59</sup>Per alcuni timidi, ma importanti segnali di recepimento del rilievo della regola di buona fede nelle trattative cfr. M. MANTOVANI, in *Commento all'art. 1337 c.c.*, cit., p. 442, nota 4.

<sup>60</sup>Si è osservato che "le disposizioni del *Code Civil* che vengono utilizzate al fine di tutelare il contraente nella fase delle trattative (*période précontractuelle*) sono quelle relative alla responsabilità extracontrattuale (art. 1382 c.c.) ed ai vizi del consenso (artt. 1110, 1116 c.c.)": A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1998, XVIII, p. 391 e ss; l'A. rileva, inoltre, come "il giurista francese è avvezzo ormai, ravvisati gli estremi del danno, del comportamento delittuoso e del nesso di causalità, a trattare la scorrettezza precontrattuale come un qualsiasi fatto illecito"

Le ipotesi di *culpa in contrahendo*, quali espressioni del generale principio del *neminem laedere*, erano pertanto tutte riconducibili al contenuto precettivo<sup>61</sup> dell'art. 1151 del codice civile<sup>62</sup>, antesignano dell'attuale art. 2043 c.c.

La disposizione stabiliva che “ogni fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno”.

La presenza nel sistema di questa norma faceva di fatto venir meno l'urgenza di formulare una regola generale in materia di responsabilità precontrattuale<sup>63</sup>.

La letteratura giuridica che si muoveva in questo contesto storico e sistematico cominciava, tuttavia, a preoccuparsi della questione relativa alla delimitazione, anche temporale, del periodo delle trattative, e al valore giuridico delle medesime.

In questo scenario si segnala certamente, per importanza e originalità, la ricostruzione del Faggella al quale si devono gli sforzi maggiori e più compiuti di sistemazione della figura - o meglio delle esigenze a essa sottese - in un contesto privo di riferimenti normativi espliciti.

L'Autore considera l'avvio delle trattative il momento nel quale le parti possono agire in assoluta libertà, al di fuori di ogni vincolo giuridico.

Egli delinea, tuttavia, un preciso *iter* che contraddistingue la fase antecedente alla stipulazione del contratto.

Il periodo delle trattative risulta caratterizzato dalla riconducibilità dei contegni illeciti alla sfera della responsabilità extra-contrattuale, in ragione dell'assenza di vincoli giuridici. Nel momento in cui fra le parti, tacitamente<sup>64</sup>, si realizza lo scambio della volontà autorizzativa a trattare, si cristallizza l'affidamento sulla continuazione fisiologica della

---

<sup>61</sup>Fuori da questo ambito disciplinare si inserivano, tuttavia, quelle ipotesi nelle quali non era configurabile una effettiva violazione di diritti assoluti: cfr. sul punto L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 721 e ss.; accanto alla disposizione richiamata nel testo si collocava anche l'art. 1124 c.c. che prevedeva uno specifico obbligo di comportarsi secondo buona fede: il suo ambito, sebbene riconducibile esclusivamente, sulla base di un'interpretazione letterale, alla fase dell'esecuzione del contratto veniva esteso anche alle ipotesi di interpretazione del contratto; per ulteriori approfondimenti, F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale, Il preliminare le trattative*, cit., p. 73 nota 3.

<sup>62</sup>Sul punto per tutti L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., p. 721 e ss.

<sup>63</sup>Sul punto F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 9

<sup>64</sup>Questo esame diacronico della fase delle trattative è descritto da G. FAGGELLA, in *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1916, p. 36 e ss.

fase delle trattative che culminerà, in positivo, con la stipula del contratto, in negativo con la comune convinzione dell'impossibilità di raggiungere un accordo.

Il tacito consenso appena evocato è violato nel momento in cui una delle parti receda unilateralmente - e ingiustificatamente, potremmo aggiungere - impedendo che le trattative culminino in modo fisiologico, in senso positivo o negativo, quindi, con l'accordo di entrambe le parti.

Questo orientamento evidenziava, meritoriamente, la necessità di una regolamentazione del "lavoro preparatorio" dei contraenti.

La soluzione è individuata, tuttavia, a mezzo di una *fictio* necessaria a rendere giuridicamente rilevanti le esigenze di tutela sottese all'instaurarsi della fase delle trattative. La finzione coincide con il riconoscimento di un concreto valore giuridico all'accordo tacito autorizzativo; la sua "invenzione" colmerebbe di fatto la lacuna rappresentata dall'assenza di una previsione - analoga a quella che verrà introdotta dal codice del '42 - che riconosca, in maniera diretta, rilevanza giuridica al momento delle "trattative" e a quello della "formazione del contratto", disciplinando obblighi reciproci fra le parti.

Sull'impostazione del Faggella, soprattutto in relazione ai rapporti di questa lettura con quella di Jhering, si è di recente sottolineato come l'Autore italiano non abbia poi concretamente sfruttato la ricostruzione dello studioso tedesco, nonostante avesse contezza degli esiti di quelle letture; egli "ancorato al volontarismo negoziale condito di finzioni ritenne che la responsabilità da quella che egli chiama intempestiva rottura delle trattative non fosse *culpa in contrahendo*, bensì responsabilità per rottura dell'accordo tacito [...] che le parti concludevano per entrare in trattativa"<sup>65</sup>.

Dal punto di vista dell'esame delle conseguenze giuridiche si prestava - nella ricostruzione evocata - particolare attenzione all'obbligo di risarcimento del danno derivante dal

---

<sup>65</sup>Così C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 13; di fatto le ipotesi studiate da Jhering e quelle analizzate dal Faggella sarebbero confluite, per il tramite della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c., in ipotesi concretizzate attraverso differenti processi di tipizzazione: a) art. 1338 c.c., per il caso di mancata comunicazione di una causa di invalidità; b) costante opera di concretizzazione giurisprudenziale che ha condotto all'individuazione della fattispecie ingiustificato recesso dalle trattative.

ricorrere delle ipotesi: a) recesso ingiustificato dalle trattative; b) revoca della proposta; c) vendita di cosa altrui<sup>66</sup>.

L'assenza di una regola generale in tema di responsabilità precontrattuale faceva sì che rimanessero principi generalmente validi quelli della libera volontà delle parti e come corollario, anche se in negativo, la non vincolatività delle trattative<sup>67</sup>.

Anche la giurisprudenza, sebbene in un clima ostile a questo orientamento<sup>68</sup>, cominciava negli ultimi anni di vigenza del codice, a modificare il proprio orientamento sostenendo, in alcune pronunce<sup>69</sup>, le tesi del Faggella<sup>70</sup>, o quanto meno le esigenze che quelle tesi si preoccupavano di valorizzare.

Lo sforzo è di restituire adeguata rilevanza giuridica alla fase delle trattative, al fine di porre un argine ai contegni scorretti perpetuati dalle parti.

#### 4. Il codice civile del 1942

Il codice del 1942, a un'attenta analisi, pare recepire l'impostazione di Jhering e lo fa attraverso la predisposizione di un "micro-sistema" normativo, racchiuso in due disposizioni: gli artt. 1337 e 1338 c.c.<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup>Sul punto sempre G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Giur.*, 1909, p. 128 e ss.; in argomento, inoltre, nella consapevolezza di una ben più ampia bibliografia, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 512 e ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze, 1925, p. 349. Sull'importanza degli studi del Faggella in ambito di responsabilità precontrattuale, si sofferma recentemente C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., 2010, p. 12 e ss.

<sup>67</sup>In dottrina G. CARRARA, *La formazione del contratto*, Milano, 1915, p. 12 e ss.; più di recente sul punto A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., p. 398.

<sup>68</sup>E' stato sottolineato come "nel primo 900", il tema della *sanzionabilità* del recesso dalle trattative si impone, tramite alcune sentenze innovatrici, all'attenzione della dottrina che, nella maggior parte dei casi, ne dichiara l'estraneità al sistema"; così D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit. p. 158 e ss., ove anche ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>69</sup>Cfr. *ex multis* App. Venezia, 11 giugno 1924, in *Foro It.*, 1924, I, c. 1013 e ss.

<sup>70</sup>In senso critico alla ricostruzione del Faggella, per tutti, A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, in *Dir. Comm.*, 1910, I, 2, p. 235.

<sup>71</sup>Di recente si è sottolineato che "il fondamento concettuale ultimo, alla base di entrambe le disposizioni, sta [...] nella moralizzazione della condotta di entrambe le parti, anche precedente alla stipulazione di vincolo negoziale, in modo da promuovere la lealtà dei rapporti, anche commerciali, in una prospettiva di

Occorre un chiarimento: quando evochiamo il tema del recepimento dell'impostazione dell'Autore tedesco ci riferiamo, non tanto a una pedissequa riproposizione delle soluzioni adottate da quella elaborazione all'interno del nostro sistema; quanto, piuttosto, all'idea sottesa a quegli studi, di trattare in maniera unitaria e organica la figura "responsabilità precontrattuale".

L'eredità del pensiero del giurista tedesco traspare, inoltre, in maniera evidente dalla volontà del legislatore di elevare - a mezzo dell'art. 1338 c.c. - a figura paradigmatica di responsabilità precontrattuale l'ipotesi di mancata comunicazione delle cause di invalidità del contratto<sup>72</sup>.

Resiste, a ogni modo, la differenza di fondo fra la finalità che si intendeva perseguire attraverso la ricostruzione dell'istituto proposta dall'Autore e quella che negli anni è stata ricondotta all'art. 1337 c.c., a mezzo di una costante opera di ricostruzione teorica.

La prima si apprezza, infatti, quale limite alla teoria volontaristica strumentale all'individuazione di una tutela risarcitoria a favore della controparte dell'errante per il caso in cui l'automatica invalidità dell'atto viziato da errore sia dovuta a colpa; la seconda appare coincidere, invece, con l'intento di introdurre elementi di moralizzazione della condotta anche nella fase delle trattative contrattuali<sup>73</sup>.

Al di là di queste differenze, il dato utile al fine di coonestare l'affermazione del recepimento legislativo dell'impostazione dogmatica jheringhiana, si risolve nella previsione, per penna del legislatore del '42, di una disciplina compiuta che, sebbene scarna, tratta la responsabilità precontrattuale in maniera organica, elevandola a vero e proprio istituto giuridico.

---

cooperazione, al fine di spingere ciascun contraente a salvaguardare gli interessi della controparte nei limiti di un apprezzabile sacrificio": così C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. p. 119 e ss. In argomento anche le osservazioni di C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 162. Sul punto torneremo a breve nel corso della trattazione.

<sup>72</sup>Al contempo il legislatore instaura uno strettissimo legame fra la clausola generale espressa a mezzo dell'art. 1337 del codice civile e le disposizioni che fanno esplicito riferimento alla buona fede in senso oggettivo e in particolare agli artt. 1175, 1366, 1375 del codice civile.

<sup>73</sup>In argomento C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 326; ritorna di recente sul punto T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità precontrattuale*, cit., p. 200.

## 5. *Le reazioni alla nuova impostazione.*

Nonostante il dato incontestabile dell'introduzione della nuova disciplina, fredda pare la reazione alla nuova impostazione.

I commentatori sono restii a riconoscere la sostanza "rivoluzionaria" del nuovo modello rispetto a quello rappresentato dal codice civile del 1865 che – come appurato - mancava di ogni riferimento chiarificatore rispetto al tema della responsabilità precontrattuale.

Si affermava, in particolare, con evidente atteggiamento demolitorio o quanto meno minimizzante, il carattere di norma di secondo grado dell'art. 1337 c.c. e, pertanto, l'assenza di ogni valore precettivo autonomo in capo alla stessa disposizione.

La possibilità di attribuire un contenuto normativo ultroneo rispetto alle singole disposizioni che danno attuazione alla clausola<sup>74</sup> pareva fuoriuscire dall'orizzonte delle possibili interpretazioni.

L'applicabilità dell'istituto poteva sostenersi solo per le ipotesi di violazione di diritti già riconosciuti e esplicitamente disciplinati da altre disposizioni, qualificabili pertanto nei termini di norme primarie<sup>75</sup>.

L'unica applicazione plausibile della disposizione consisteva, nella sostanza, nell'art. 1338 del codice civile e ciò attraverso l'individuazione di un rapporto da *genus* a *speciem* fra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c.<sup>76</sup>.

Queste prime e forse frettolose conclusioni poggiano sul riconoscimento di un'ontologica incompatibilità fra la disposizione sulla buona fede precontrattuale e la sua astratta portata precettiva, con le esigenze sottese alle relazioni commerciali e prima di tutto con l'interesse

---

<sup>74</sup>Con riferimento alla clausola generale dell'abuso del diritto queste riflessioni sono proposte da C. SALVI, *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 2.

<sup>75</sup>Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro It.*, 1963, I, c. 1769; in dottrina cfr. S. RODOTA', *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1283; di recente G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 53 e ss.

<sup>76</sup>G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 88 e ss. L'irrilevanza sostanziale dell'art. 1337 c.c. e il "ruolo" di mero rilievo formale della disposizione è sottolineata dallo stesso Autore in ID, *Il principio di buona fede*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1964, p. 163.; sul punto inoltre M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., 145 e ss.

“egoistico”<sup>77</sup> di ogni singolo contraente<sup>78</sup>.

Nell’alveo delle conseguenze delle argomentazioni riportate si collocherebbe, certamente, il riconoscimento di un nesso indissolubile fra il tema della responsabilità precontrattuale e il concetto di *interesse negativo*, inteso unico criterio risarcitorio rispondente a una coerente sistemazione dell’istituto<sup>79</sup>.

Da un punto di vista dell’analisi storica questa ricostruzione subisce profondamente l’influenza del pensiero di Jhering.

Alla radice di questo complessivo atteggiamento si colloca, inoltre, la ritrosia con la quale la letteratura giuridica e la giurisprudenza<sup>80</sup> hanno guardato, per molto tempo, alle clausole generali<sup>81</sup>, evidenziando, in particolare, l’inidoneità di questi strumenti alla produzione immediata di effetti giuridici<sup>82</sup>.

Il rischio di “decisionismo giudiziale” e di incrinatura forte del principio di certezza del diritto assieme a pregiudizi di carattere ideologico<sup>83</sup>, che si immergono nella temperie

---

<sup>77</sup>Se torniamo alla vecchia definizione di Durkheim (*La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Milano, 1962, p. 218 e ss.) del contratto come “tregua provvisoria tra le parti” potremmo aggiungere che la buona fede rappresenta la regola delle regole della tregua; in argomento S. RODOTA’, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1981, p. 733; applicando la metafora alla fase precontrattuale e quindi al momento delle trattative potrebbe dirsi che la buona fede rappresenta la regola dalla quale emanano le regole della tregua

<sup>78</sup>In dottrina cfr. A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1947, p. 97, n. 2.

<sup>79</sup>In questi termini cfr. E. PELLECCCHIA, *La correttezza precontrattuale fra trattazione e innovazione*, in *Liber Amicorum per Francesco Busnelli*, Milano, 2008, p. 498.

<sup>80</sup>Per alcune osservazioni critiche, fra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell’art. 1337 c.c.*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 780 e ss.

<sup>81</sup>In tema di clausole generali, nella consapevolezza di una sterminata bibliografia, per alcuni riferimenti essenziali, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna e Roma, 1988, p. 284 e ss.; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 1988, p. 403 e ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, passim; F. MACARIO, *Commento sub. Art. 1375 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navaretta e Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 730 e ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, p. 360 e ss.

<sup>82</sup>Sul punto, in giurisprudenza, cfr., ad esempio, Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. Giur.*, 1981, p. 133 e in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, p. 167.

<sup>83</sup>Si è scritto in modo esemplare e, fuor di metafora, che “i giuristi non hanno avuto e non hanno bisogno di riferirsi alla buona fede per piegarsi alle dittature o ai programmi dei gruppi che occupano i ruoli di comando”: cfr. S. RODOTA’, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 716; sul problema politico della buona

culturale e politica in cui la codificazione prende vita, rappresentano i principali argomenti che pongono la letteratura giuridica dell'epoca a guardare con scetticismo a queste particolari tecniche di conformazione della fattispecie normativa<sup>84</sup>.

L'affinarsi della riflessione sulle clausole<sup>85</sup> ha accompagnato anche, negli anni, la rilettura della disposizione generale sulla responsabilità precontrattuale.

E' stato così via via riconosciuto al legislatore un duplice merito: in primo luogo l'art. 1337 del codice civile, per come strutturato, consentirebbe di affrancare l'interprete dall'onere di verificare se la *culpa in contrahendo* possa considerarsi fenomeno immanente al sistema giuridico<sup>86</sup>.

L'ampia formula della disposizione consentirebbe, inoltre, di estendere il suo ambito applicativo sino a comprendere le ipotesi in cui sia stato concluso un contratto valido, o non si sia giunti ad alcun tipo di contratto in ragione dell'interruzione delle trattative<sup>87</sup>.

Il contenuto precettivo della disposizione è andato così via via ampliandosi ed è stato possibile sussumere nella norma anche ipotesi quali il rilevante e ingiustificato ritardo nella conclusione del contratto, il recesso ingiustificato dalle trattative<sup>88</sup>.

In senso più generale si è riconosciuto all'art. 1337 c.c.<sup>89</sup> il merito di consentire la

---

fede, per maggiori approfondimenti, D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, p. 531 e ss.

<sup>84</sup>Sulla contrapposizione fra questa particolare tecnica di conformazione delle fattispecie e le fattispecie analitiche, S. RODOTÀ, *Il tempo della clausole generali*, cit., p. 714.

<sup>85</sup>La dottrina italiana ha ridestato il proprio interesse nei confronti delle clausole generali a partire dagli anni '60 e '70: un ruolo fondamentale deve essere riconosciuto agli studi sviluppati in questo settore da Stefano Rodotà in, fra gli altri luoghi, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro Padano*, 1964, p. 1283 e ss.; ID, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, p. 83 e ss.; ID, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 e ss., ristampa integrata 2004, spec. p. 184 e ss.

<sup>86</sup>L'immanenza della regola rispetto al sistema renderebbe superfluo il disposto dell'art. 1337 c.c. nelle argomentazioni di C. PEDRAZZI, *Iganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 204.

<sup>87</sup>Così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012 (Napoli), p. 13 e ss.

<sup>88</sup>In argomento cfr. A. ALBERIGI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, II, 1092 e ss.

<sup>89</sup>Il collegamento diretto della norma con il controllo e sindacato sull'esercizio del potere di autonomia privata che si estrinseca nella libertà di addivenire o meno alla stipula del contratto è sottolineato da P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 539; sottolinea il ruolo centrale dell'art. 1337 c.c., all'interno del sistema, E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra trattazione e innovazione*, cit. p. 497. Già Polacco aveva riconosciuto il carattere attraentissimo del tema e soprattutto il ruolo di fonte di una serie di interrogativi che riportano al cuore e al



concettualizzazione di una responsabilità delle parti in presenza di una situazione di pendenza delle trattative; ciò essenzialmente senza – come invece era accaduto nel passato – dover rintracciare quella medesima regola di responsabilità in altre disposizioni e attraverso strumenti interpretativi che nulla avevano a che fare con l'applicazione diretta dell'art. 1337 c.c.<sup>90</sup>.

Potremmo dire, schematizzando, che si consuma il passaggio da una configurazione della disposizione quale norma di secondo grado<sup>91</sup> a una concezione che restituisce alla norma l'attributo di disposizione di primo grado e il suo intrinseco valore precettivo, con applicabilità immediata in conformità alle intenzioni sufficientemente esplicitate dal legislatore del 42'.

#### 6. *La responsabilità precontrattuale: nozione e problemi.*

La proposta di una nozione di responsabilità precontrattuale, anche meramente stipulativa, consente di evidenziare i principali aspetti tematici ai quali la nozione stessa rimanda, oltre al metodo di analisi che impiegheremo.

La definizione proposta si colloca immediatamente nell'ottica di un accostamento fra l'istituto e la c.d. *libertà negoziale*: è possibile, infatti, definire la responsabilità precontrattuale quale responsabilità conseguente alla lesione della libertà negoziale<sup>92</sup>.

La *culpa in contrahendo* si concilia con il concetto di libertà contrattuale<sup>93</sup> poiché opera, in positivo, quale strumento atto a garantire comportamenti corretti durante la fase delle

---

centro del sistema: sul punto cfr. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 508.

<sup>90</sup>A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., p. 398.

<sup>91</sup>Sul punto certamente V. M. TRIMARCHI, in *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, p. 20 e ss.; ove può leggersi che “in mancanza di un obbligo contrattuale, non può ammettersi una responsabilità per danni per la violazione del principio del *neminem laedere* [...] se essa non incide nel rispetto del diritto altrui”.

<sup>92</sup>In questi termini cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile III. Il contratto*, cit., p. 155.

<sup>93</sup>Sul ruolo altalenante del concetto, P.S. ATIYAH, *The rise and Fall of Freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, *passim*; con riferimento alla letteratura italiana, A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, Alpa e Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, I, aggiorn. 1991-1998, in *Giur. Sist. Civ. e Comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 26 e ss.

trattative<sup>94</sup>.

La clausola rappresenta una forma di garanzia e di salvaguardia di tutte le specificazioni dell'autonomia privata nella fase di avvicinamento al contratto: "libertà da vincoli non voluti", e positiva "aspirazione allo svolgimento di un'attività negoziale che non sia alterata da prevaricazioni fondate su uno sviamento del concreto esercizio della libertà del soggetto contrapposto"<sup>95</sup>.

Tutto il "micro sistema" (art. 1337-1338 c.c.) appare comunque ispirato da un fondamento comune. Esso risiederebbe nella moralizzazione della condotta di entrambe le parti, "in modo da promuovere la lealtà dei rapporti commerciali in una prospettiva di cooperazione, al fine di spingere ciascun contraente a salvaguardare gli interessi della controparte nei limiti di un apprezzabile sacrificio"<sup>96</sup>.

La radice costituzionale<sup>97</sup> del fondamento della clausola di buona fede<sup>98</sup> e di tutto il microsistema<sup>99</sup>, implica, tornando per un attimo all'accostamento proposto in principio di paragrafo, che la medesima clausola non possa essere considerata quale limitazione esterna

---

<sup>94</sup>F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 9 e ss.

<sup>95</sup>Così E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra trattazione e innovazione*, cit. p. 498; sul punto cfr. già R. SACCO, *L'abuso delle libertà contrattuali*, in *Diritto privato III*, Padova, 1997, p. 228.

<sup>96</sup>Così C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*, Milano, 2008, p. 390 e ss.; l'Autrice sottolinea inoltre la differenza fra il sistema interno e quello anglosassone, nel quale la propensione moralistico-solidaristica sarebbe assolutamente assente, con riferimento specifico all'impossibilità di adattare la figura dell'*estoppel* alla tematica della responsabilità precontrattuale: sul punto cfr. comunque quanto diremo nel testo.

Sulla funzione dell'art. 1337 del codice civile orientata a "moralizzare la fase precontrattuale e così garantire la tutela dell'interesse ad un comportamento leale e corretto durante tutto il procedimento di formazione del consenso" le considerazioni di G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p.12 e ss.

<sup>97</sup>Il riferimento è in particolare agli artt. 2 e 3 della Costituzione; parte della dottrina rileva che la clausola di buona fede darebbe rilevanza anche ad altre istanze costituzionalmente rilevanti: per ulteriori approfondimenti G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 34

<sup>98</sup>Si è evidenziato che il tecnicismo insito nel diritto delle obbligazioni non può condurre a una qualificazione del medesimo settore nei termini di diritto storico e valutativo: così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 551 e ss.

<sup>99</sup>Impiega l'espressione "microsistema della *culpa in contrahendo*", E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, cit., p. 505.

all'autonomia negoziale, ma elemento strutturale che concorre alla sua qualificazione<sup>100</sup> e alla determinazione del suo contenuto.

Le finalità sin qui richiamate vengono realizzate, oltre che per alcuni profili e nel volgere degli anni dalla legislazione speciale, almeno nelle aspirazioni del legislatore, dal contenuto dell'art. 1337 c.c.<sup>101</sup> che, come noto, prevede l'obbligo a carico delle parti<sup>102</sup> di comportarsi secondo buona fede<sup>103</sup> nella fase delle trattative e di formazione del contratto.

Il *micro-sistema* che regola la figura giuridica "responsabilità precontrattuale"<sup>104</sup> si chiude con la disposizione di cui all'art. 1338 del codice civile che, oltre a prevedere uno specifico dovere di comportamento, individua le conseguenze della violazione del predetto dovere: ossia la risarcibilità dei danni derivanti alla parte non inadempiente per aver confidato senza colpa nella validità del contratto.

L'esiguità del materiale normativo non può certamente dirsi direttamente proporzionale all'esiguità delle problematiche che il tema della responsabilità precontrattuale solleva: così, esemplificando, immediato pare il riferimento alla tematica della qualificazione della tipologia di responsabilità.

---

<sup>100</sup>Sul punto G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999, p. 49;

<sup>101</sup>Per una rassegna di alcune delle principali definizioni che sono state ritenute acconce alla nozione di buona fede precontrattuale, cfr. A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., p.399.

<sup>102</sup>Mentre scontato appare il riferimento all'ambito contrattuale come sede naturale di applicazione delle regole di responsabilità alle quale ci riferiamo, alcune precisazioni pare debbano essere fatte rispetto ad altre categorie di atti giuridici e alla loro compatibilità con l'istituto della responsabilità precontrattuale. Sul punto si può convenire con chi configura non plausibile l'estensione delle regole in parola all'ambito dei negozi *mortis causa*; l'assenza di contro interessati in senso tecnico sarebbe alla base dell'assenza del conflitto di interessi riferibile al dichiarante e al quale ricollegare "un'esigenza di eventuali aspettative estranee" (così G. GIAMPICCOLO., voce *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 235; cfr. inoltre G. PATTI. S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit, p. 128 e ss.). La fattispecie contrattuale avrebbe tuttavia maggiori similitudini con il procedimento di predisposizione di un negozio unilaterale recettizio. In tal caso si è individuata una responsabilità del destinatario della dichiarazione per il caso in cui svolga un'attività illecita, tendenzialmente negoziale, diretta a incidere sulla volontà negoziale dell'autore.

<sup>103</sup>Sul ruolo anche a livello definitorio della buona fede nel codice civile del 1865, in una prospettiva storica, le osservazioni di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit. p. 73 e ss

<sup>104</sup>La letteratura giuridica ha evidenziato che "la locuzione *culpa in contrahendo* o responsabilità precontrattuale non designa [...] una forma di responsabilità concettualmente unitaria e funzionalmente omogenea, bensì una serie aperta di illeciti, di varia natura, la cui caratteristica comune è data unicamente dalla modalità cronologica della condotta lesiva, ossia dal verificarsi di questa nella fase delle trattative o della formazione del contratto": in questi termini A LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 794.

Le alternative proposte dalla letteratura - qui per meri cenni, ma torneremo sul punto più diffusamente - oscillano fra la collocazione nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, seguendo l'impostazione cara al modello francese, a quella contrattuale – propria del sistema tedesco – o ancora al *tertium genus*, ove si voglia riconoscere a questo tipo di responsabilità peculiarità tali da consentire la “sussunzione” in uno schema autonomo che si distacchi da quelli tipizzati<sup>105</sup>.

Ulteriori complessità si celano dietro la ricerca e conseguente enucleazione delle ipotesi concretamente rientranti nel contenuto precettivo del modello disciplinare.

Esemplificando ancora, un ampio dibattito e differenti posizioni<sup>106</sup> si sono sviluppate attorno al tema complesso della insorgenza della responsabilità precontrattuale nel caso di stipulazione di contratto valido: rispetto a questa problematica il fondamento costituzionale della disciplina e una lettura in senso assiologico dell'istituto parrebbero, qui solo per cenni, un utile strumento al fine di proporre plausibili risposte, in senso comunque affermativo.

Infine, l'assenza di “tipizzazione dei doveri”, dovuta alla necessaria configurazione della disposizione di cui all'art. 1337 del codice civile nei termini di clausola generale, ha condotto a un'opera incessante di “tipizzazione” da parte della dottrina e della giurisprudenza.

La necessità di tipizzazione connota, d'altro canto, tutte le clausole generali, e risiede nell'esigenza di formulare “una serie di regole, derivanti dalla norma in cui è prevista la clausola generale, ma che non trovano alcun diretto fondamento nella sua lettera”<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup>Per un quadro delle differenti concezioni cfr. G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 34 e ss.

<sup>106</sup>Per una rassegna delle principali posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza, recentemente G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 197 e ss.

<sup>107</sup>Così S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 35 e ss.; attenzione al processo di concretizzazione oltre che di interpretazione del diritto e delle clausole generali è prestata da G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 39; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1704 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Quaderni*, 1992, p. 68; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 717. Sul tema dell'attribuzione di significato nonostante la vaghezza delle norme cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del*

Queste regole, con riferimento specifico alla clausola di buona fede precontrattuale, coincidono essenzialmente con i doveri precontrattuali che sono stati, nel volgere degli anni, individuati ad opera dei diversi formanti.

Gli aspetti qui rapidamente evocati riceveranno una prima disamina con riferimento alle soluzioni adottate dall'ordinamento interno; procederemo, quindi, allo studio delle questioni che la medesima materia solleva in alcuni modelli disciplinari e nei contesti di armonizzazione, anch'essi impiegati quali strumenti di raffronto.

Verificheremo, infine, per il caso di coincidenza delle questioni affrontate dalla disciplina interna con quelle espresse a mezzo dei processi di armonizzazione o dai sistemi stranieri<sup>108</sup>, se sia possibile validare o confutare la soluzione concretamente adottata o al contempo i modelli e le impostazioni teoriche<sup>109</sup>.

L'utilità dell'impiego della comparazione<sup>110</sup> quale modello interpretativo attraverso il c.d. uso normativo della comparazione parrebbe, qui solo per cenni, trovare un esplicito referente normativo proprio nell'articolo 12 delle disposizioni preliminari al codice civile<sup>111</sup>.

Verificare le risposte date in contesti differenti dal nostro può, pertanto, assumere un

---

*linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 70 e ss.

<sup>108</sup>Per l'applicazione del metodo tradizionale della riproposizione delle medesime fattispecie materiali nei differenti contesti normativi, cfr. G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, *passim*.

<sup>109</sup>La funzionalizzazione nell'ottica di una migliore comprensione del diritto interno è di recente sottolineata da A. AMATUCCI, *La scuola di diritto commerciale di Alessandro Graziani e le situazioni soggettive dell'azionista di Enzo Buonocore*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 291 e ss.

<sup>110</sup>Sulla relazione fra comparazione giuridica e procedimento di unificazione del diritto, M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 3<sup>a</sup> ed., 2010, Roma-Bari, p. 3 e ss.; con riferimento alla letteratura straniera, nella consapevolezza di una sterminata letteratura, cfr. U. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schelesinger's Comparative Law, Cases-Text-Materials*, Seventh edition, Foundation Press, New York, 2009, *passim*, spec. p. 97 e ss., ove la considerazione di metodo per la quale "*the deconstruction of legal ontology allows lawyer's categories to plug into each other often discovering fundamental analogies hidden behind apparently unreconcilable differences*". Già su questi aspetti T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, X; ancora di recente R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992, *passim*. ID., *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Milano, 2011, *passim*.

<sup>111</sup>G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 223; sul tema inoltre A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 16.

concreto rilievo giuridico anche dal punto di vista dell'esame della politica legislativa.

Isolate in questi termini le principali tematiche possiamo già anticipare alcune tendenze che riceveranno esplicita conferma dalla trattazione che seguirà: esse paiono tutte accomunate da un tendenziale ampliamento dell'area d'incidenza della responsabilità precontrattuale rispetto alla vocazione originaria dell'istituto.

La *vis expansiva* si riverbera essenzialmente, oltre che sulla delimitazione dell'area di incidenza temporale degli illeciti precontrattuali, sulla sistematizzazione delle fattispecie di responsabilità precontrattuale<sup>112</sup>, sull'individuazione dei criteri di risarcimento del danno (rispetto al binomio interesse negativo/interesse positivo) e sull'ambito soggettivo di applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale.

Le ragioni di questo ampliamento<sup>113</sup> paiono potersi sinteticamente individuare nell'evoluzione del sistema nei termini solidaristici che si afferma attraverso l'impostazione "personalistica" e "solidaristica"<sup>114</sup> espressa dall'introduzione della Costituzione<sup>115</sup>, che ha dato ampio credito alla lettura assiologica degli istituti giuridici<sup>116</sup>.

Questa chiave interpretativa troverebbe ulteriore conferma nel diritto comunitario che, ad una vocazione iniziale, prettamente mercatista affianca, nel tempo, una visione più

---

<sup>112</sup>Il riferimento è naturalmente all'ipotesi di responsabilità precontrattuale per contratto valido, ma sconveniente.

<sup>113</sup>Il ricorso alle c.d. figure sintomatiche si concreta nel rischio di indebolimento della capacità di controllo delle decisioni dei giudici; la casistica appare sicuramente un punto di riferimento importante, ma non esclusivo, dal momento che la riflessione va in primo luogo rivolta ai dati sociali e ai valori "nonché ai principi fondamentali, ai quali le clausole generali debbono necessariamente riferirsi, al fine di mettere a punto adeguati modelli operativi": cfr. S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, cit, p. 728 e ss.

<sup>114</sup>Il ruolo dei principi costituzionali in relazione alla c.d. interpretazione adeguatrice e al principio di conservazione è ben sottolineato da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 459 e ss.

<sup>115</sup>Per una ricostruzione dell'impostazione che ha dato vita a una rilettura costituzionalmente orientata della disciplina codicistica, le riflessioni di F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, p. 139 e ss.

<sup>116</sup>In argomento cfr. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. It.*, 1968, IV, p.224; più di recente sul punto P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 159 e ss.; cfr. inoltre U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965, *passim*; N. LIPARI, *Valori costituzionale e procedimento interpretativo*, in *Riv. Trim.Dir. Prov. Civ.*, 2003, p. 873 e ss.; la funzione di limite e di sbarramento della norma costituzionale rispetto alla norma ordinaria è invece sottolineata, fra gli altri, da G. TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica*, Bologna, 1979, p. 5 e ss.

contemperante della filosofia mercantile con quella personalista<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup>Sul punto P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, cit., p. 165.

## **Cap. II: I doveri nelle trattative e la “tipizzazione” delle fattispecie di responsabilità precontrattuale**

Sommario: 1.I doveri precontrattuali nella fase delle trattative. 2.Il recesso ingiustificato dalle trattative. 3.Processo di “tipizzazione” degli obblighi e violazione della regola di buona fede. 4.Stipulazione di contratto invalido e responsabilità precontrattuale. 5.Stipulazione di contratto valido e responsabilità precontrattuale.



### *1. I doveri precontrattuali nella fase delle trattative.*

Prima di volgere lo sguardo ai doveri che rappresentano il presupposto<sup>118</sup> per l'applicazione dell'istituto occorre isolare logicamente, ancor prima che temporalmente, questa particolare fase dei rapporti fra i "contraenti"<sup>119</sup>, partendo dai riferimenti espliciti che le disposizioni contengono al loro interno.

Pertanto, la riflessione deve soffermarsi sulle espressioni "trattative" e "formazione del contratto"<sup>120</sup> e dall'analisi di questi sintagmi è necessario muovere al fine di chiarire la tematica dell'area di incidenza degli illeciti precontrattuali.

La distinzione evocata<sup>121</sup> non rappresenta argomento dal quale ricavare due fasi temporalmente successive, "più arretrata la prima, più avanzata la seconda"<sup>122</sup>.

L'impostazione che seguiremo privilegia, più che l'utilità di individuare in senso diacronico<sup>123</sup> dei precisi momenti da tenere in considerazione, un criterio *funzionale* alla luce del quale valutare la scorrettezza che, seppur preceda temporalmente la trattativa, sia

---

<sup>118</sup>Ne rappresentano il presupposto in ragione della considerazione per cui la violazione dei doveri precontrattuali porta alla responsabilità precontrattuale del soggetto che nella fase delle trattative abbia violato gli obblighi richiamati.

<sup>119</sup>Sulla generica difficoltà di individuare la c.d. "fase precontrattuale" cfr., nel contesto della letteratura giuridica inglese, le osservazioni di J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Conclusions*, in *Precontractual liability in European private Law*, cit. p. 449 e ss.; ivi letteralmente "the precontractual phase is difficult to characterise and analyse, in both legal and practical terms; the negotiations have entered into a relationship by virtue simply of their negotiations. So they have begun their journey together. But they are not yet in the relationship – the contract – which is their aim".

<sup>120</sup>Contratto preliminare e patto di opzione rappresenterebbero il momento, benché eventuale, a partire dal quale non si potrebbe più parlare di responsabilità precontrattuale, essendo insorto un vero e proprio accordo "contrattuale" la cui violazione produrrebbe diverse forme di responsabilità riconducibili al *genus* della responsabilità contrattuale.

<sup>121</sup>La distinzione evocata sottende quell'impostazione, autorevolmente proposta, che discerne fra volontà di trattare e volontà di concludere il contratto: su questo aspetto cfr. G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 2 e ss.; è stata di recente sottolineata la debolezza della distinzione come la difficoltà di impiegare ai fini di questa distinzione il criterio dell'affidamento da E. PELLECCIA, op. cit., p. 505.

<sup>122</sup>Su questi aspetti V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 176.

<sup>123</sup>Per l'inquadramento dell'attività di formazione del contratto nella nozione di procedimento giuridico di diritto privato le osservazioni di Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 33 e ss.; cfr. inoltre, anche se con differenti sfumature, A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, cit. p. 24 e ss.

rivolta a questa e al relativo contratto che ne rappresenterebbe l'epilogo fisiologico<sup>124</sup>.

Ciò non implica negare la distinzione formale fra *formazione del contratto* e *trattative*; la letteratura giuridica ha, infatti, definito le *trattative* come momento in cui le parti entrano in contatto fra di loro; la *formazione del contratto* coinciderebbe, invece, con il momento a partire dal quale sarebbe possibile isolare atti pre-negoziali legati cioè, in forza di un rapporto funzionale, alla determinazione dell'assetto di interessi che caratterizzerà il contratto, se e quando stipulato<sup>125</sup>.

Che l'obbligo di comportamento secondo buona fede riguardi entrambe le fasi richiamate in ragione di un criterio funzionale è confermato dalla “*tendenza a sottoporre tutta l'attività che i privati pongono in essere [...] anche quella che si estrinseca mediante comportamenti e atti non aventi un'intrinseca valenza impegnativa e obbligatoria, al controllo esercitato per il tramite della clausola generale della buona fede*”<sup>126</sup>.

Anche l'opera del formante giurisprudenziale si è indirizzata a selezionare elementi che giustificassero nella sostanza le ragioni di una tutela, piuttosto che a individuare un momento preciso a partire dal quale far discendere la sussistenza dei doveri precontrattuali. La relatività della rilevanza della distinzione temporale fra “trattative” e “formazione del contratto” è confermata dai più recenti orientamenti che propongono un'anticipazione della tutela a una fase antecedente a quella delle trattative, sulla base delle finalità comuni che caratterizzerebbero sia il sistema di responsabilità precontrattuale, che quello di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Questi sistemi di norme sarebbero tutti funzionali ad assicurare, o quanto meno incentivare, un comportamento in buona fede fra le parti, in ogni momento del rapporto obbligatorio, anche antecedente alle trattative<sup>127</sup>.

La validità del modello di analisi funzionale rispetto a quello volto a indagare soltanto gli

---

<sup>124</sup>In argomento sempre V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 176.

<sup>125</sup>Sul punto G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 21 e ss.

<sup>126</sup>G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 43 e ss.

<sup>127</sup>L'anticipazione della tutela sarebbe garantita dall'applicabilità dell'art. 2043 c.c. alla fase antecedente all'instaurarsi della trattativa che avrebbe invece diretta protezione sulla base dell'art. 1337 c.c.; in argomento di recente E. GILIBERTI, *Il lodo Mondadori, la fine della guerra di Segrate e l'incerto limite della responsabilità aquiliana*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 31 e ss.

aspetti diacronici è confermato da alcune considerazioni in tema di recesso ingiustificato, che appare proficuo anticipare sin da ora, salvo ritornare a breve con riferimento ad altri profili.

Rispetto all'ipotesi<sup>128</sup> del recesso<sup>129</sup> occorre, si dice, ai fini dell'integrazione della fattispecie, che la "parte non inadempiente" abbia fatto affidamento<sup>130</sup> sulla futura conclusione del contratto<sup>131</sup>.

Al fine di determinare la sussistenza di quest'ultimo elemento la giurisprudenza ha individuato dei precisi criteri, evidentemente riconoscendo l'aleatorietà di ogni indagine tesa a indulgere sui risvolti più squisitamente soggettivistici<sup>132</sup> della parte delle trattative che abbia subito gli effetti negativi della violazione dei doveri precontrattuali.

Così si è statuito sia necessario che, sia pure in sede di semplici trattative, le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che le medesime si propongono o sperano di concludere<sup>133</sup>.

Al contempo si è posto in risalto l'irrelevanza dell'eventuale breve durata o del numero minimo degli incontri intervenuti fra le parti per il caso in cui l'interruzione, ad opera di uno dei trattanti, risulti comunque priva di ogni ragione giustificativa e pertanto tale da sacrificare il legittimo affidamento che la controparte poteva avere fatto sulla conclusione

---

<sup>128</sup>Questa ipotesi, malgrado non espressamente disciplinata dal legislatore, è stata oggetto di un forte processo di "tipizzazione" a opera della giurisprudenza: sul punto F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu Messineo Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, p. 509 e ss.

<sup>129</sup>Cfr. F. GALGANO, op. cit., p. 509 e ss.

<sup>130</sup>Sulla possibilità di considerare la clausola generale di buona fede quale precetto idoneo ad applicare il principio di tutela dell'affidamento, le osservazioni di C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. p. 98 e ss.

<sup>131</sup>Occorre segnalare che a dispetto di un atteggiamento della dottrina volto a considerare l'art. 1337 del codice civile quale disposizione con ampie potenzialità applicative, la giurisprudenza tende a circoscrivere l'ambito di applicazione della disposizione richiamata; i casi che vengono trattati dai giudici conducono a una riduzione delle fattispecie all'ipotesi di ingiustificato recesso dalle trattative e a quella, del resto già tipizzata a mezzo dell'art. 1338 del codice civile, dell'omessa comunicazione di una causa di invalidità del contratto: cfr. su questi aspetti L. NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, Padova, 1988, p. 1 e ss.

<sup>132</sup>Questo processo viene descritto dalla letteratura nei termini di "oggettivazione dell'affidamento": così G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit. p. 66 e ss.

<sup>133</sup>Cfr. Cass. 13 marzo 1996, n. 2057, in *Foro It.*, 1996, I, c. 2056; Cass. 22 ottobre 1982, n. 5496, in *Giur.It.*, 1984, I, 1, c. 1199, con nota di FUSARO.

del contratto<sup>134</sup>.

E' opportuno osservare come il concetto di affidamento, per come formulato<sup>135</sup>, risulti oggetto di vivace critica da parte di attenta dottrina<sup>136</sup>; si è infatti rilevato che financo la proposta, malgrado faccia nascere un'aspettativa sulla conclusione del contratto, è revocabile senza far nascere alcun obbligo o responsabilità.

Da questa presa d'atto parrebbe emergere che a questo tipo di affidamento<sup>137</sup> non possa essere conferito un esplicito ed esclusivo rilievo giuridico: l'art. 1337 del codice civile impone esclusivamente una sorta di conformità fra l'atteggiamento interiore delle parti e quello esteriore che i contraenti comunicano vicendevolmente durante il lavoro preparatorio alla stipula del contratto<sup>138</sup>.

Non sarebbe pertanto "il recesso ingiustificato lesivo dell'altrui affidamento<sup>139</sup> ad integrare la fattispecie di cui all'art. 1337 c.c., ma la conduzione della trattativa in modo sleale"<sup>140</sup>.

Si è preferito ritenere, pertanto, che il fulcro del problema risieda, piuttosto che nella verifica della legittimità del recesso, nell'accertare la correttezza della trattativa sino a quel momento.

L'accertamento da compiere attiene, pertanto, al "se sia stata valutata con serietà e, soprattutto, se sia stata tempestivamente comunicata alla controparte, l'eventualità del

---

<sup>134</sup>Cfr. Cass. 12 novembre 1986, n. 6629, in *Mass. Foro. It.*, 1986; Cass. 14 febbraio 2000, in *giur. It.*, 2000, p. 2250, con nota di MUSY.

<sup>135</sup>Per una recente trattazione cfr. F. FESTI, *Introduzione*, in F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012, (Napoli), p. XLIII

<sup>136</sup>Si è anche posto in risalto che i requisiti dell'affidamento, per come descritti sinora nel testo, non sarebbero necessari nel caso in cui il comportamento contrario a buona fede sia rappresentato dalla stessa instaurazione dolosa o colposa delle trattative: cfr. sul punto G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit. p. 66 e ss.

<sup>137</sup>Quello, naturalmente, il cui oggetto sia rappresentato dalla futura conclusione del contratto.

<sup>138</sup>La dottrina ha anche posto in evidenza come il modello "affidamento" non sia in grado di spiegare il fenomeno della responsabilità precontrattuale, in ragione del fatto che la direttiva - sottesa al complesso normativo - sarebbe in grado di richiedere anche comportamenti positivi quali i doveri di avviso e di custodia: cfr. sul punto V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p. 1269 e ss.

<sup>139</sup>Come anche di recente si è posto in risalto la nozione di affidamento può resistere e appare utile se intesa non come aspettativa basata sull'erronea apparenza di una situazione di fatto o di diritto, ma come "reciproca aspettativa a un contegno globalmente conforme agli obblighi di diligenza, lealtà e correttezza *in contrahendo*"; in argomento cfr. M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit. p. 467 nota 91.

<sup>140</sup>Cfr. F. FESTI, op. cit., p. XLIV; sul punto già F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 51 e ss.

recesso (ossia palesati i dubbi in merito alla futura stipula), tale da non fare apparire la conclusione del contratto, al contrario, fortemente probabile”<sup>141</sup>.

## 2. *Il recesso ingiustificato dalle trattative.*

Il processo di “tipizzazione”, *rectius* concretizzazione della buona fede, vede nella elaborazione della figura del recesso un momento essenziale. Esso riguarda infatti oltre che l’individuazione dei doveri riconducibili alla clausola generale anche le fattispecie in cui possono riscontrarsi ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Affinché nasca il generico obbligo di buona fede caratterizzante le trattative del contratto, è necessario, non solo il mero *contatto sociale*<sup>142</sup> tra due soggetti in vista della conclusione di un contratto, ma soprattutto, oltre che l’ “interferenza” fra due sfere soggettive, un reale affidamento tra le parti frutto di un’attività comune che coincide tendenzialmente con la trattativa<sup>143</sup>.

Questo requisito (*affidamento*) non pare debba riguardare sempre, come chiarito, la conclusione del contratto, ma coincide tendenzialmente con la pretesa ad una leale e corretta trattativa<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup>Cfr. V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d’impresa*, cit., p. 78 e ss.; in giurisprudenza, fra le diverse pronunce, Cass. 29 maggio 1998 n. 5297, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998; Cass. 6 marzo 1992 n. 2704, in *Giur. It.*, 1993, p. 1560; nello stesso senso D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L’esperienza statunitense e quella italiana*, cit., p. 107 e ss., la quale considera l’art. 1337 c.c. quale “imperativo circoscritto alla tutela dell’affidamento precontrattuale, ovvero alla corretta prospettazione della probabilità di contrarre”; sul punto cfr. anche G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 253 e ss.

<sup>142</sup>Sulla vaghezza del concetto, le riflessioni di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012, (Napoli), p. 19: ivi l’A. sottolinea come non possa ritenersi bastevole la dichiarazione di volere entrare in trattative; solo l’altrui fiducia nella serietà dell’invito rappresenta “l’ulteriore presupposto che, insieme con l’offerta, integra il fatto costitutivo dell’obbligo di buona fede”; cfr. inoltre in argomento L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, p. 365.; Mengoni configura la buona fede di cui all’art. 1337 c.c. quale “norma volta alla tutela dell’affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro, con cui il primo è entrato in relazione di affari”.

<sup>143</sup>In argomento recentemente E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, cit., p. 502 e ss.

<sup>144</sup>Come linea tendenziale si può del resto osservare che mentre nelle contrattazioni c.d. individuali

Il disancorare l'affidamento dal nesso indissolubile con la conclusione del contratto consente di considerare astrattamente ammissibile il recesso in una fase avanzata delle trattative e al contempo illegittimo quello che si consuma nella fase iniziale delle trattative stesse<sup>145</sup>.

Ne inferisce che il fatto oggetto di accertamento debba essere, non tanto l'evento in grado di rappresentare una giusta causa di recesso quanto, piuttosto, la corretta gestione della fase delle trattative<sup>146</sup>, verificando se la parte recedente abbia comunicato i dubbi circa la conclusione del contratto alle condizioni trattate o eventi e elementi noti a una delle parti e considerati essenziali per la stipulazione dell'accordo<sup>147</sup>.

Si dovrebbe così accertare, in altri termini, lo sviluppo procedimentale<sup>148</sup> della fase delle trattative e valutare il recesso, non sulla base delle motivazioni che lo sorreggono nella concreta fattispecie, ma del contegno dei contraenti tenuto durante la fase antecedente alla stipulazione del contratto e interpretato complessivamente.

Ad ogni modo lo stadio progredito delle trattative, testimoniato dalla conclusione di contratti normativi<sup>149</sup>, intese preliminari o minute (cui la parte non voglia dare seguito), è stato reputato elemento al quale conferire un valore ed un effetto sulla considerazione

---

l'affidamento caratterizza, nella sostanza, la posizione di entrambe le parti, nei contratti c.d. di massa la standardizzazione delle prestazioni offerte dall'imprenditore provoca una riduzione della libertà negoziale all'accettazione o meno della prestazione da parte del consumatore: ne deriva una connotazione in senso fortemente individuale del medesimo affidamento. Così, se da un lato il rischio potrà dirsi incombente sul consumatore, per contrappeso la responsabilità riguarderà essenzialmente l'imprenditore. Su questi aspetti cfr. G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970, p. 82 e ss.; di recente in argomento V. BELLOMIA, op. cit., p. 74 e ss.

<sup>145</sup>Con riferimento alla giurisprudenza cfr. Cass., 12 novembre 1986, n. 6629; in dottrina su questi aspetti, fra gli altri, R. C. DEL CONTE, *Responsabilità per ingiustificata rottura delle trattative*, in *I contratti*, 2004, p. 16.

<sup>146</sup>Correttamente distingue fra affidamento riposto nella conclusione del contratto e affidamento nella corretta e leale conduzione delle trattative, Cass. 28.1.1972, n. 199, in *Giur. It.*, 1972, 1316.

<sup>147</sup>In questo senso C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit. p. 247; contrariamente si esprime Bessone secondo il quale la riduzione del sindacato sul recesso avrebbe quale effetto deleterio quello di favorire sul mercato quanti agiscono in modo sleale: cfr. nello specifico M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1972, p. 983 e ss.

<sup>148</sup>Salv. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 1959, p. 683 e ss.

<sup>149</sup>Per la responsabilità dell'opzionario che decida di non esercitare l'opzione dopo aver ingenerato comunque l'affidamento in controparte sulla stipula del contratto, in giurisprudenza, Cass. 25 febbraio 1988, n. 2017, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1809.

dell'affidamento<sup>150</sup> ingenerato nella controparte e al contempo sulla quantificazione del danno sofferto dalla “parte non inadempiente” rispetto agli obblighi precontrattuali.

Seguendo una traccia più ampia si può osservare come la fattispecie recesso ingiustificato dalle trattative, con le esigenze richiamate di tutela degli affidamenti che richiama, si collochi in una relazione specifica e qualificata con il concetto di autonomia privata, rappresentando un limite interno alla sua arbitrarietà.

Nella prospettiva pertanto di un necessario bilanciamento di interessi sottesi a contrapposte esigenze, la risarcibilità del danno conseguente al ricorrere della fattispecie nel caso in cui esistono esigenze di tutela dell'affidamento rappresenta lo strumento per “contenere il rischio di operatori avveduti e di scoraggiare i contegni sleali poco corretti”<sup>151</sup>.

L'evocato bilanciamento di interessi – nello specifico degli interessi sottesi agli artt. 1337-1338 c.c. con quelli alla libertà negoziale quale, in negativo, libertà di non concludere un contratto<sup>152</sup> - troverebbe una possibile conferma nel formante giurisprudenziale che pare non considerare scorretto il recesso dalle trattative *tout court*, ma il recesso ingiustificato dalle medesime<sup>153</sup>.

Accanto alla giurisprudenza anche parte della letteratura giuridica sul punto ha posto in evidenza che, affinché si concretizzi l'ipotesi astratta “recesso dalle trattative” è necessaria l'assenza di una giusta causa di recesso<sup>154</sup> oltre che si sia verificato l'affidamento di una

---

<sup>150</sup>Il rilievo giuridico dell'affidamento è colto anche dalla letteratura straniera che afferma in modo chiaro che “*it is not sufficient that the claimant in good faith believed that the contract would be concluded; in addition, this belief [...] must be legitimate or reasonable and since the effect of giving a remedy to claimant is inevitably to impose liability on the defendant, it is natural also to look for the source of the claimants legitimate expectation in the defendant's own conduct*”: in questi termini J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Conclusions*, in *Precontractual liability in European Private Law*, cit., p. 456; ivi a chiarimento si aggiunge “*it might, therefore, be appropriate to impose liability on the defendant who has created and encouraged the claimant's belief that the contract would be concluded, as long as the claimant's belief and his actions in consequence of holding that belief (for example, the costs he goes on to incur during the negotiations) are reasonable*”.

<sup>151</sup>Cfr. M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, cit., 1972, p. 975.

<sup>152</sup>V. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. p. 122.

<sup>153</sup>Sul punto ad esempio Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. It.*, 2000, p. 982.

<sup>154</sup>Analoghi presupposti sono richiesti nel caso di revoca della proposta contrattuale in violazione del principio di buona fede; anche in tal caso gli elementi costitutivi della fattispecie sono stati individuati nell'intervenuto affidamento sulla conclusione del contratto, oltre che nell'assenza di una giusta causa per la revoca della proposta contrattuale: cfr. A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*,

delle parti.

Si è ad ogni modo, come anticipato, criticata questa impostazione e abbiamo già fornito alcuni degli argomenti a sostegno di questo tipo di conclusioni nel paragrafo precedente.

Occorre tuttavia specificare che la conseguenza socio-economica dell'orientamento oggetto di critica è rappresentata dalla possibilità di intraprendere una trattativa soltanto nel caso di completa ponderazione con esiti certamente dannosi per i traffici giuridici.

La richiamata interpretazione dell'art. 1337 c.c., collocata anche nel contesto socio-economico appena richiamato, induce a ritenere che preoccupazione della disposizione sia solo "d'impedire che le trattative continuino anche quando all'atteggiamento esteriore non corrisponda un'interna volontà".

Il dovere in capo alle parti è pertanto, alla luce di detta impostazione, quello di "dichiarare la propria intenzione circa le concrete possibilità di stipulare il negozio"<sup>155</sup>, piuttosto che quello di recedere soltanto in presenza di una giusta causa e in assenza di un affidamento sulla conclusione del contratto<sup>156</sup>.

La preoccupazione della disposizione appare quella di incentivare contegni nei quali vi sia una tendenziale conformità fra l'interno volere dei contraenti e gli atteggiamenti esteriori manifestati durante le fasi anteriori alla stipula del contratto.

### 3. *Processo di "tipizzazione" degli obblighi di correttezza e violazione della regola di buona fede.*

Il *discrimen* fra buona fede oggettiva e buona fede soggettiva<sup>157</sup> impone la collocazione della buona fede di cui all'art. 1337 del codice civile nel modello della c.d. buona fede oggettiva.

---

cit., p. 403.

<sup>155</sup>Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 56 e ss.

<sup>156</sup>In giurisprudenza conforme all'impostazione del testo pare Cass. Sez. II, 26 aprile 2012, n. 6526, in *I contratti*, 2013, p. 173, con nota di F. DELLA NEGRA; ivi la Cassazione fa esplicito riferimento al "dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto".

<sup>157</sup>La distinzione fra buona fede soggettiva e oggettiva è classicamente evidenziata da E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, Milano, 1953, p. 68 e ss. Di recente per una schematica riproposizione della distinzione cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit. p. 324.



La linea di demarcazione è nota al legislatore del 42' che ha cura di sottolineare la distinzione fra comportamento secondo buona fede e contegno di colui che è in buona fede<sup>158</sup>.

La figura della buona fede soggettiva<sup>159</sup> non si colloca, quindi, nell'ambito delle c.d. regole di comportamento, ma descrive lo stato, l'atteggiamento soggettivo, psicologico di chi agisce ignorando di ledere l'altrui diritto; essa è inoltre accompagnata - basti a tal proposito un mero riferimento alla regola in materia di possesso - da una presunzione legale che attribuisce la situazione psicologica descritta o, più correttamente, prevede regole per l'attribuzione della situazione.

La clausola generale dell'art. 1337 c.c.<sup>160</sup>, invece, racchiudendo in sé espliciti riferimenti a regole di comportamento<sup>161</sup>, rimanda, come detto, a un concetto generale di buona fede oggettiva<sup>162</sup> che trova ulteriori esemplificazioni nell'art. 1366 c.c.<sup>163</sup> - ove il modello funziona quale regola interpretativa del contratto - e nell'art. 1375 del c.c.<sup>164</sup>, ove invece funziona quale regola oggettiva<sup>165</sup> che orienta l'esecuzione del contratto<sup>166</sup>.

---

<sup>158</sup>Così L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, cit. p. 158 e ss.

<sup>159</sup>Sul suo valore nei termini di principio cfr. recentemente T. PASQUINO, *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 del codice civile*, in *NGCC*, 2013, p. 523 e ss.: ivi anche ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia.

<sup>160</sup>Sul contenuto della disposizione e sulla sua evoluzione ermeneutica in particolare G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., *passim*.

<sup>161</sup>Sul tema della disponibilità delle regole di lealtà, cfr. R. SACCO, U. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 244

<sup>162</sup>Sulla funzione della clausola quale rimedio alla incompletezza del contratto e al contempo strumento per esprimere un giudizio di riprovazione dei contegni da confrontare con le regole di responsabilità e di validità, cfr. G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 921 e ss.

<sup>163</sup>C.M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1964, I, p. 478.

<sup>164</sup>G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore nell'adempimento*, Milano, 1968, *passim*; recentemente sul tema G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 70 e ss.

<sup>165</sup>Sulla clausola di buona fede e sulle difficoltà di determinazione del suo contenuto da un punto di vista sostanziale, per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, Milano, citato da ristampa 2004, p. 163 e ss.

<sup>166</sup>Un peculiare impiego della clausola di buona fede è stato ravvisato nella possibilità di fondare su di essa un obbligo legale di rinegoziare il contratto in presenza di eventi sopravvenuti capaci di stravolgere l'equilibrio originario determinato dai contraenti nell'ambito dei contratti di durata: in argomento cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 207 e ss.; posizioni differenti sono state sviluppate da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 480 e ss.; A. GENTILI, *La replica della*

Una conferma di questa impostazione si deduce dalla lettura interpretativa dell'art. 1337 quale specificazione del principio di solidarietà interpersonale.

In conformità al disposto dell'art. 2 della Costituzione la regola risulta criterio di specificazione di obblighi imposti alle parti durante la fase delle trattative.

Il contenuto della clausola di buona fede può determinarsi impiegando la c.d. coscienza sociale media, interpretata sempre alla luce dei principi costituzionali<sup>167</sup>.

La concezione della clausola di buona fede quale complesso di regole comportamentali finalizzate a consentire uno svolgimento leale e corretto delle trattative nel reciproco interesse delle parti, racchiude, al suo interno, la difficile problematica della individuazione più puntuale del contenuto<sup>168</sup> delle regole comportamentali riconducibili alla clausola<sup>169</sup>.

Si è scritto di recente che “tutta la storia dei principi e delle clausole generali si caratterizza per essere la storia di specifici obblighi ora desunti dalla loro concretizzazione giurisprudenziale, ora ricavati da specifiche disposizioni di legge”<sup>170</sup>.

I punti di criticità attengono, naturalmente, a quelle ipotesi nelle quali è possibile assegnare un contenuto precettivo diretto all'art. 1337 c.c.; in questi casi i doveri precontrattuali non risultano tipizzati per tramite di altre disposizioni.

Se collochiamo la clausola generale<sup>171</sup> nell'ottica sostanziale dell'individuazione di

---

*stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 2003, p. 710 e ss.; cfr. inoltre le riflessioni di A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009, p. 240 e ss.. Con riferimento alla giurisprudenza di merito cfr., di recente, Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Foro It.*, 2013, I, c. 354 e ss.

<sup>167</sup>In argomento, A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, p. 122 e ss.; in tema anche P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1971, p. 188.

<sup>168</sup>La letteratura giuridica ha evidenziato le ragioni dell'adozione di una clausola generale facendo riferimento all'impossibilità di “stabilire in astratto in quali ipotesi un soggetto sia da considerare responsabile per i danni arrecati alla controparte nelle trattative”: cfr. per tutti L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1 \*\*, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 592 e ss.

<sup>169</sup>In argomento cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 70 e ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., *passim*.

<sup>170</sup>Sul punto cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., p. 34 nota 45.

<sup>171</sup>La dottrina osserva che proprio la natura di clausola generale dell'art. 1337 del codice civile imponga che debbano essere determinati “i comportamenti che le parti sono tenute a osservare per rispettarne il precetto”: sul punto cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit. p. 289 e ss.

obblighi di comportamento<sup>172</sup>, il suo rilievo si esplica anche e principalmente dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, in ragione del fatto che soltanto le regole la cui violazione sia riconducibile alla clausola importano forme di responsabilità e, nella specie, ipotesi di responsabilità precontrattuale, conformemente all'art. 1337<sup>173</sup>.

La tecnica che stiamo evocando di formazione dei *Fallgruppen* consente, comunque, al giudice di distaccarsi dalla regola creata per il gruppo di casi, come pure di decidere in modo innovativo, dando vita ad una nuova regola – e quindi a nuovi obblighi - suscettibile di essere applicata ad altri casi che presentano le medesime caratteristiche<sup>174</sup>.

L'individuazione dei predetti doveri ai fini della “concretizzazione della clausola” si pone, in senso funzionale al vaglio positivo o negativo del comportamento delle parti rispetto all'obbligo di buona fede.

L'impegno della dottrina e della giurisprudenza<sup>175</sup> è stato, nel tempo, quello di fornire

---

<sup>172</sup>Non può tralasciarsi l'importante corrente di pensiero che considera la regola di buona fede, non quale fonte di un obbligo generico di comportamento e/o di una serie di specifici obblighi integrativi a contenuto variabilmente ampio, ma quale metro oggettivo di valutazione a posteriori di un comportamento: sul punto L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Ballarino*, Milano, 1982, p. 140; già U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 1 e ss.; sulla stessa linea di pensiero U. BRECCIA, in *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 4 e ss.; M. LOI, F. TESSITORE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 13 e ss.; ivi le Autrici evidenziano come sia chi crede di derivare dalla buona fede doveri determinati a priori, sia chi considera la buona fede quale criterio di valutazione a posteriori, affermi, ad ogni modo, che l'autonomia negoziale incontra dei limiti nel suo esplicarsi; questi limiti aprono la strada ad un particolare sindacato di legittimità; per la tesi tradizionale, alcuni riferimenti essenziali sono in E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 92 e ss.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, p. 205. Sulla funzione integrativa del contratto oltre che di controllo del comportamento dei contraenti, di recente G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit. p. 523 e ss.

<sup>173</sup>Malgrado la riflessione appaia scontata, il dato della rilevanza dell'individuazione degli obblighi sussumibili nel contenuto precettivo dell'art. 1337 del codice civile, si desume dal carattere sostanziale della disposizione, malgrado la peculiarità della costruzione della fattispecie. La norma infatti si limita a esplicitare un generico dovere, senza fare alcun riferimento alle conseguenze della violazione di tale dovere, né tanto più ai modelli sanzionatori azionabili.

<sup>174</sup>Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 40 e ss.

<sup>175</sup>Sul punto si è opportunamente sottolineato che “*the existence of a written code has not obviated the need for intense activity by the courts and the growth for specific and precise interpretation of code provisions; the provisions quoted above are in fact sufficiently generic to permit a wide interpretation*”; in questi termini G. ALPA, in *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, Denver, p. 195 e ss.

un'elencazione esemplificativa degli obblighi di buona fede<sup>176</sup> che sono stati ricondotti al dovere di informazione<sup>177</sup>, di chiarezza, segreto e riservatezza<sup>178</sup> e, più in generale, di compimento di ogni atto utile e necessario al fine di assicurare la stipulazione di un contratto che sia al contempo valido ed efficace<sup>179</sup>.

Nella tassonomia sono stati anche inseriti, quale categoria ampia, i doveri di protezione della sfera personale e patrimoniale dei soggetti impegnati nelle trattative<sup>180</sup>.

Prima di riferirsi agli obblighi di comportamento enucleati dai diversi formanti e di un loro vaglio più compiuto occorre precisare che il livello di vaghezza dell'art. 1337, in quanto clausola generale<sup>181</sup>, impone che l'attualizzazione dei predetti doveri avvenga sulla base delle circostanze, delle caratteristiche anche professionali dei contraenti, del bene oggetto dell'accordo, degli interessi che nel caso di specie devono essere soddisfatti, e del contesto

---

<sup>176</sup>Sin dagli albori degli studi in materia, sollecitati dalla predisposizione di regole oggettive nel commercio internazionale, parte della dottrina ha rivolto la propria attenzione all'obbligo di informazione, di segreto, ma anche di non condurre trattative parallele, di non ritardarle senza motivo e di non fare proposte inaccettabili al fine di costringere controparte a recedere: sul punto F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit. p. 288 e ss.

<sup>177</sup>Con specifico riferimento alla trattazione di questo dovere, la letteratura ha cura di distinguere l'incidenza del dovere sulla base della sussistenza di un rapporto asimmetrico o fra eguali; con riferimento al primo rapporto la speculazione dottrinale e l'atteggiamento del formante giurisprudenziale hanno dimostrato particolare attenzione alla Parte III del codice di consumo e alla materia dei contratti relativi ai servizi di investimento; proprio con riferimento a quest'ultimo settore si è sviluppato l'orientamento che ha confermato il principio di non interferenza fra regole di validità e regole di comportamento; per un'efficace sintesi dei termini del dibattito, M. MANTOVANI, *Commento sub. Art. 1337 c.c.*, cit. p. 455 nota 46 e 47.; per alcune valutazioni critiche rispetto al contenuto delle pronunce alle quali accenniamo sin da ora (Cass. S. U. 19.12.2007, n. 26724 e 26725) per tutti, A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, p. 393 e ss. Per gli ulteriori aspetti di interesse si rinvia alla parte dedicata nel testo.

<sup>178</sup>Secondo parte della dottrina rientrerebbe nell'elencazione anche il c.d. dovere di custodia; parte della letteratura configura la custodia non già quale possibile oggetto di prestazione, ma quale criterio di responsabilità: classicamente U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 52 e ss.; in argomento le osservazioni di M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 146 nota 13 e 150 nota 26.

<sup>179</sup>Cfr., in argomento, C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 66 e ss.

<sup>180</sup>C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976; ID, *L'obbligo senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 148 e ss.

<sup>181</sup>P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, p. 30 e ss.; sulla differenza fra clausola generale e principio L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 10 e ss.

situazionale oltre che delle caratteristiche dell'*iter* formativo dell'accordo<sup>182</sup>.

La costruzione di gruppi di casi sintomatici è estranea da intenti definitivi e ciò vale a chiarire l'impiego tecnico del termine "tipizzazione"; la funzione di questi raggruppamenti è solo quella di orientare, per tramite dell'individuazione di "figure sintomatiche", l'applicazione giudiziale della regola.

Il catalogo dei contegni e dei comportamenti non è, quindi, certamente esaustivo in ragione della qualifica della specifica *regola iuris* (art. 1337 c.c.) nei termini di clausola generale e pertanto di precetto sempre aperto a nuove concretizzazioni connesse alle fattispecie concrete nei diversi frangenti sottoposte al vaglio giudiziale<sup>183</sup>.

Di recente, come anticipato, si è sottolineata l'opportunità di non sopravvalutare le preoccupazioni relative alla formazione delle regole per mezzo dei *Fallgruppen*. Il formante giurisprudenziale offrirebbe lo stesso tipo di contributo in ogni applicazione di norma di legge.

In secondo luogo, si pone in evidenza come i gruppi di casi oggetto di questa tecnica integrativa non abbiano carattere rigido o chiuso e possano essere sempre modificati o integrati<sup>184</sup>.

Un ruolo preminente nel catalogo dei doveri riconducibili alla clausola lo gioca di certo il dovere d'informazione, ciò in primo luogo in ragione della funzione delle regole di responsabilità precontrattuale alla quale abbiamo già più volte sin qui fatto riferimento.

Il suo contenuto<sup>185</sup><sup>186</sup> è stato riferito a tutte le circostanze obiettive conosciute o conoscibili in base all'ordinaria diligenza che siano idonee a rendere il contratto invalido, inefficace, irrealizzabile dal punto di vista della causa o non più praticabile<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup>G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 23 e ss.

<sup>183</sup>Cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 145; sul punto già S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 190 e ss.

<sup>184</sup>In argomento cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p.40 e ss.

<sup>185</sup>Per una recente elencazione dei doveri di informazione nella fase precontrattuale che caratterizzerebbero la normativa speciale in rapidissima espansione, F. CEPPI, *La responsabilità precontrattuale: antiche e nuove questioni*, cit. p. 132 e ss.

<sup>186</sup>Cfr. sul punto A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., p. 405 e ss.

<sup>187</sup>Possono considerarsi forme tipiche di responsabilità conseguenti alla violazione dei doveri di informazione la responsabilità da vendita di prodotti finanziari per violazione delle prescrizioni contenute all'art. 119 del

La funzionalità del dovere al principio di buona fede impone che siano individuati i suoi limiti<sup>188</sup>, non soltanto nel caso in cui la violazione sia posta in modo da fungere da antecedente all'invalidità del contratto<sup>189</sup>.

Il regime previsto dagli strumenti di armonizzazione giuridica e dagli altri modelli di regolamentazione potrebbe apparire un criterio utile al fine di verificare l'opportunità delle limitazioni e le sue modalità: ciò naturalmente, senza procedere a mezzo di pedissequae trasposizioni.

Da questi spunti può certamente desumersi l' "inutilità" di un approccio basato sulla protezione "each against all" che travolgerebbe i meccanismi tradizionali di competizione che caratterizzano ogni singola transazione commerciale<sup>190</sup>.

Limitandosi per ora al sistema interno, l'ampliamento per opera principalmente giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, non implica il dover immaginare un "dovere d'informazione generale" con contenuto illimitato; rimane valido il metodo basato sulla necessità di discriminare fra reticenze legittime e reticenze lesive del canone di buona fede<sup>191</sup>.

In questa prospettiva va certamente riconosciuto il diritto del contraente ad occultare i fatti concernenti la propria sfera personale, quali l'uso che farà dell'oggetto acquistato o l'utile che ricaverà dalla conclusione dell'affare<sup>192</sup>.

Spunti di riflessione provengono tuttavia, in specifico questo settore, dall'analisi

---

T.U.F.; inoltre il diritto del consumatore ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità e di cui all'art. 2 comma 2 lett. c), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>188</sup>Anche nel delimitare i contorni di questo dovere occorre fare riferimento alla qualità dei contraenti, alla natura e importanza del contratto, alle circostanze nelle quali è stato concluso, all'esistenza o meno di rapporti fra le parti, agli usi, il costume corrente e l'organizzazione economico-sociale: cfr. sul punto F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit. p. 296 e ss.

<sup>189</sup>Su queste tematiche cfr. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 86 e ss.; cfr. inoltre A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2009, p. 37 nota 9.

<sup>190</sup>In argomento cfr. H. RÖSLER, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, 4, p. 733

<sup>191</sup>La dottrina francese ha osservato che alla base del dovere vi sarebbe proprio la conoscenza di un'informazione che controparte ignora e che è alla radice di uno scambio squilibrato: cfr. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, 2, Les obligations, Les contrat: formation*, 2 ed., Paris, 1988, p. 536.

<sup>192</sup>Sul punto F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 320 e ss.; di recente in argomento T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità precontrattuale*, cit. p. 213.

economica del diritto: il fine è quello di selezionare le informazioni che debbono essere oggetto del dovere di *disclosure* da quelle che non debbono esserlo<sup>193</sup>.

Il criterio di ripartizione dei costi si basa, in questa impostazione, sulla distinzione fra informazione deliberatamente acquistata e informazione casualmente ottenuta; così qualora sussistesse il dovere di divulgare l'informazione costosa e destinata allo scopo, l'obbligo medesimo sarebbe contrario al principio di efficienza economica in quanto ridurrebbe l'incentivo all'acquisizione di simili informazioni.

A conclusioni diametralmente opposte dovrebbe giungersi per il caso di informazione casualmente acquisita.

Si è osservato come la traslazione di questa impostazione nel modello di *civil law* appaia operazione metodologicamente scorretta; la lettura richiamata si inserisce perfettamente nel contesto della teoria del contratto di *common law* all'interno della quale l'iniziativa contrattuale rimane ancora "materia di un rischio che le parti interamente si assumono fin dal momento dell'avvio delle trattative"<sup>194</sup>.

In presenza di una regola che conforma a correttezza e lealtà la fase preliminare alla conclusione del contratto non appare possibile oltrepassare la regola medesima in ossequio a ragioni di efficienza economica<sup>195</sup>.

Un seppur timido riconoscimento dell'impostazione giuseconomica perviene, parrebbe, dall'art. 49 comma terzo della proposta di regolamento sulla vendita europea alla quale ci riferiremo nella parte finale del lavoro; la disposizione al comma terzo prevede che fra le circostanze da valutarsi al fine di determinare se la buona fede e la correttezza impongano alla parte di rilevare una determinata informazione si colloca "il costo al quale la parte può ottenere l'informazione".

Dalla disposizione parrebbe emergere come l'elemento economico, pur non avendo valore dirimente l'alternativa fra il dover o il non dover prestare l'informazione, può essere

---

<sup>193</sup>In argomento, A. T. KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and the Law of Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, VII, 1978, p. 4 e ss.

<sup>194</sup>Cfr. M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit., p. 460.

<sup>195</sup>Così M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit., p. 460; ivi anche un essenziale quadro sui criteri impiegati dalla letteratura giuridica al fine di selezionare le informazioni rilevanti funzionalmente al dovere in esame da quelle irrilevanti.

considerato cofattore che contribuisce al fine di comporre la valutazione dell'informazione medesima secondo il criterio della buona fede.

Vale ora sottolineare come il tema della delimitazione dei doveri di informazione quale concretizzazione della clausola generale appaia, tuttavia, subire un progressivo ridimensionamento in ragione della diffusione della tecnica legislativa che, soprattutto in ambito di contrattazione asimmetrica, tende a ovviare a questa problematica attraverso la predisposizione di specifici doveri di informazione che la letteratura giuridica ha cura di considerare quali espressione del principio di buona fede<sup>196</sup>.

La dottrina ha tuttavia espresso delle linee tendenziali ancorate essenzialmente al grado di incidenza della regola di buona fede nel contesto delle trattative; si è così fatto riferimento a un ambito oggettivo che si estenda necessariamente a tutti gli elementi la cui conoscenza consente di formare una esatta rappresentazione dell'oggetto delle trattative<sup>197</sup>.

L'ambito oggettivo di estensione eccessivamente ampio, frutto dell'interpretazione sopra richiamata, ha portato la letteratura<sup>198</sup> ad un suo restringimento utilizzando i criteri dell'essenzialità delle circostanze nel quadro dell'assetto d'interessi programmato e dell'esigenza di riequilibrare posizioni di disparità delle parti sul piano informativo<sup>199</sup>.

L'effetto tendenziale della violazione di tali doveri - disciplinati non soltanto dalla legislazione interna, ma anche da quella comunitaria - relegabile nel contesto delle regole di responsabilità rappresenta ulteriore argomentazione da tenere in considerazione quando ci soffermeremo sul tema dell'interferenza fra contratto valido e responsabilità precontrattuale<sup>200</sup>.

---

<sup>196</sup>Cfr. fra gli altri G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regola di condotta*, in *Contr. e Impr.*, 2006, p. 959; nella stessa direzione V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradam dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. Impr.*, 2005, p. 897.

<sup>197</sup>Così G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 104

<sup>198</sup>Questa preoccupazione e quella di eliminare attraverso un'interpretazione abrogatrice il valore precettivo dell'art. 1338 c.c., ha condotto parte della letteratura a circoscrivere e limitare al contenuto dell'art. 1338 c.c. il dovere di informazione nella fase delle trattative: sul punto cfr. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 147 e ss.

<sup>199</sup>G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 79 e ss; la stessa impostazione pare recepita da A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 37;

<sup>200</sup>In argomento cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo... cit.*, p. 26 e ss.; dalla medesima



Oltre che il contenuto del dovere occorre evidentemente puntualizzare le modalità di prestazione dell'informazione: da qui la necessità che il dovere medesimo venga adempiuto fornendo informazioni veritiere.

Nel caso in cui l'informazione non corrispondesse a verità sarebbe possibile ritenere integrata una sorta di responsabilità per inesatte informazioni<sup>201</sup>.

La scorrettezza rappresentata dalla non chiarezza delle informazioni sembra trovare conferma nei documenti di armonizzazione in particolare nell'art. II. – 9:401 del *Draft Common Frame of Reference*, a tenore del quale, le clausole predisposte da una parte e sottoposte all'altra debbono essere redatte e comunicate in modo chiaro, semplice e intellegibile, altrimenti la clausola medesima verrà considerata “*unfair*”<sup>202</sup>.

Questa notazione pare confermare come il dovere di chiarezza sia strettamente connesso a quello di informazione e si ponga così funzionalmente all'esigenza delle parti di apprezzare il contenuto del contratto e l'assetto delle future prestazioni.

Qualche puntualizzazione merita l'operazione di concretizzazione della clausola generale proposta con riferimento al c.d. dovere di segreto: è stata infatti sottoposta a vaglio critico la convinzione che anche questo particolare tipo di dovere rientri fra quelli sussumibili nel contenuto precettivo del micro-sistema che detta i limiti della figura della responsabilità precontrattuale<sup>203</sup> e in primo luogo dell'art. 1337 c.c..

Il dovere di non divulgare notizie riservate su controparte apprese durante le trattative non dà luogo – per il caso di sua violazione - a una responsabilità precontrattuale.

Infatti, non pare si possa rifuggire da questa doppia, rigida alternativa: o questo dovere è l'oggetto di uno specifico accordo, quale ad esempio il *secrecy agreement* delle lettere

---

affermazione non si può trarre la conclusione della totale insensibilità delle regole di comportamento e di quelle di validità, per come vedremo in diversi punti della trattazione e con precisi spunti anche dalla legislazione di fonte comunitaria.

<sup>201</sup>Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 179 e ss; sulla ipotesi di responsabilità richiamata nel testo cfr. F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e atto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*, cit., p. 551 e ss.

<sup>202</sup>Nell'ipotesi in esame la sanzione sarà il dover considerare la clausola non vincolante; lo strumento di armonizzazione prevede tuttavia quali rimedi per il caso di violazione degli obblighi precontrattuali il diritto al risarcimento del danno: in argomento cfr. L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, cit. p. 1083, spec. nota 34.

<sup>203</sup>Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 179.

d'intenti; in questo caso la violazione del dovere, in quanto contenuto di un preciso obbligo contrattuale, genererebbe una responsabilità che potremmo definire esclusivamente contrattuale. O, ancora, nel caso in cui l'obbligo non sia oggetto di una clausola contrattuale ci troveremo di fronte a un' ipotesi di responsabilità extra-contrattuale<sup>204</sup>.

Al di là della collocazione della fattispecie trattata in uno specifico ambito o del suo accostamento nell'alveo della responsabilità contrattuale o extra-contrattuale<sup>205</sup>, emerge una distinzione fra questa ipotesi e la responsabilità precontrattuale.

Infatti, l'istituto della responsabilità precontrattuale ricorre nel caso in cui le scorrettezze portino al responsabile ingiusti vantaggi e alla vittima danni ingiusti rispetto alla trattativa.

La violazione del "dovere di segreto" non si apprezza funzionalmente a questa fase, ma quale violazione in generale, in ossequio al principio del *neminem laedere* e pertanto essa conduce, per il caso in cui l'obbligo non sia stato oggetto di un'apposita convenzione, a forme di responsabilità sussumibili nel contenuto precettivo dell'art. 2043 del codice civile<sup>206</sup>.

Esemplificati, seppur sommariamente, i doveri, particolare rilevanza assumono gli sforzi che la dottrina ha compiuto al fine di individuare i parametri alla cui stregua apprezzare la misura della correttezza in *contrahendo*.

Di questi sforzi non si può dare conto in maniera compiuta ed esauriente in questa sede: faremo pertanto riferimento ad alcuni aspetti essenziali al fine di tentare di dare maggiore circolarità al ragionamento complessivo.

L'individuazione dei parametri rimanda alla nozione di *standard*<sup>207</sup> cioè di "un modello

---

<sup>204</sup>Rientrerebbe nell'alveo della responsabilità precontrattuale la violazione del dovere di segretezza, nell'impostazione di G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, p. 29 e ss.; già Benatti riconduceva il dovere in esame alla figura della responsabilità precontrattuale; l'A. sottolinea infatti che le parti "avvertono anche la necessità che non siano diffuse notizie affiorate nel corso delle trattative e la conoscenza da parte dei terzi potrebbe arrecare loro pregiudizio": sul punto quindi F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa, 2012 (Napoli), p. 39; in argomento anche F. MESSINEO, voce *Contratto*, (dir. priv.), in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 847.

<sup>205</sup>Su questi aspetti torneremo più diffusamente nel testo.

<sup>206</sup>Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 180

<sup>207</sup>Sul punto J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974, p. 97 e ss.

(normale) di comportamento corretto, che trova fondamento nella considerazione della realtà sociale e che il giudice assume a criterio di valutazione di una condotta”<sup>208</sup>.

Questi medesimi parametri dovranno essere concretizzati in sede di applicazione giudiziale della norma attraverso il riferimento alle caratteristiche peculiari della singola fattispecie e quindi alla natura del contratto, all’assetto di interessi concretamente predisposto, alla qualità dei contraenti, oltre alle circostanze in cui la conclusione è avvenuta.

Soccorre così il riferimento al concetto di “ragionevolezza”<sup>209</sup> che è stato impiegato non solo quale misura della correttezza in *contrahendo*<sup>210</sup>, ma anche quale modello<sup>211</sup> al fine di attenuare il rilievo della condotta scorretta<sup>212</sup> ogni qual volta la medesima non abbia avuto una eco considerevole sull’assetto di interessi programmato<sup>213</sup>.

Concludendo su questi aspetti tematici pare si possa rilevare come il ruolo centrale occupato dal dovere di informazione nel processo di tipizzazione della clausola generale sia in linea con la lettura secondo la quale preoccupazione principale dell’art. 1337 c.c. e di tutto il microsistema normativo in tema di responsabilità precontrattuale sia essenzialmente di garantire una tendenziale conformità fra gli atteggiamenti interiori e esteriori delle parti durante la fase preliminare alla stipulazione del contratto.

#### 4. *Stipulazione di contratto invalido e responsabilità precontrattuale.*

---

<sup>208</sup>Così M. MANTOVANI, *Vizi incompleti e rimedio risarcitorio*, cit., p. 194.

<sup>209</sup>In argomento di recente S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 7 e ss.

<sup>210</sup>E’ corretto ciò che appare ragionevole alla luce delle circostanze della concreta fattispecie e del conflitto di interessi implicato.

<sup>211</sup>Per una definizione di ragionevolezza nei termini di “soggettiva disponibilità e obiettiva possibilità di un dibattito cosciente con opinioni e argomenti che rendono possibile la formazione del consenso”, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione*, trad. it., di Patti e G. Zaccaria, Napoli, 1983, p. 22

<sup>212</sup>Sullo specifico rapporto fra ragionevolezza ed art. 1337 c.c., in un confronto con le soluzioni adottate dal modello inglese cfr. G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, p. 730 e ss.

<sup>213</sup>Sul punto A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit. p. 152; secondo l’A. l’irrisorietà del danno contribuirebbe a innalzare la soglia della scorrettezza tollerabile; riprende queste conclusioni anche M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 197; sul tema della ragionevolezza, il contributo monografico di S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, *passim*.

Il processo di “tipizzazione” quale concretizzazione della clausola generale di buona fede è estraneo alla fattispecie predisposta dall’art. 1338 c.c.

Al contempo la fattispecie non può collocarsi nella tendenza, della quale abbiamo già dato conto, dell’ampliamento tendenziale dell’area di incidenza del fenomeno della responsabilità precontrattuale.

La norma può invece di certo essere considerata una specificazione<sup>214</sup> della disposizione generale introduttiva della tematica della responsabilità precontrattuale<sup>215</sup>.

Essa dispone, come noto, che *“la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere senza sua colpa confidato nella validità del contratto”*.

Il rapporto di *genus a speciem* è desunto - oltre che dalla constatazione che nella norma espressa dall’art. 1338 del codice civile vi sarebbe una sorta di specifica tipizzazione dei doveri espressivi dei principi sottesi alla responsabilità precontrattuale - dalla sussistenza di una medesima *ratio* sottesa a entrambe le disposizioni (artt. 1337-1338 cc.).

Così come l’inclusione del recesso ingiustificato dalle trattative nel contenuto dell’art. 1337 c.c.<sup>216</sup> appare manifestazione dell’esigenza di tutelare i reciproci affidamenti delle parti che abbiano intrapreso le trattative; al contempo *“il danno precontrattuale da conclusione di contratto invalido si ricollega alla violazione non tanto del dovere di informazione, quanto piuttosto (al pari del danno da rottura della trattativa) del dovere di non deludere l’affidamento sull’affare”*<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup>Parte della dottrina ha osservato la superfluità della disposizione sotto il profilo della tecnica legislativa: si è osservato che l’obbligo oggetto della disposizione sarebbe già ricompreso nella disciplina della clausola generale di cui all’art. 1337 del codice civile. La giustificazione della disposizione, a livello storico, sarebbe riconducibile all’influenza della ricostruzione della *culpa in contrahendo* proposta da Jhering sull’impianto della codificazione; l’utilità residua sarebbe rinvenibile in ragione degli scarsi indici normativi contenuti nell’art. 1337 del codice civile: sul punto F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit. p. 292 e ss.

<sup>215</sup>Parla di “applicazione peculiare” dell’art. 1337 c.c., V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1266.; in argomento anche G. VISINITINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, p. 108; G. MIRABELLI, *Commento sub. artt. 1337-1338 c.c.*, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, IV, t.2, Torino, 1980, sub. art. 1337-1338 c.c., p. 113

<sup>216</sup>Cfr. infra nel testo.

<sup>217</sup>Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 183.

Gli esiti dei ragionamenti sin qui proposti paiono andare nella direzione dell'individuazione di un tratto comune alle disposizioni che coincide di fatto con l'attenzione volta, da entrambe le norme, alla tutela di una tendenziale conformità fra gli interni voleri e le forme di esteriorizzazione di congegni e comportamenti dei contraenti durante le fasi delle trattative, nell'ottica di una necessaria protezione dei reciproci affidamenti.

La predetta relazione fra le disposizioni si apprezza, naturalmente, sulla base del superamento della tradizionale impostazione che vedeva l'art. 1337 del codice civile quale norma sprovvista di valenza precettiva autonoma e pertanto applicabile per tramite della sua specificazione<sup>218</sup>.

L'art. 1338 rappresenta, invece, una delle possibili specificazioni della clausola generale: una delle possibili concretizzazioni tipizzate accanto alle quali ne appaiono ammissibili altre, pur nell'assenza di espresse e dirette previsioni legislative.

Corollario della individuazione di una comunanza di *ratio* e della constatazione della tutela dell'affidamento di controparte quale *ratio* sottesa anche alla disciplina di cui all'art. 1338 del codice civile<sup>219</sup> è la conclusione della possibilità di estendere l'ambito applicativo della disposizione oltre il senso più squisitamente letterale della norma<sup>220</sup>.

L'assurgere dell'affidamento a principio generale, discostandosi per questa via dalla c.d.

---

<sup>218</sup>Sul punto, come già richiamato, G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., p. 163.

<sup>219</sup>Sacco in maniera icastica afferma: "l'art. 1338 prevede che un soggetto venga illuso e poi disilluso": cfr. R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio. La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Milano, 2005, p. 255.

<sup>220</sup>Del resto nota è l'ampia critica ad un lettura rigida e angusta del principio *in claris non fit interpretatio* per come tradizionalmente concepito. Secondo la revisione della lettura tradizionale del brocardo, l'attività interpretativa non meramente esegetica dovrebbe sempre e comunque realizzarsi sin quando non si giunga alla "creazione" di norme chiare e coerenti con il sistema. La formula racchiuderebbe, non una causa di esclusione dell'interpretazione, ma il limite sino al quale l'attività ermeneutica dovrebbe spingersi. Sul punto, per limitarsi ad alcuni essenziali riferimenti bibliografici, L. BIGLIAZZI GERI, *L'Interpretazione*, Milano, 1994, pag. 63 e ss. Cfr. in particolare le osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, pag. 210 e ss., ove si legge che il compito dell'interprete "non può variare a secondo che sia chiamato ad applicare leggi 'chiare' oppure leggi 'ambigue', là dove la chiarezza, se v'è, non può essere un *prius* ma un *posterius* dell'interpretazione". Sull'interpretazione in generale si veda, oltre a quanto richiamato nel testo in vari luoghi, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, *passim* e R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, *passim*.

apparenza pura, consente l'impiego di formule interpretative estensive o analogiche<sup>221</sup>.

Al contempo la rilettura costituzionale e in senso assiologico dell'istituto consentirebbe di raggiungere le conclusioni appena rassegnate e quelle sulle quali ci soffermeremo subito a seguire.

Dal sistema degli artt. 1337-1338 c.c. è possibile ricavare un generale dovere di informazione, che potrebbe estendersi al di là delle angustie dell'art. 1338 c.c. nel suo contenuto letterale e coprire tutte le circostanze che si rivelino comunque importanti<sup>222</sup> ai fini della conclusione dell'affare<sup>223</sup>.

La disposizione, come è stato osservato, sarebbe pertanto applicabile anche per il caso di contratto inefficace<sup>224</sup>: essa risulta infatti “*puntualmente trasposta nell'art. 1398<sup>225</sup>, con riguardo alla conclusione di un contratto che, per essere concluso con un falso rappresentante, è affetto non da invalidità, ma da inefficacia*”<sup>226</sup>.

Si è anche osservato, al fine di disancorare la *ratio* della disposizione da una “visione contemplativa della vittima”, che il fondamento della norma sta nell'aspettarsi qualcosa o meglio un risultato utile e quest'ultimo non può coincidere con la vicenda di un rapporto giuridico, ma ha certamente a che fare con una prestazione<sup>227</sup>.

La visione contemplativa sarebbe esplicita dal pensiero della vittima dell'illecito: “quel negozio giuridico ontologicamente esiste e non è colpito da causa di nullità”.

Anche questa lettura attenta alla traslazione dell'attenzione per il risultato piuttosto che per la vicenda del rapporto, tende ad avvalorare una interpretazione tendenzialmente estensiva

---

<sup>221</sup>Sul punto C. AMATO, op. cit., p. 90 e ss.

<sup>222</sup>Sul tema più in generale cfr. quanto già sottolineato nel testo

<sup>223</sup>Per una condivisibile ricostruzione della relazione fra gli artt. 1337-1338 c.c. le riflessioni di M. FRAGALI, in *Commentario del codice civile*, a cura di D'Amelio e Finzi, Firenze, 1948, p. 369; più di recente M. MANTOVANI, *Vizi incompleti e rimedio risarcitorio*, cit., p. 150

<sup>224</sup>La dottrina ha esteso il contenuto precettivo dell'art. 1338 del codice civile con precipuo riferimento al suo ambito oggettivo; sull'autore di un negozio unilaterale graverebbero anche gli obblighi di avviso che la disposizione sembrerebbe, ad una prima lettura, limitare all'ambito contrattuale: così F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p. 27 e ss.; *contra* G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit. p. 230 e ss.

<sup>225</sup>Sul rapporto fra art. 1338 c.c. e 1398 c.c., di recente, le osservazioni di L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 838 e ss.

<sup>226</sup>Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 183.

<sup>227</sup>R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio. La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, cit., p. 255.

del contenuto della disposizione nonostante la tipizzazione della fattispecie a livello normativo.

La riconduzione della responsabilità precontrattuale all'ambito di uno dei modelli tipizzati (responsabilità contrattuale/responsabilità extracontrattuale) assieme alla verifica circa la sussistenza di un rapporto *genus/species* fra le disposizioni richiamate, possono rappresentare indici al fine di verificare alcuni atteggiamenti della dottrina in virtù dei quali nella fattispecie in esame sarebbe necessario anche un comportamento doloso o colposo del soggetto.

La letteratura giuridica, in questo ambito, ha osservato che ai fini del corretto adempimento degli obblighi di cui all'art. 1338 del codice civile non è sufficiente che la parte “*abbia comunicato all'altra ciò che sapeva in ordine alle cause di invalidità del contratto, ma occorre che essa abbia accertato alla stregua dell'ordinaria diligenza le cause di invalidità o inefficacia che rientrano nel suo ambito di controllo*”<sup>228</sup>.

Qualora questo comportamento non venga posto in essere la parte sarà responsabile per colpa, pur dovendosi escludere la mala fede<sup>229</sup>.

Con specifico riferimento alle cause di annullabilità del contratto il “dover conoscere” di cui all'art. 1338 c.c. è stato assimilato al requisito di riconoscibilità dell'errore ai sensi dell'art. 1431 c.c.

Ne è derivata la possibilità di configurare una responsabilità della controparte dell'errante che non comunichi l'eventuale causa di invalidità del contratto, non conosciuta, ma conoscibile a mezzo dell'impiego della normale diligenza<sup>230</sup>.

Si segnala per completezza l'orientamento del formante giurisprudenziale<sup>231</sup>, recepito anche da quello dottrinario<sup>232</sup>, che considera il raggiungimento della prova della violazione della regola di correttezza fondata sulla buona fede oggettiva elemento in grado di garantire il raggiungimento della prova della colpa che sarebbe implicita nella lesione.

---

<sup>228</sup>Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 171 e ss.

<sup>229</sup>La medesima dottrina ritiene che “il fatto lesivo [...] non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause di invalidità o inefficacia ma, direttamente, dalla stipulazione del contratto invalido o inefficace da parte di chi conosce o dovrebbe conoscere tali cause”: così C. M. BIANCA, op. cit., p. 171.

<sup>230</sup>In argomento cfr. M. MANTOVANI, *Commento sub art. 1338*, cit. p. 496.

<sup>231</sup>Cfr. Cass. 30 agosto 1995, n. 9157.

<sup>232</sup>Sul punto P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., p. 324 e ss.

Questa lettura aprirebbe di fatto al consolidarsi della tendenza “al progressivo passaggio dalla responsabilità per colpa alla responsabilità oggettiva”<sup>233</sup>.

##### 5. *Stipulazione di contratto valido e responsabilità precontrattuale.*

La tendenza più volte evocata all’ampliamento dell’area di incidenza dell’istituto della responsabilità precontrattuale trova la sua espressione paradigmatica e probabilmente più eclatante nell’affermazione della compatibilità fra contratto valido e responsabilità.

Il formante giurisprudenziale ha quasi sempre collegato l’istituto della responsabilità precontrattuale alla stipula di un contratto invalido – attraverso la tipizzazione di cui all’art. 1338 del codice civile – o alla mancata conclusione del contratto oggetto delle trattative fra le parti<sup>234</sup>.

Per un ampio lasso di tempo che va dagli anni trenta dello scorso secolo sino all’ultimo decennio circa, le corti italiane hanno di fatto limitato<sup>235</sup> in una duplice direzione l’istituto della responsabilità precontrattuale: da un lato ritenendolo inoperante nel caso di stipulazione di contratto valido; dall’altro circoscrivendo il danno risarcibile al c.d. interesse negativo<sup>236</sup>.

I contorni del tema, pertanto, date queste premesse, hanno attinenza con la possibilità che la violazione di obblighi imposti nella fase formativa del contratto, pur non conducendo all’invalidità del negozio, sia in grado di condurre a una ipotesi di responsabilità qualificabile nei termini della precontrattualità.

Il tema più ampio che precede logicamente quello appena segnalato risulta quello della

---

<sup>233</sup>Cfr. P. GALLO, op. cit., p. 325

<sup>234</sup>Fra le diverse pronunce cfr. Cass. 5 febbraio, 2007, n. 2479, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007; Cass., 4 marzo 2002 n. 3103, in *Corr. Giur.*, 2002, 912; in senso contrario a questo orientamento ad esempio Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 597, con nota di B. ANDO’, *Ritardo nella conclusione e responsabilità precontrattuale*; più di recente confermano la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso Cass. S. U. 19 dicembre 2007 n. 26724, 26725; cfr. inoltre Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Giust. Civ.*, 2010, p. 149: su queste specifiche pronunce cfr. infra nel testo.

<sup>235</sup>Di immiserimento della portata applicativa dell’art. 1337 del codice civile parla R. SACCO, in *La trattativa*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, 10, Torino, 2004, p. 503.

<sup>236</sup>T. FEBBRAJO, *La “nuova” responsabilità precontrattuale*, cit., p. 195 e ss.



relazione fra regole di comportamento e regole di validità<sup>237</sup>.

L'attualità della questione e una sua auspicabile rimeditazione, solo per inciso, sono accresciute dalla formazione attuale di un "nuovo diritto dei contratti"<sup>238</sup> che rappresenta il frutto dell'intensificarsi dell'attività di normazione speciale dalla quale, secondo la letteratura giuridica moderna, emergerebbe, come dato caratterizzante il contratto del duemila, il trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità<sup>239</sup>.

La *ratio* sottesa al principio di non interferenza fra regole di comportamento e regole di validità<sup>240</sup>, sebbene con varietà di toni e sfumature, viene tradizionalmente individuata nella necessità di riservare in via esclusiva al legislatore il potere di "tipizzare fattispecie di comportamenti i quali, se tenuti nella fase antecedente al contratto, possono incidere sulla validità del contratto"<sup>241</sup>.

La diversità di funzione dei complessi di regole viene scolpita facendo riferimento alle

---

<sup>237</sup>E' stato sottolineato che "la distinzione fra regole di condotta e di validità dovrebbe servire per sancire la differenza fra norme imperative alle quali dovrebbe sempre ricollegarsi un rimedio demolitorio e norme pur sempre imperative alle quali dovrebbe conseguire un rimedio diverso per lo più risarcitorio"; in questi termini G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 20; l'A. evidenzia inoltre che il principio richiamato avrebbe senso e ragione pratica se volto a risolvere i casi nei quali non è previsto espressamente dal legislatore uno specifico rimedio demolitorio; per valutazioni critiche nei confronti del riconoscimento del principio di non interferenza, cfr. F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. Sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 953; per una difesa del principio, anche alla luce degli spunti provenienti dalla legislazione a tutela del contraente debole, cfr. U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 250 e ss. La letteratura giuridica tende a difendere la vigenza del principio di non interferenza; sul punto F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione, ristampa, Napoli, 1981, p. 171 e ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 234; su analoghe posizioni L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 28; per un tentativo di scardinare la validità del principio di non interferenza, attraverso il riferimento alla fattispecie della reticenza dolosa, le osservazioni di G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit. p. 121; in senso critico rispetto a questa impostazione L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 178-179.

<sup>238</sup>F. DI MARZIO, *Introduzione. Verso il nuovo diritto dei contratti*, in ID, (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti – Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 2 e ss.

<sup>239</sup>V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, seconda edizione, Torino, 2005, *passim*.

<sup>240</sup>La vigenza del principio nella codificazione del 65' è sottolineata da A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 105 e ss.

<sup>241</sup>In questi termini C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 613.; il fondamento politico delle regole di validità è accostato al principio della certezza del diritto da R. NATOLI, in *Il contratto adeguato*, Milano, 2012, p. 80 e ss.

diverse caratteristiche dei gruppi di norme: le regole di validità, essenzialmente statiche, avrebbero attinenza con la struttura della fattispecie e sarebbero dirette a verificare l'oggettiva conformità del concreto regolamento di interessi allo schema legale; le regole di comportamento disciplinerebbero i modi della condotta reciproca dei contraenti, verificandone la conformità a correttezza e buona fede nella fase dinamica di esercizio dei poteri alle parti attribuito<sup>242</sup>.

In chiave critica rispetto a questa impostazione, pur riconoscendo la validità del fondamento del principio<sup>243</sup>, si è scritto che *“l'unica strada per evitare l'arbitrio delle Corti non passa tramite la difesa di un falso e arcaico principio, ma attraverso la garanzia di un severo controllo sia [...] dell'incidenza della condotta illecita, anche precontrattuale, sul regolamento di interessi (in una prospettiva procedimentale), sia della ragionevolezza del rimedio nel senso della sua adeguatezza al soddisfacimento degli interessi lesi”*<sup>244</sup>.

Un aspetto peculiare della più ampia problematica è stato apparentemente risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>245</sup> che hanno di recente evidenziato come in nessun caso la violazione di un dovere di comportamento possa determinare, in mancanza di espressa previsione di legge, l'invalidità del contratto.

La non interferenza fra le diverse regole<sup>246</sup> sarebbe garantita, in alcuni modelli interpretativi, anche dalla necessità di affermare l'impossibilità del concorrere della

---

<sup>242</sup>Sul punto S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 30; più di recente M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 5 e ss.

<sup>243</sup>Vale a dire “l'esigenza di politica interpretativa, per un verso di non far proliferare i casi di nullità del contratto e di circoscrivere, e non rendere incontrollabile, la discrezionalità del giudice, per altro verso di evitare che, alla luce della buona fede, sia possibile, ad esempio, subordinare la rilevanza dell'errore al requisito della mera scusabilità”: così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di validità e di comportamento nel diritto italo europeo*, cit. p. 81 e ss.

<sup>244</sup>G. PERLINGIERI, op. cit., p. 82 e ss.

<sup>245</sup>Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 2785, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*; per una critica a questa impostazione cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 18 e ss.

<sup>246</sup>Riconosce la distinzione fra le diverse tipologie di regole sulla base del differente grado di analiticità delle medesime, S. PAGLIANTINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. “Cresci Italia”*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, p. 79 e 82.

responsabilità precontrattuale con la conclusione di contratto valido.

Il modello di tutela non rappresenterebbe una sorta di sottile crinale fra responsabilità civile e contratto<sup>247</sup>, sulla base della suggestione con cui abbiamo aperto queste riflessioni, ma avrebbe vigore soltanto nel caso di mancata stipulazione del contratto.

In realtà il principio di non interferenza, concepito in questi termini, ha una connotazione meramente unilaterale.

Una coerente ricostruzione implicherebbe di dover negare rilevanza, e alla violazione delle regole di condotta sul giudizio di validità, e allo stesso modo e simmetricamente al rispetto delle regole di validità rispetto al giudizio di responsabilità per la violazione di regole di comportamento<sup>248</sup>.

Per far ulteriore chiarezza è possibile aggiungere che la conformità dei conegni al giudizio di validità non impone, proprio in ragione del principio di non interferenza – qualora se ne condivida la validità all'interno del nostro ordinamento - di valutare ai fini dell'esclusione delle responsabilità<sup>249</sup> (in quest'ultimo giudizio, naturalmente) i conegni delle parti nella fase precontrattuale<sup>250</sup>.

Chiariti questi aspetti preliminari, una pur essenziale tassonomia delle ricostruzioni sul tema della compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido risulta utile a verificare lo stato dell'arte della dottrina su questo aspetto.

Una prima impostazione rileva come la conclusione del contratto sarebbe elemento in

---

<sup>247</sup>In argomento cfr. V. ROPPO, in *Spunti in tema di responsabilità pericontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, cit., p. 16 e ss.

<sup>248</sup>In modo perentorio Rescigno rileva che “la conclusione e la validità del contratto, quindi l’operatività dei rapporti che ne derivano, sono compatibili con la rilevanza e la sanzione di comportamenti contrari alla buona fede nella fase precontrattuale”; così P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1978, p. 198.

<sup>249</sup>Il modello della distinzione fra le regole si poggia anche sulla necessità di un bilanciamento fra “il principio di libertà di autodeterminazione con quello di certezza dei traffici giuridici o [...] con la logica dell’agire economico”; le regole di validità sarebbero, in questo orientamento, caratterizzate dall’obiettività del parametro a esse immanenti a dispetto di quelle di comportamento che implicano una valutazione di fatto; cfr. V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p. 1271 e ss.

<sup>250</sup>Per una compiuta elaborazione di questa impostazione cfr. M. MANTOVANI, “*Vizi incompleti*” *del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 15 e ss.; sul punto già F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 13; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 112 e ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 356 e ss.; di recente T. FEBBRAJO, *La “nuova” responsabilità precontrattuale*, cit., p. 365 e ss.

grado di assorbire le scorrettezze compiute nella fase antecedente alla stipulazione<sup>251</sup>: residuerebbe, in altri termini, uno spazio per dare rilevanza esclusivamente all'inadempimento delle obbligazioni previste nel contratto<sup>252</sup>.

A sostegno di questa lettura, per tramite di *argomento autoritativo o ab exemplo*<sup>253</sup>, si rileva che l'autorevole dottrina che ha dato fisionomia all'istituto della responsabilità precontrattuale aveva in mente l'ipotesi della responsabilità derivante dal comportamento di chi ha con consapevolezza stipulato un contratto invalido, provocando un danno alla controparte<sup>254</sup>.

Si argomenta anche sulla base dello studio della relazione fra gli artt. 1337 e 1338 del codice civile. Quest'ultima disposizione, infatti, rappresenterebbe l'unica ammissibile esemplificazione di responsabilità precontrattuale, per il caso di intervenuta stipulazione di contratto (sebbene invalido).

Una differente impostazione sarebbe priva di logicità, poiché non si giustificerebbe l'esistenza dell'art. 1338 qualora questa norma dovesse essere considerata quale una delle diverse e astrattamente ammissibili applicazioni del criterio individuato dall'art. 1337 del codice civile; basterebbe, infatti, riconoscere la valenza precettiva generalizzata della

---

<sup>251</sup>Questa impostazione è espressa in maniera esemplare da Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 539, con nota critica di F. ROLFI, *La Cassazione e la responsabilità precontrattuale: idee del tutto chiare?*; nella pronuncia si precisa che “nell’ipotesi in cui la convenzione negoziale tragga linfa da condizioni diverse da quelle che avrebbero preso corpo se una parte non avesse tenuto un comportamento contrario a buona fede, la fattispecie di responsabilità legittimamente azionabile dal *deceptus* è (solo) quella contrattuale, e non più quella precontrattuale ex art. 1337 c.c., la cui configurabilità resta preclusa ed assorbita nella intervenuta stipula del contratto”; evidenza che più che il valore di questo tipo di argomentazione, ad imporre l’assioma dell’incompatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso sia il risalente atteggiamento delle corti di esaurire il campo di applicazione dell’istituto della responsabilità precontrattuale all’istituto del recesso ingiustificato dalle trattative e alla lesione dell’affidamento incolpevole sulla validità del contratto, T. FEBBRAJO, in *La “nuova” responsabilità precontrattuale*, cit. p. 198.

<sup>252</sup>Su questi aspetti, classicamente, G. D’AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, *passim*; di recente ID, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L’isola che non c’è)*, cit., p. 197 e ss.; sul punto già A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del contratto*, Padova, 1937, p. 336 e ss.; sulla compatibilità fra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale cfr., per tutti, S. A. RASI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1974, II, p. 496 e ss.

<sup>253</sup>G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 367.

<sup>254</sup>Sul punto, fra gli altri, v. G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 110

norma contenuta nella clausola generale<sup>255</sup>.

Abbiamo già appurato l'esistenza di un rapporto di *genus a speciem* fra gli artt. 1337-1338 del codice civile <sup>256</sup>: si può tuttavia specificare che ragionare sulla base dell'impostazione appena evocata condurrebbe a dover tacciare di superfluità tutte quelle disposizioni che si pongano quali specificazioni di clausole generali.

La tipizzazione di cui all'art. 1338 c.c. rispetto alla previsione ampia e generale contenuta nell'art. 1337 c.c. si spiegherebbe sulla base del rilievo che in taluni casi l'intervento del legislatore è giustificato dalla necessità di sciogliere dubbi sulla sussistenza concreta di una fattispecie<sup>257</sup>.

Se si limitasse a questa regola il rilievo "indiretto" dell'art. 1337 c.c. si negherebbe un'autonoma valenza precettiva della disposizione e le si riconoscerebbe solo un ruolo concettuale e teorico che impedirebbe alla clausola generale di regolamentare ipotesi diverse da quelle già disciplinate.

Questa operazione ermeneutica rappresenterebbe una chiara inversione di tendenza rispetto all'affinamento del ragionamento che la dottrina ha condotto sul tema delle clausole generali nel volgere degli anni che va dalla loro introduzione nel codice del '42 all'epoca contemporanea.

Anche l'argomento evocato della traslazione della colpa nella formazione del contratto in colpa dell'adempimento non appare dirimente.

I doveri precontrattuali originano nella fase anteriore alla stipula del contratto; la loro qualificazione e quella della responsabilità a causa della loro violazione quale effetto negoziale rappresenta una chiara inversione logica<sup>258</sup>.

D'altro canto, oltre all'argomentazione letterale che conferisce un ampio ambito applicativo all'art. 1337 del codice civile depone a favore della soluzione positiva

---

<sup>255</sup>Richiama le argomentazioni proposte dalla dottrina di recente V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale, fra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., p. 88 e ss.

<sup>256</sup>In argomento fra gli altri F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 15 e ss.; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 e ss.; A. C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, cit., p. 30 e ss.

<sup>257</sup>Sul punto le riflessioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Roma-Bologna, 1970, p. 210.

<sup>258</sup>Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 119.

(compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido) la caratterizzazione della buona fede quale clausola generale e quindi quale strumento in grado di recepire istanze valoriali provenienti, oltre che dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, dalle esigenze concrete della realtà socio-economica<sup>259</sup>.

In quest'ottica la disposizione di cui all'art. 1337 c.c. si collocherebbe quale strumento in grado di consentire un costante processo di adeguamento delle prescrizioni normative alle istanze di tutela provenienti dalla prassi e quindi anche dalla realtà socio-economica<sup>260</sup>.

Le medesime conclusioni potrebbero considerarsi confacenti alla rilettura assiologica degli istituti giuridici quale effetto dell'impronta personalistica e solidaristica di rilievo costituzionale.

Anche il riferimento alla Relazione al Re sul codice civile (n. 612)<sup>261</sup> - impiegato al fine di restringere l'ambito di applicazione della clausola generale - non pare dirimente: a riguardo si è infatti evidenziato che “non ci vuol molto per constatare che l'art. 1337 c.c. è la disposizione base in tema di *culpa in contrahendo*, mentre l'art. 1338 c.c. non è che un'applicazione del principio sancito nella norma precedente”.

---

<sup>259</sup>Questa prospettiva metodologica risulta ben avvertita già da Pugliatti il quale osserva che “se nuove finalità pratiche si fanno strada, e nuove esigenze si impongono al legislatore, chi meglio di tutti, se non il giurista potrà suggerire delle modifiche o trasformazioni di strumenti tradizionali o la costruzione di nuovi strumenti?": così S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1941, I, p. 197 e ss.; ora in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 607 e ss., spec. p. 681; Palermo sottolinea come rappresenti difficoltà per il giurista disattento all'evolversi degli ordinamenti e alla correlativa trasformazione degli istituti alla luce dei principi emersi o maturati nel corso della storia il superamento di uno schema concettuale che risulti stratificato: G.PALERMO, *Autonomia negoziale*, sec.ed., Torino, 2014, p. 64.

<sup>260</sup>Sull'importanza della c.d. fattualità del diritto cfr. di recente P. GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 12 e ss.; l'illustre A. si riferisce alla “fattualità del diritto” intendendo “con questo sintagma una enorme virulenza dei fatti che hanno la capacità di condizionare il diritto e di plasmarlo”. Con riferimento a quanto affermato nel testo, questo elemento dovrebbe dirsi in grado di orientare l'interpretazione e quindi ancor prima l'interprete, consentendo applicazioni del diritto che esulino dai riferimenti meramente letterali, ma che abbiano maggiore attenzione, come detto, alle istanze di tutela che da quei medesimi fatti originano. Interpretazione e applicazione appaiono come momenti inscindibili nei quali è riconosciuta una specifica valenza alla fattualità attraverso “una corretta dialettica fatto-norma, senza temere contaminazioni alla presunta purezza del diritto”: così P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 319. Per il superamento del principio *in claris non fit interpretatio* quale regola da rivisitare cfr. la bibliografia richiamata nel testo.

<sup>261</sup>Ove può leggersi che il dovere di correttezza “riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità *in contrahendo* quando una parte conosca e non rivela l'esistenza di una causa di invalidità del contratto”.

Utile parrebbe, invece, la considerazione per cui “nell’articolo 1337 c.c. non si trova nessuna menzione della pretesa limitazione del concetto di responsabilità precontrattuale ai soli casi d’invalidità del contratto”<sup>262</sup>.

Nella tassonomia di queste contrapposte letture può collocarsi l’impostazione che invoca soluzioni che si attaglino nei termini di adeguatezza al caso concreto e al rapporto fra “fatto-norma-sistema”.

In questa impostazione le esigenze di tutela divengono lo strumento in grado di favorire l’adozione della soluzione più adatta al caso specifico.

Ciò non vuol significare l’impossibilità di individuare e tracciare dei principi e dei criteri direttivi: questi sono stati schematizzati a mezzo della considerazione per cui se l’adempimento del contratto valido assorbe l’interesse leso nella fase c.d. precontrattuale, allora non pare sussistano esigenze da soddisfare a mezzo delle regole di responsabilità precontrattuale.

Nell’ipotesi in cui il medesimo adempimento non sia in grado di assorbire o per quantità o per qualità l’interesse leso nella fase delle trattative potrebbe prospettarsi una responsabilità e quindi un risarcimento aggiuntivo “*commisurato alla differenza tra l’interesse soddisfatto con la prestazione e quello leso durante la contrattazione*”<sup>263</sup>.

In conclusione, anche il riferimento al modello dell’affidamento<sup>264</sup> quale caratteristica costante dello schema della responsabilità precontrattuale e qui impiegato quale modello anche interpretativo, andrebbe nella direzione della conferma della correttezza delle conclusioni affermate nel testo.

Seguendo questa prospettiva di analisi le esigenze di tutela si appunterebbero sulla

---

<sup>262</sup>Così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 15

<sup>263</sup>Così G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 del codice civile*, cit., p. 96 e ss.

<sup>264</sup>Occorre specificare che i differenti riferimenti fatti in diversi punti della trattazione al concetto di affidamento, necessitano, per non essere fraintesi, dell’indicazione di una nozione quanto meno stipulativa del concetto che con riferimento alla materia di cui ci occupiamo ben sono riassunte da chi afferma che “il termine non vale ad individuare un novero di interessi legislativamente prefigurato, bensì un valore la cui determinazione è, di volta in volta, rimessa al giudizio dell’esperienza; il che d’altronde è proprio delle clausole generali”; così V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale*, cit. p. 1270 e ss; per ulteriori considerazioni L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 5 e ss.

necessità di pervenire a un risultato complessivo che solo la reintegrazione per come prospettata sembrerebbe garantire.



### **Cap. III: Regole di validità e regole di comportamento: il contratto valido ma sconveniente.**

Sommario:1.Gli artt. 1494 c.c. e 1440 c.c. e la compatibilità fra contratto valido e responsabilità precontrattuale. 2.Vizi incidenti e incompleti del contratto. 3.Regole di comportamento e regole di validità: ancora sulla relazione fra vizi del consenso e responsabilità precontrattuale. 4.Recenti orientamenti giurisprudenziali: il contratto valido, ma sconveniente.

1. *Gli art. 1494 e 1440 c.c. e la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido.*

Un sguardo più ampio e sistematico<sup>265</sup> permette di rintracciare ulteriori argomenti dai quali desumere la conferma del principio di compatibilità fra stipulazione di contratto valido e responsabilità precontrattuale.

Fra queste norme si collocherebbe<sup>266</sup>, *in primis*, la regola dell'articolo 1494 primo comma del codice civile.

La disposizione prevede per il caso di vendita di bene viziato la responsabilità del venditore a prescindere dall'alternativa fra azione redibitoria ed estimatoria; *rectius* a prescindere dalla scelta effettuata rispetto al perseguimento di una delle azioni astrattamente ammissibili<sup>267</sup>.

Una prima impostazione ha evidenziato come in tutte le ipotesi in cui un'obbligazione contrattuale non possa essere adempiuta a causa di una violazione che si concreta nella fase precontrattuale, la violazione medesima non rileverà ai fini della responsabilità precontrattuale, ma ai fini della responsabilità contrattuale<sup>268</sup>.

Nell'ipotesi richiamata, pertanto, la funzionalità della violazione rispetto a un vizio della prestazione che si consolida al momento della conclusione del contratto implica l'assorbimento di questa tipologia di responsabilità (che trae origine in conegni riconducibili alla fase precontrattuale) nell'alveo della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1494 del codice civile<sup>269</sup>.

L'impostazione evocata non parebbe rinnegare la validità del principio di interferenza fra

---

<sup>265</sup>Con riferimento al ruolo dell'interpretazione sistematica di ricerca delle regole e dei principi cfr. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione*, cit., p. 319. Sull'evoluzione del metodo sistematico le riflessioni di F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Milano, 2010, p. 330 e ss.

<sup>266</sup>In argomento cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 170 e ss.

<sup>267</sup>Per tutti M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 170 e ss.

<sup>268</sup>Di recente su questi aspetti V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale, fra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit. p. 94 e ss.

<sup>269</sup>Sul punto G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 95 e ss.

contratto valido e responsabilità precontrattuale, ma tenta soltanto di limitarne l'operatività impiegando il criterio della relazione fra illecito precontrattuale e prestazione.

Una differente prospettiva ha, invece, evidenziato la compresenza nella fattispecie di una violazione dell'*interesse negativo* alla propria libertà negoziale - che si verifica già nella fase precontrattuale - con una violazione dell'interesse, questa volta positivo, all'esatto adempimento della prestazione, che si realizza, però, intervenuta la stipulazione del contratto<sup>270</sup>.

Il rapporto fra responsabilità precontrattuale e contratto valido è stato colto di recente dalla letteratura giuridica che ha voluto evidenziare come all'interno della disposizione sarebbe rinvenibile l'indice dell'esistenza di "casi di responsabilità civile per fatti imputabili al venditore [...] che incidono su un contratto valido, rendendolo sconsigliato"; in queste ipotesi i rimedi accordati al compratore "altro non fanno se non riaggiustare a suo favore la bilancia economica del contratto"<sup>271</sup>.

La funzione della responsabilità sarebbe pertanto anche quella di correggere il risultato economico frutto dell'assetto di interessi costruito sulla base di contegni illeciti nella fase delle trattative.

Ulteriore fattispecie impiegata al fine di coonestare a livello sistematico le conclusioni richiamate in questa sede è rappresentata dall'articolo 1440 del codice civile che contiene la disciplina del c.d. dolo incidente<sup>272</sup>.

La validità del contratto è assicurata, in questa ipotesi, dalla circostanza che il vizio non raggiunge la soglia minima che consente l'impugnazione.

Ciò non implica che non sussista, tuttavia, l'esigenza dell'applicazione di un rimedio

---

<sup>270</sup>Cfr. sul punto C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit. p. 635 e ss.

<sup>271</sup>V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, cit., p.13 e ss. L'A. richiama ai fini dell'individuazione del principio di interferenza fra contratto e responsabilità (precontrattuale) anche gli artt. 1668 comma 1 e 1669 c.c.

<sup>272</sup>Si è osservato che "l'espressa previsione dell'obbligo risarcitorio, nella fattispecie del dolo incidente, appare l'esito di un compromesso all'interno della stessa disciplina del dolo, tra la considerazione del profilo di vizio del volere, che mira alla tutela della libertà e corretta formazione della volontà negoziale, e l'aspetto della condotta illecita di colui che mette in opera raggiri e artifici": così M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 20 e ss.; rimarrebbe presente nel dolo così quell'anima di dolo-delitto che ne risalta l'aspetto di comportamento illecito fonte di riparazione del danno.

risarcitorio, dovuto alla sussistenza di un condotta scorretta *in contrahendo*<sup>273</sup>.

Il dolo mantiene, quindi, la sua vocazione primigenia di fonte di responsabilità civile, pur non valendo quale elemento impeditivo della corretta formazione del contratto<sup>274</sup>.

In questo caso il negozio, valido ed efficace, può essere esattamente adempiuto; ciò che muta rispetto a quanto si sarebbe verificato nel caso di fisiologico sviluppo della fase delle trattative è l'assetto di interessi complessivo: nel senso che l'accordo si sarebbe raggiunto a condizioni differenti.

Il danno sofferto non coincide, quindi, con l'inadempimento della regola contrattuale, ma deriva piuttosto dalla violazione perpetuata nella fase precontrattuale che funge da antecedente della differente volontà tradotta in un diverso contenuto contrattuale<sup>275</sup> o in un differente complessivo assetto di interessi.

Parte della letteratura giuridica ha, tuttavia, assegnato alla disposizione in tema di *dolo incidente* una valenza eccezionale<sup>276</sup>, affermando l'impossibilità di applicazione analogica<sup>277</sup>.

La regola sarebbe riconducibile, per questa via, al contenuto precettivo dell'articolo 14 dip. prel. cod. civ. che sancisce il divieto di applicazione delle norme eccezionali<sup>278</sup> e di quelle

---

<sup>273</sup>Così G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit. p. 62 e ss.; in tema già M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 289

<sup>274</sup>R. SACCO, U. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, cit., p. 238.

<sup>275</sup>Sulla distinzione fra oggetto, contenuto e causa del contratto, per tutti, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1\*\*, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, p. 689 e ss.;

<sup>276</sup>In altri termini la disposizione consentirebbe la realizzazione dell'ipotesi eccezionale di compatibilità fra modello risarcitorio e contratto valido: per tutti G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit. p. 119; di recente, ID, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit. p. 197 e ss.

<sup>277</sup>Cfr., per tutti, L. MENGONI, "*Metus causam dans*" e "*metus incidens*", in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, p. 50 e ss.

<sup>278</sup>Non può sottacersi l'orientamento di pensiero che considera verosimile la possibilità di impiegare, a certe condizioni, l'argomentazione analogica anche nei casi di norma eccezionale: cfr. sul punto P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 55 e ss; in argomento per tutti N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 168 e ss. Sottolineano che la qualifica della disposizione nei termini di eccezionalità o specialità non dipende da una qualità intrinseca della medesima, ma dalla sua collocazione nel sistema giuridico P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 19

penali oltre i casi per le quali le medesime sono state previste.

Il nodo da sciogliere attiene, parrebbe, non tanto al contenuto precettivo della disposizione, sul quale non pare sussistano dubbi, quanto alla sua qualifica nei termini di regola eccezionale: la qualifica rappresenta, infatti, il presupposto per la riconduzione della norma alla disposizione preliminare e quindi per l'applicazione del divieto.

A riguardo si è argomentato che il carattere di superfluità della disposizione farebbe coerentemente ritenere che essa rappresenti espressione di principi generali.

Basterebbe, infatti, l'attenzione per il contenuto dell'art. 1439 c.c. per desumere la conclusione per cui il dolo che non sia determinate non possa essere causa di invalidità del contratto.

Al contempo la previsione dell'art. 1337 del codice civile sarebbe sufficiente al fine di affermare la risarcibilità dei raggiri che non siano determinanti del consenso<sup>279</sup>.

In realtà l'art. 1440 c.c. rappresenterebbe norma eccezionale nella parte in cui “preclude l'ingresso dell'azione di annullamento [...] pur in presenza di un fattore turbativo della volontà, che concretamente riunisce in sé tutti requisiti del vizio determinante del consenso, ma che il legislatore considera come se non fosse tale”<sup>280</sup>.

Non sarebbe questione, nel delineare la distinzione con il dolo determinante, di direzione del contegno doloso rispetto all' *an* o al *quomodo* del contratto, ma di riconoscere l'esistenza di una *fictio* che induce il legislatore a considerare il dolo come se non fosse stato determinante del consenso.

Questo elemento di eccezionalità non può in alcun modo influenzare la natura della regola, sempre contenuta nella medesima disposizione della statuizione della possibile “convivenza tra validità del contratto e rimedio risarcitorio”<sup>281</sup>.

All'interno della disposizione conviverebbero due significati e pertanto due diversi contenuti precettivi: uno negativo ed eccezionale e coincidente con l'esclusione della sanzione

---

<sup>279</sup>Cfr. su questi aspetti, fra gli altri, M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 124; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit. p. 61 e ss.

<sup>280</sup>M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 129.

<sup>281</sup>M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 128; per ulteriori riferimenti alla disciplina che confermerebbe la sussistenza del principio, cfr. nota 173.

dell'annullamento, l'altro positivo e non eccezionale, in quanto espressione del principio di compatibilità fra rimedio risarcitorio e validità del contratto o di possibile interferenza fra responsabilità precontrattuale e validità del contratto<sup>282</sup>.

## 2. *Vizi incidenti e incompleti del contratto.*

Ulteriore conferma dell'astratta compatibilità fra contratto validamente concluso e responsabilità precontrattuale deriva dalla tassonomia proposta dalla letteratura ed espressa a mezzo del binomio "vizi incidenti"/"vizi incompleti" del contratto.

Mentre i vizi incidenti (essenzialmente dolo, violenza e errore incidente)<sup>283</sup> hanno attinenza con "l'efficacia causale" del vizio; i c.d. vizi incompleti<sup>284</sup> attengono a quelle ipotesi<sup>285</sup>

---

<sup>282</sup>Più di recente sul punto M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337*, cit. p. 475.

<sup>283</sup>Sulla loro rilevanza, per limitarsi ad alcuni riferimenti bibliografici essenziali cfr. L. MENGONI, "Metus causam dans" e "metus incidens", cit., p. 25 e ss.; P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, I, p. 478; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcito*, cit. p. 244 e ss.

<sup>284</sup>La nota teoria dei vizi incompleti del contratto nasce come reazione alla tesi che afferma la concreta possibilità che la violazione di regole di comportamento conduca alla invalidità del contratto – a prescindere dal ricorrere di esplicite ipotesi di invalidità; di questa tesi la teorica richiamata "condivide la motivazione di fondo (ossia la necessità di rafforzare la protezione del contraente debole, specie in alcune situazioni prive – apparentemente almeno – di tutela, senza però d'altro canto ritenere possibile spingersi sino al punto di superare il principio di tipicità delle cause di annullabilità"; in questi termini G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido*, cit., p. 201 e ss.; con riferimento alla possibilità che il principio di buona fede dia luogo all'individuazione di nuove e atipiche ipotesi di annullabilità del contratto per vizi del consenso, cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, p. 427 e ss.

<sup>285</sup>La letteratura giuridica che più si è occupata di questa tematica, al di là della distinzione richiamata nel testo, ai fini di sottolineare il rapporto fra la categoria complessiva dei vizi in oggetto e quindi della violazione del canone di buona fede non rilevante ai fini della validità del contratto e la responsabilità precontrattuale, ha fatto riferimento alle ipotesi di errore non essenziale, e pur determinante del consenso (errore sui motivi), riconosciuto dalla controparte; all'ipotesi di dolo negativo o omissivo (silenzio, menzogna reticenza) per il caso in cui l'annullamento sia escluso; alle ipotesi di colposa induzione in errore e di minaccia soltanto incidente, sufficiente, tuttavia, ad indurre alla stipula di un contratto a condizioni sfavorevoli. Si è inoltre fatto riferimento alle ipotesi di squilibrio contrattuale dovuto a stati di sofferenza psichica del soggetto comunque idonei a raggiungere la soglia dell'incapacità di intendere e di volere, ma in grado comunque di porre in evidenza la mala fede di controparte. Si è infine fatto riferimento all'iniquità di uno scambio che pur mantenendosi nei limiti di una lesione *infra dimidium*, riveli ad ogni modo un approfittamento di controparte. Sul punto M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 26; di recente T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità precontrattuale*, cit., p. 215 e ss.

nelle quali manca alcuno dei requisiti che consenta al dolo, la violenza e all'errore di provocare l'invalidità del contratto.

Entrambi i gruppi di ipotesi paiono confermare l'assunto per il quale mentre il legislatore ha prescritto determinati requisiti affinché i vizi richiamati conducano all'invalidità del contratto; affinché sussista la risarcibilità del pregiudizio è sufficiente la violazione del precetto di cui all'art. 1337 del codice civile.

Si è anche detto indagando il rapporto di interdipendenza eventuale fra le categorie che "l'invalidità induce responsabilità, mentre quest'ultima può stare a prescindere dall'invalidità, cioè esserci anche quando il contratto sia valido"<sup>286</sup>.

In altri termini, la resistenza del regolamento contrattuale non esclude l'esigenza della correzione del risultato economico pregiudizievole dipendente dalla conduzione scorretta delle trattative, in virtù del contegno di uno dei contraenti<sup>287</sup>.

Sulla scia di questi risultati interpretativi si è fatto riferimento ad ulteriori ipotesi fra le quali esemplificando: la risarcibilità per *culpa in contrahendo* nel caso di contratto annullabile, ma non annullato in ragione dell'intervenuta prescrizione; il ritardo nella conclusione del contratto per comportamento scorretto di uno dei contraenti nella fase delle trattative o di mancato esercizio del diritto di opzione nonostante sia stato ingenerato su controparte l'affidamento sulla conclusione del contratto.

Ulteriore ipotesi di "interferenza" fra responsabilità precontrattuale e stipulazione di contratto valido è stata rinvenuta nel caso di contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno, nell'assenza della ricorrenza della lesione *ultra dimidium*.

Questi casi paiono tutti confermare, in un quadro sistematico più ampio, non soltanto la compatibilità fra contratto valido e responsabilità precontrattuale, ma al contempo la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, senza che la richiamata compatibilità possa essere impiegata, al fine di favorire atteggiamenti elusivi della

---

<sup>286</sup>C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 5 e ss. L'A. evidenzia, opportunamente, come possa anche esistere l'ipotesi dell'invalidità senza conseguente responsabilità rappresentando l'art. 1338 c.c. esemplificazione di una specifica regolamentazione.

<sup>287</sup>La dottrina evidenzia la necessità che il contegno "superi la soglia di irrilevanza ai normali rischi del traffico contrattuale": così M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit. p. 476.

normativa in tema di invalidità<sup>288</sup>.

3. *Regole di comportamento e regole di validità: ancora sulla relazione fra vizi del consenso e responsabilità precontrattuale.*

Il rapporto fra vizi del consenso e responsabilità precontrattuale sottende, come abbiamo avuto modo di chiarire più volte, una pregressa relazione fra regole di validità e regole di comportamento.

Malgrado dal punto di vista dell'individuazione del momento di incidenza, sia la *culpa in contrahendo* che i predetti vizi si posizionino nella *c.d. fase precontrattuale*, deve tuttavia riconoscersi una differenza strutturale che conduce di fatto a ritenere ammissibile un illecito precontrattuale che non rappresenti al contempo vizio del consenso.

Naturalmente ci troviamo, per entrambe le categorie di comportamenti appena evocati, di fronte a contegni contrari all'obbligo di buona fede nelle trattative e al contempo lesivi dell'affidamento riposto nella controparte rispetto alla lealtà e alla correttezza della contrattazione.

La categoria unitaria che raccoglie quindi le *sub categorie*, nell'ottica di una graduazione di comportamenti ed effetti, può condurre non soltanto al concretamento di quello che rappresenta un illecito precontrattuale, ma anche al verificarsi di un contratto qualificabile come annullabile, in taluni casi nullo o rescindibile.

La nullità in particolare, come parte della letteratura giuridica ha opportunamente evidenziato, si realizzerebbe nell'ipotesi in cui l'illiceità del comportamento precontrattuale venga ad incidere sulla funzione economico-individuale del negozio<sup>289</sup>; vi sarebbe pertanto

---

<sup>288</sup>In argomento per tutti G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., p. 56 e ss.

<sup>289</sup>Per questa definizione G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, *passim*. La "nuova" definizione di causa prospettata dall'A. insieme all'impianto metodologico che la caratterizza pare recepita anche da alcune più recenti pronunce della Cassazione; sul punto cfr. Cass. 8 maggio 2006, n.10490, in *Giust. Civ.*, 2007, p. 1985, con nota di B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*. Con riferimento alla definizione tradizionalmente e tralattivamente accolta e riportata dalla letteratura, cfr. E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, II ed., 1950, p. 178 e ss. Per una considerazione della causa, sempre dalla prospettiva della tipizzazione, ma quale "sintesi degli effetti



una diretta rilevanza del contegno precontrattuale su uno degli elementi essenziali del contratto, colorandolo nel senso dell'illiceità e provocando la nullità del contratto<sup>290</sup>.

Di fatto, quindi, regole di validità e regole di comportamento, sebbene isolabili da un punto di vista che potremmo dire strutturale, vivono di continue interferenze da una prospettiva invece funzionale<sup>291</sup>.

Alcuni spunti provenienti dai processi di armonizzazione saranno in grado di avvalorare ulteriormente queste conclusioni.

Anche la letteratura giuridica che ritiene debba essere mantenuta in campo la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento sottolinea l'esigenza di rivisitare il principio di non interferenza: esso non si tradurrebbe in una sorta di incomunicabilità assoluta fra le diverse categorie di regole, ma nella necessità di riservare al legislatore la tipizzazione di comportamenti che, se avvenuti durante la fase delle trattative, possono comportare un'influenza diretta sulla validità del contratto<sup>292</sup>.

Perché sussista un modello risarcitorio, anche seguendo questa lettura, non appare quindi necessario che ci si trovi di fronte a vizi invalidanti, a dolo incidente o ad altri rimedi espressamente previsti dal legislatore.

Le regole di validità non assumono quella funzione soddisfattoria e reintegratrice rispetto a un interesse leso che connota i rimedi risarcitori; le prime, infatti, presidiano il corretto procedimento di formazione del consenso nella fase precontrattuale, prescindendosi da

---

giuridici essenziali del contratto": S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Dir. Civile, Metodo-Teoria e Prassi (saggi)*, Milano, 1951, p.119 e ss.; la definizione richiamata sarebbe invece evocativa del concetto di tipo nel pensiero di G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno, vol. I, t. 1, Torino, 1999, p. 515 e ss. Per un quadro di sintesi delle principali posizioni espresse dalla letteratura sia consentito il rinvio a G. BEVIVINO, *Il patto di famiglia: fra negozio e procedimento*, in *Giust. Civ.* 2010, p. 317 e ss.

<sup>290</sup>Cfr. in dottrina recentemente G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 117 e ss.; in argomento anche A. D'AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, Napoli, 2003, *passim*; ID, *Profili civilistici del rapporto tra reato e contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, p. 99 e ss.

<sup>291</sup>E' stato di recente affermato che le tesi che sostengono la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido presupporrebbero "l'accoglimento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità"; in questo senso G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit., p. 198 e ss.

<sup>292</sup>Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di correttezza nel nuovo diritto dei contratti*, consultato sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=23/2303&mn=3>

ogni indagine che sia volta alla salvaguardia delle istanze sottese alla tutela risarcitoria<sup>293</sup>.

Mentre le regole di correttezza presiedono tutta la fase o area del diritto dei contratti, le regole di validità rappresentano un' ipotesi particolare ed eccezionale<sup>294</sup>.

In ossequio ai principi di certezza del diritto e in ragione della connotazione di eccezionalità richiamata queste ultime, con particolare riguardo alle fattispecie che espressamente includono, non sarebbero da ritenersi oggetto possibile di interpretazione analogica<sup>295</sup>.

Occorre osservare, tuttavia, che proprio quelle letture che predicano la distinzione fra le categorie di regole alle quali abbiamo fatto riferimento sin qui, affermano la sussistenza di un fondamento comune fra regole di validità e regole di comportamento o di condotta: fondamento comune che è rintracciato proprio nella regola della buona fede<sup>296</sup>.

Questo comune fondamento condurrebbe al risultato della contraddittorietà della conclusione della non interferenza delle regole di validità con quelle di comportamento<sup>297</sup> e ancor di più provocherebbe l'effetto di legare indissolubilmente – nel senso di sempre - la non correttezza all'invalidità<sup>298</sup>.

#### 4. *Recenti orientamenti giurisprudenziali: il contratto valido, ma sconveniente.*

---

<sup>293</sup>In dottrina cfr. per tutti, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, p. 145 e ss.

<sup>294</sup>Sul punto V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 118 e ss.

<sup>295</sup>Di recente si è osservato che pur mantenendosi fermo il principio di non interferenza al quale abbiamo più volte fatto riferimento “l'invalidità di un atto può essere fondata tanto sull'idea di incompletezza strutturale [...] quanto sulla condotta dei contraenti e sulla valutazione di conformità funzionale del negozio (o della operazione complessiva alla quale un singolo o più atti sono preordinati) a norme imperative di carattere proibitivo poste a tutela di interessi generali (o norme imperative in senso stretto), all'ordine pubblico e/o al buon costume (vizio funzionale: liceità-illiceità, meritevolezza-non meritevolezza)”: così G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, p. 136 e ss. L'A. fa riferimento inoltre ad un quadro sintetico, al quale si rinvia, delle ipotesi in cui la violazione di regole di condotta può comportare l'invalidità dell'atto: cfr. nello specifico p. 138 dell'opera richiamata

<sup>296</sup>Sul punto V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., p. 104 e ss.;

<sup>297</sup>In argomento cfr. R. SACCO, *Il contratto* (a cura di Sacco De Nova), I, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 1993, p. 355 e ss.; in argomento, più di recente, le riflessioni di G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 68 e ss.

<sup>298</sup>Per una critica G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, cit., p. 69 e ss.

Preme verificare, a questo punto, quale sia l'atteggiamento del formante giurisprudenziale rispetto al tema della compatibilità (o interferenza) fra responsabilità precontrattuale e stipulazione di contratto valido.

L'affermazione del principio di compatibilità<sup>299</sup>, eccezion fatta per una pronuncia del 1998<sup>300</sup>, deve ricondursi alla pronuncia Marziale del 2005<sup>301</sup>.

Una recente lettura in chiave critica della pronuncia ha evidenziato, oltre alla circostanza che la medesima affermazione di compatibilità avvenga in un *obiter dictum*; il dato per cui la fattispecie oggetto di esame da parte degli ermellini concerne un'ipotesi di contratto non valido, “*la cui invalidità non aveva trovato spazio [...] solo per un errore della difesa del ricorrente*”<sup>302</sup>.

Si è anche posta in risalto la forte “tensione sistemica” a cui la categoria della

---

<sup>299</sup>Esprimono posizioni favorevoli all'impiego dell'art. 1337 del codice civile anche in caso di conclusione di contratto valido, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 360 e 365 e ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012, p. 13 e ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), rist., Napoli, 2013, p. 216 e ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 669 e ss.; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 440 e ss.; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, p. 943 e ss.

<sup>300</sup>Il riferimento è a Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 597, con nota di ANDO', *Ritardo nella stipula del contratto e responsabilità precontrattuale*.

<sup>301</sup>Cfr. Cass. Civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro It.*, 2006, 1105, con nota di SCODITTI. La pronuncia - rispetto al tema della mancata osservanza da parte degli intermediari finanziari degli obblighi di informazione posti dalla legge 2 gennaio 1991 n. 1 - ha evidenziato, in estrema sintesi, i seguenti punti: in primo luogo ha affermato che i doveri richiamati sono previsti da regole che anche se hanno carattere imperativo attengono alla fase delle trattative e pertanto la loro violazione non può condurre alla nullità del contratto; l'art. 1418 c.c. postula, nel richiamo alla contrarietà a norme imperative, che esse attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano cioè la struttura o il contenuto del contratto; i comportamenti tenuti durante la fase delle trattative o l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e pertanto la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità del contratto, salvo che questo tipo di incidenza non sia direttamente prevista dal legislatore; in secondo luogo è stato sancito il principio per cui la violazione della regola espressa dall'art. 1337 c.c., in quanto clausola generale, può assumere rilievo anche quando il contratto sia comunque valido, sebbene pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto; in terzo luogo la pronuncia ha statuito che quando il danno derivi da un contratto valido ed efficace, ma sconveniente, il risarcimento del danno non deve coincidere con il c.d. interesse negativo, ma deve essere connesso al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno scorretto di una delle parti, fatta salva la prova di ulteriori danni.

<sup>302</sup>Così G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit. p. 203 e ss.

responsabilità precontrattuale appare sottoposta per effetto dei contenuti della pronuncia appena sopra richiamata<sup>303</sup>.

L'orientamento risulta, tuttavia, confermato dalle note sentenze del 2007<sup>304</sup>, la n. 26724 e la n. 26725<sup>305</sup>, formulate da parte delle Sezioni Unite<sup>306</sup> e connotate in senso fortemente nomofilattico.

Le pronunce dispongono in estrema sintesi, al di là del principio richiamato, che la violazione degli obblighi di informazione posti a carico dei soggetti abilitati a prestare servizi d'investimento, può comportare responsabilità precontrattuale per il caso in cui le violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti (c.d. contratto quadro); può condurre a responsabilità contrattuale o risoluzione del contratto nel caso si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto quadro<sup>307</sup>.

Una concreta riprova dell'applicazione del principio si ha nella pronuncia della Cassazione 8 ottobre 2008, n. 24795<sup>308</sup>; la Suprema Corte, in questo caso, va oltre l'*obiter dictum* proponendo, nell'ambito di un contratto di locazione finanziaria, un'applicazione concreta della figura della responsabilità da contratto valido, ma sconveniente<sup>309</sup>.

---

<sup>303</sup>Cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 944 e ss.

<sup>304</sup>Per la collocazione delle figure di invalidità "speciali" oggetto della attenzione della Suprema Corte nell'alveo del rispetto del principio di non interferenza cfr. C. SCOGANMIGLIO, *Regole di validità e regole di correttezza nel nuovo diritto dei contratti*, consultato sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=23/2303&mn=3>

<sup>305</sup>Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 2785, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Giur. It.*, 2008, 373, con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giuridici*; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento (a proposito di Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725)*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 936.

<sup>306</sup>Sebbene, come è stato osservato, anche in questo caso si tratterebbe, di un *obiter dictum*.

<sup>307</sup>La pronuncia specifica inoltre che "deve escludersi che, mancando una specifica previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. la nullità del contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso".

<sup>308</sup>Cfr. Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro It.*, 2009, 2, I, 490.

<sup>309</sup>Per valutazioni critiche confezionate sulla base della considerazione che nel caso in esame si sarebbe dovuto dare applicazione alla figura giuridica del dolo omissivo determinante, consistente nella mancata

Si torna di nuovo all' *obiter dictum* nell'affermazione del principio di interferenza in una pronunzia della Cassazione del 2010<sup>310</sup>.

La concreta e attualissima riaffermazione del principio è nella notissima pronunzia, anche per il suo dirompente impatto mediatico, che ha risolto l'annosa vertenza Cir/Fininvest<sup>311</sup>, e cioè la pronunzia della Cassazione del 13 settembre 2013, n. 21255<sup>312</sup>.

Anche rispetto a questa sentenza non sono mancate le valutazioni critiche che, fra le diverse argomentazioni, hanno proposto l'osservazione secondo cui “*anche la vicenda giudiziaria esaminata [...] avrebbe potuto essere risolta in base a una disposizione specifica, da tempo presente nel codice civile, e senza ricorrere alla figura della responsabilità da contratto valido ma sconveniente, la quale – pertanto – attende ancora di vedere coonestata la propria legittimità (come figura generale, e – se si vuole – come “principio”) attraverso la individuazione di ipotesi applicative che vadano effettivamente oltre le fattispecie già contemplate dal legislatore*”<sup>313</sup>.

Malgrado l'autorevolezza di queste considerazioni - che di fondo sottendono la

---

informazione circa la sussistenza dell'agevolazione fiscale, cfr. le riflessioni di G. D'AMICO, op. cit., p. 206 e ss.

<sup>310</sup>Specificamente Cass. Sez. 1, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Danno e Responsabilità*, 2011, 621 e ss., con nota di G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*.

<sup>311</sup>Per un commento in chiave fortemente critica alla sentenza della Corte di Appello di Milano, 9 luglio 2011, cfr. G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, p. 1807 e ss.; cfr. inoltre le osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternative delle tutele di diritto civile*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2012, p. 704 e ss.; interessanti le valutazioni sulla pronunzia offerte da B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso Cir- Fininvest: quali chances per la perdita di chances?*, in *Giur. It.*, 2012, p. 609 e ss.

<sup>312</sup>In argomento cfr. S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest:una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *I contratti*, 2014, p. 113; C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, in *NGCC*, 2014, p. 352 e ss.; con riferimento al rapporto fra la categoria dei c.d. danni punitivi e le determinazioni della pronunzia, le osservazioni di F.a. BENATTI, *Il danno punitivo fra forma e sostanza*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2014, p.53; l'Autrice sottolinea come il costante riferimento al dolo e alla colpa nelle motivazioni della sentenza siano indice di una particolare attenzione alla categoria dei danni punitivi, anche all'interno del nostro ordinamento: sottolinea, inoltre, che sebbene non possa parlarsi di riconoscimento assoluto della categoria ci si stia muovendo, anche per l'ordinamento interno, in questa direzione.

<sup>313</sup>In questi termini G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit., p. 217 e ss.

convinzione per cui tutte le fattispecie richiamate avrebbero potuto essere trattate attraverso la loro sussunzione nel modello legale espresso dall'art. 1440 del codice civile – non è possibile trascurare il principio, affermato dalla rassegna qui rapidamente evocata, di astratta compatibilità fra contratto valido e responsabilità precontrattuale<sup>314</sup>.

Solo incidentalmente occorre rilevare la distinzione fra il dolo, in particolare il dolo incidente, a cui la dottrina richiamata vorrebbe far risalire la fattispecie della pronunzia, e il contegno illecito precontrattuale del caso di specie che non si concreta in un illecito di tipo cognitivo (quale sarebbe il dolo), bensì in un illecito precontrattuale di tipo “effettuale” poiché in grado di incidere “non sulla conoscenza della realtà rilevante per il contratto, bensì sulla conformazione stessa di quella realtà”<sup>315</sup>.

Tornando al principio sopra richiamato: esso trova una delle possibili esemplificazioni nell'art. 1440 del codice civile, ma non può limitarsi a esso.

In altri termini la declamazione in astratto della regola consente di ampliare le fattispecie concrete di applicazione del principio richiamato oltre le figure c.d. tipizzate e con esse oltre la speciale previsione di cui al richiamato art. 1440 del codice civile<sup>316</sup>.

Occorre rilevare come la tesi qui oggetto di notazioni giunga ad argomentare le proprie conclusioni sulla base dell'applicazione generalizzata del principio di irrilevanza dell'errore sui motivi<sup>317</sup> (applicazione che riguarderebbe, pertanto, non soltanto l'invalidità del contratto, ma anche i profili risarcitori)<sup>318</sup>.

---

<sup>314</sup>Di recente è stato ribadito, inoltre, il principio per cui il risarcimento del danno sanziona la condotta illecita e non si ricollega al contratto in quanto tale: così C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit. p. 1 e ss.; in argomento di recente G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit. p. 223 e ss.

<sup>315</sup>Per maggiori approfondimenti cfr. V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul Lodo Mondadori*, cit., p. 21.

<sup>316</sup>De Nova ritiene che effetto della pronunzia sia quello di creare una sorta di interpretazione abrogatrice dell'art. 1440 cc.: cfr. G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 10 e ss.; l'A. lapidariamente: “ammessa la compatibilità tra 1337 e contratto concluso il 1440 è di fatto abrogato”; cfr. in senso contrario le osservazioni di V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità precontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, cit., p. 16

<sup>317</sup>Sul punto cfr. sempre G. D'AMICO, op. cit., p. 223.

<sup>318</sup>Si è infatti affermato che propria l'insensibilità fra regole di condotta e regole di validità sia alla base dell'affermazione per cui deve ritenersi immanente al nostro ordinamento “la sussistenza di un dovere di

La conclusione alla quale questo orientamento parrebbe pervenire appare stridere con le premesse della stessa teorica che, se ben intuito, non valgono a mettere in crisi la distinzione e non interferenza fra regole di validità e regole di correttezza, anche in ragione delle differenti *rationes* che sottendono i differenti complessi di norme.

Quale argomento in positivo può ritenersi come la *ratio* della tutela dell'affidamento sottesa alle regole di responsabilità precontrattuale, e alla quale abbiamo fin qui fatto riferimento, imponga di individuare strumenti di realizzazione della funzione anche per il caso di contratto valido, ma sconveniente nel quale ci siano state lesioni dei doveri precontrattuali.

D'altro canto, proprio il fondamento della responsabilità precontrattuale quale istituto volto alla moralizzazione della fase delle trattative, con i suoi, già richiamati, nobili referenti costituzionali, colloca la disposizione nella prospettiva di norma di chiusura la cui applicazione potrà essere invocata ogni volta in cui proprio l'esistenza di spazi vuoti di tutela lasci impunita la disonestà e la slealtà nelle trattative<sup>319</sup>.

Ciò anche al di là delle argomentazioni, pur autorevolmente sostenute, per cui "affermare, in via generale, che un comportamento contrario a buona fede nella fase che precede la trattativa per la conclusione di un contratto consente all'altra parte di ottenere la rettifica delle condizioni a cui il contratto è stato poi oggetto di trattative e concluso mina in radice la forza vincolante del contratto"<sup>320</sup>.

A ben guardare una conclusione del genere parrebbe vanificare la *ratio* dell'autonomia contrattuale se si ritiene che la forza vincolante del contratto presupponga in ogni caso una veritiera rappresentazione delle reciproche posizioni contrattuali.

I riferimenti già fatti alla funzione della regola di cui all'art. 1337 c.c. quale strumento di

---

informare la controparte non appena ci si accorga che questa si determina al contratto sotto la spinta di un motivo erroneo; con la conseguenza di imporre a carico del contraente scorretto la sanzione risarcitoria, connessa alla violazione precontrattuale di informazione, come una delle peculiari applicazioni del principio di buona fede": così M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 219

<sup>319</sup>Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit. p. 298 e ss.: l'A. prende in considerazione ai fini della sua disamina: a) l'ipotesi di contratto stipulato a condizioni inique per l'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, nel caso in cui la lesione non ecceda la metà del valore della prestazione eseguita (in tale ipotesi non sarebbe invocabile la rescissione del contratto); b) la vendita di cosa viziata per il caso in cui siano prescritte le azioni redibitorie e il venditore non abbia comunicato i vizi della cosa.

<sup>320</sup> Cfr. G. DE NOVA, op. cit., p. 11.

determinazione dall'interno del contenuto del principio di autonomia contrattuale paiono sufficienti a ritenere superflua ed ultronea ogni argomentazione e ogni altro approfondimento in questa sede.

Di fatti anche il ruolo vincolante del contratto deve apprezzarsi rispetto a un contenuto contrattuale che sia determinato nell'assenza di processi patologici nella formazione delle volontà, e quando ciò accada, in conformità al risultato conseguente alla correzione economica delle attribuzioni, sulla base del ruolo manutentivo proprio della responsabilità precontrattuale, pur nelle ipotesi in cui i processi patologici non incidano sulla validità del contratto.

Inoltre, proprio la disciplina del dolo incidente appare utile indicatore ai fini della conformazione del principio per cui debba, in ogni caso, essere rispettata la conformità fra la fisiologica rappresentazione dell'operazione economica e il concreto assetto di interessi realizzato.

Alla luce delle argomentazioni sin qui richiamate può esprimersi l'adesione all'orientamento che ha di fatto creato una nuova fattispecie di responsabilità precontrattuale che è possibile affiancare a quelle, esemplificando, del recesso ingiustificato dalle trattative e di ritardo nella conclusione del contratto<sup>321</sup>.

Si tratta, come oramai chiaro, dell'ipotesi di contratto valido ed efficace, ma sconveniente poiché frutto della scorrettezza di una delle parti nei confronti dell'altra nella fase delle trattative dalla quale deriverebbe l'obbligo di risarcimento del danno pari al minor vantaggio o maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup>Con riferimento a quest'ultima fattispecie cfr. il riconoscimento giurisprudenziale effettuato in Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 89, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 419, con nota di Lando, *Obbligo legale di contrarre: default e responsabilità (precontrattuale?)*, in *Contratti*, 1999, p. 329, con nota di Mucio; in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 597, con nota di Andò, *Ritardo nella stipula del contratto e responsabilità precontrattuale*.

<sup>322</sup>Occorre specificare che questa conclusione non può occultare il tema della selezione dei contegni rilevanti ai fini dell'individuazione di una concreta responsabilità precontrattuale: a riguardo si è recentemente rilevato che "solo laddove il pregiudizio sia causalmente riconducibile ad una condotta contrastante con la buona fede oggettiva potrà sorgere responsabilità; negli altri casi, il pregiudizio dovrà rimanere a carico del contraente deluso, in virtù del richiamo al principio di autoresponsabilità o come accollo di quel margine di rischio insito in ogni operazione economica, che le parti implicitamente si assumono fin dal loro ingresso nelle trattative"; in questi termini T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità precontrattuale*, cit., p. 211.



Né pregio parrebbe avere l'obiezione per cui "il limite posto dal legislatore all'impugnazione implicherebbe, come necessaria conseguenza, l'accollo del rischio della contrattazione entro i confini tracciati dalle norme sulla validità del contratto"<sup>323</sup>.

Occorre infatti distinguere nettamente la resistenza del contratto sulla base delle regole di validità, dalla correzione di un risultato economico pregiudizievole<sup>324</sup> della relazione precontrattuale nel suo insieme.

L'obiezione evocata confonderebbe, in altri termini, il profilo c.d. dell'autoresponsabilità legato all'esercizio dell'autonomia con il profilo della distribuzione fra i contraenti del rischio connesso alla relazione precontrattuale<sup>325</sup>.

Particolare attenzione merita, invece, il processo, a carico dell'interprete, di individuazione dell'illiceità della condotta formativa<sup>326</sup>. Essa si traduce in un'attività di bilanciamento fra il principio di solidarietà costituzionale che è sotteso alla regola di buona fede oggettiva<sup>327</sup> e i concorrenti principi che sorreggono l'autonomia privata.

Nel procedere con questa attività di bilanciamento, come più volte chiarito, una particolare attenzione dovrà essere prestata alle peculiarità del caso concreto, alla natura del contratto, e alle qualità dei contraenti<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup>Per i termini del dibattito cfr. M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 161 e ss.

<sup>324</sup>Per una critica all'orientamento che individuerebbe quale modello risarcitorio, rispetto al fatto di causa, la c.d. perdita di *chance* cfr. le osservazioni di C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 30 e ss.; in argomento cfr. inoltre le osservazioni di B. TASSONE, *L'azione di responsabilità nel caso CIR-Fininvest: quali chances per la perdita di chances?*, in *Giur. It.*, 2012, p. 609 e ss.; in tema di chances più diffusamente, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, *passim*; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chances, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, p.322 e ss.; cfr., inoltre, C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, p. 1253 e ss.

<sup>325</sup>Per ulteriori approfondimenti su questa impostazione cfr. M. MANTOVANI, op. cit., p. 161.

<sup>326</sup>Occorre individuare il limite oltre il quale il legittimo perseguimento dei propri interessi sfocia in vera e propria scorrettezza ai fini della responsabilità precontrattuale.

<sup>327</sup>Sui modi di concretizzazione delle clausole generali, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 224 e ss.

<sup>328</sup>Cfr. T. FEBBRAJO, op. loc. ult. cit, p. 212 e ss.; nell'attualizzazione del criterio richiamato dovrà porsi attenzione alla provenienza dei contegni: così differente appare il grado di correttezza richiesto alle parti in una contrattazione fra privati da quello che le parti devono tenere in forme di contrattazione asimmetriche quali quelle fra professionista e consumatore o fra professionista forte e professionista debole.

**Cap. IV: Conseguenze della violazione delle regole precontrattuali: risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo e natura giuridica della responsabilità.**

Sommario:1.Danno precontrattuale e interesse negativo. 2.La nozione di interesse negativo e l'analisi economica del diritto. 3.La natura giuridica della responsabilità precontrattuale:l'importanza della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. 4.Le diverse ricostruzioni sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale. 5. (segue) La giurisprudenza: nuove prospettive nel contesto di un orientamento monolitico.

### 1. *Danno precontrattuale e interesse negativo.*

Fra i diversi corollari dell'impostazione che abbiamo adottato vi è un preciso modo di concepire la relazione fra responsabilità precontrattuale e interesse negativo<sup>329</sup>.

A riguardo, la *communis opinio* prospetta l'esistenza di un rapporto biunivoco fra interesse negativo<sup>330</sup> e responsabilità precontrattuale<sup>331</sup>.

Questo legame deriva, come ricordato - se si appunta il ragionamento sull'indagine storica attenta allo sviluppo diacronico della figura - dalla nota teoria di Rudolph von Jhering<sup>332</sup> che configurava la lesione della regola di buona fede precontrattuale come lesione del c.d. "negatives Vertragsinteresse" della parte<sup>333</sup>.

---

<sup>329</sup>Sull'inidoneità della nozione di interesse negativo a coprire tutte le fattispecie di responsabilità precontrattuale e in particolare quella in cui la violazione del dovere precontrattuale abbia comportato la conclusione di un contratto valido, ma sconveniente cfr. di recente, A. PUTIGNANO, *Obbligo di buona fede durante le trattative e contratto svantaggioso*, cit., p. 342 e ss.

<sup>330</sup>In argomento A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e Impr.*, 1988, p. 792 e ss. Parte della dottrina ritiene che il criterio dell'interesse negativo imponga di limitare il risarcimento del danno rispetto ai vantaggi che si sarebbero tratti dalla conclusione ed esecuzione del contratto (oggetto di trattativa); questa conclusione non dovrebbe essere modificata dalla qualificazione della responsabilità; in altri termini la considerazione della responsabilità precontrattuale quale responsabilità contrattuale implica ad ogni modo che l'obbligo preesistente "non abbia ad oggetto la stipula di un contratto valido, ma solo l'osservanza, nella fase delle trattative, di un comportamento che sia ispirato a buona fede"; ugualmente nel caso di responsabilità extracontrattuale, "perché il danno ingiusto, in questo caso, non è quello conseguente alla mancata conclusione di un valido contratto, conclusione alla quale non si aveva diritto, ma quello che dipende dall'affidamento incolpevole provocato al riguardo dal comportamento dell'altra parte"; sul punto A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 36 e ss.

<sup>331</sup>Con riferimento alla letteratura anteriore all'entrata in vigore del codice del '42 cfr. A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 288 e ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, seconda edizione, Roma, 1914-1915, p. 506; per la letteratura successiva all'entrata in vigore del codice del '42 cfr. per tutti C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., *passim*; in argomento anche le riflessioni di G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit. p. 334 e ss.

<sup>332</sup>Sugli equivoci in cui sarebbe incorsa, sia la dottrina tedesca che quella italiana nell'interpretazione del pensiero del giurista tedesco con specifico riferimento alla nozione di interesse negativo, cfr. le riflessioni di C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, cit. p. 165.

<sup>333</sup>Occorre puntualizzare che per l'autore tedesco la distinzione fra interesse negativo e interesse positivo risiede nella constatazione per cui il primo (interesse negativo) presuppone l'invalidità del contratto, il secondo la sua validità. E' stato correttamente osservato che questa distinzione non ha ragione di esistere se si

Il sintagma “interesse negativo” aveva la funzione di circoscrivere e limitare l’area del danno risarcibile, contrapponendosi alla situazione speculare connessa all’esecuzione del contratto validamente e efficacemente concluso, alla quale si riferiva, invece, l’espressione “*positives Vertragsinteresse*”<sup>334</sup>.

La letteratura interna si esprime nei termini di interesse “*a non stipulare un contratto invalido o a contenuto alterato*”<sup>335</sup> e a non essere coinvolti in trattative inutili.

Nell’accezione più risalente, come pur è stato osservato, “*l’interesse negativo coincide con l’interesse a non sostenere spese inutili in vista di un contratto che mai andrà a concludersi*”<sup>336</sup>.

La critica alla configurazione di un rapporto biunivoco necessario e irrinunciabile fra responsabilità precontrattuale e interesse negativo<sup>337</sup> parte dalla constatazione per cui la responsabilità precontrattuale rappresenta una serie aperta di illeciti, accomunati (tendenzialmente) dalla modalità cronologica della condotta lesiva che si verifica nella fase delle trattative o di formazione del contratto<sup>338</sup>.

Qui solo per inciso, l’esame dei diversi modelli darà ulteriori spunti di riflessione in questa direzione, soprattutto quando faremo riferimento ai processi di armonizzazione giuridica e

---

accoglie la teoria preferibile - alla quale si ispirano le riflessioni fatte in questa sede - che ammette la sussistenza della *culpa in contrahendo* anche nel caso di stipulazione di contratto valido, o di mancata stipulazione per recesso ingiustificato dalle trattative: così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p 146.

<sup>334</sup>Cfr. sul punto M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, p. 174; l’Autrice sottolinea la scarsa attenzione della dottrina italiana all’impostazione dell’Autore tedesco che estende analogicamente l’applicazione della formula alla diversa ipotesi della revoca tardiva della proposta contrattuale.

<sup>335</sup>In dottrina fra gli altri C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 160.

<sup>336</sup>In questi termini cfr. D. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l’esperienza statunitense e quella italiana*, cit. p. 165 e ss. L’Autrice ricorda che ancora alla fine degli anni sessanta l’assimilazione della responsabilità precontrattuale a quella extra-contrattuale non basta ad estendere la risarcibilità dei c.d. pregiudizi precontrattuali al c.d. lucro cessante.

<sup>337</sup>Con riferimento a questo peculiare aspetto è stato di recente affermato che “quando il danno, in una relazione definita precontrattuale solo perché non formalmente perfetta, sia pari al costo di una prestazione resa nella certezza (per ipotesi non colpevole) di un compenso o di un ristoro, non appaiono affatto appropriati né i criteri di quantificazione percentuale [...], né il concetto tradizionale di interesse negativo; non a caso, i giuristi di sistemi diversi dal nostro risolvono le controversie qui considerate senza chiamare in causa gli insegnamenti jheringhiani, che pure oramai conoscono ed apprezzano”: cfr. così letteralmente D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L’esperienza statunitense e quella italiana*, cit., p.190.

<sup>338</sup>In questi termini A. LUMINOSO, op. cit., p. 794 e ss.

ai risultati di questi medesimi processi.

Al contempo, la letteratura che maggiormente ha sottolineato queste criticità ha individuato una serie di ipotesi dalle quali emergerebbe come l'interesse negativo possa costituire modalità di risarcimento del danno legato a forme di responsabilità non precontrattuale, e al contempo l'interesse positivo possa essere riconnesso a ipotesi rientranti nella fattispecie, (*rectius* gruppo di fattispecie) “responsabilità precontrattuale”<sup>339</sup>.

Spostando per un attimo, ma solo apparentemente, il ragionamento, occorre fare riferimento all'orientamento del formante giurisprudenziale che tende a confondere e sovrapporre la nozione di *interesse negativo* a quella di *danno negativo*.

In altri termini, sulla scorta di questa lettura, il c.d. *danno negativo* non può coincidere, né quantitativamente né concettualmente, con il c.d. *danno positivo*, vale a dire con il risarcimento che sarebbe spettato alla parte nell'ipotesi di stipulazione di contratto valido ed efficace e conseguente inadempimento<sup>340</sup>.

Ad una prova di resistenza logica del concetto di *danno negativo*, esso non sopravvive in ragione della possibilità concreta di invocare la nozione di responsabilità precontrattuale anche nel caso di contratto validamente concluso<sup>341</sup>.

In queste ipotesi non può dirsi valida una nozione di danno (negativo) patito a cagione dell'inutilità della trattativa.

La critica alla nozione ha anche radici concettuali legate alla sua elaborazione in chiave storica.

La sovrapposizione fra il concetto di interesse e quello di danno racchiusa nella

---

<sup>339</sup>Di certo possiamo rilevare che l'introduzione della figura della responsabilità precontrattuale per contratto valido, ma sconveniente ha contribuito a riempire di diverso contenuto la formula interesse negativo: così per il caso di mancata stipulazione del contratto essa deve essere intesa come valore commisurato “alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi inutili e alle perdite subite per non aver usufruito di occasioni alternative di affari, non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate”; per le ipotesi sopra richiamate il risarcimento del danno dovrà essere commisurato “al minor vantaggio o al maggior aggravio determinato dal contegno sleale di una delle parti”; questi riferimenti in M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale come laboratorio: l'interesse contrattuale positivo*, in *Contr. e Imr.*, 2013, p. 284.

<sup>340</sup>Fra le diverse pronunce sul punto cfr. Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Nuova Giur. Civ.*, 2005, p. 619

<sup>341</sup>In argomento, fra gli altri, O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, p. 356.

formulazione “interesse negativo” ha le proprie ragioni nell’influenza esercitata sul pensiero del giurista tedesco ideatore della *culpa in contrahendo* dalle teorie del Mommsen<sup>342</sup>, che partendo dall’analisi delle fonti romane “identificava l’interesse con il contenuto economico negativo o *quantum* del danno risarcibile”<sup>343</sup>.

Ciò che in realtà contribuirebbe a distinguere l’interesse negativo da quello positivo sarebbe la reciproca “diversità direzionale” e pertanto “l’interesse positivo tenderebbe al rispetto della diligenza dovuta in funzione dell’acquisizione del valore e delle utilità inerenti alla prestazione contrattuale cui è tenuta controparte sulla base della conclusione di un valido contratto”; l’interesse negativo sarebbe invece interesse a che ciascuna parte osservi un comportamento diligente volto a non intraprendere una trattativa improduttiva e pregiudizievole perché avente quale esito una stipula invalida o l’interruzione medesima delle trattative<sup>344</sup>.

Il concetto di danno si compone, alla luce dell’atteggiamento critico richiamato, non sulla base di aprioristici dogmatismi, ma sulla base della lesione concretamente cagionata dalla violazione dell’obbligo di buona fede e conseguentemente in funzione dell’integrale ristoro del pregiudizio subito<sup>345</sup>.

La formula “interesse negativo” ha pertanto condotto in realtà a un equivoco di fondo che è stato quello di alimentare l’attività del formante giurisprudenziale e dottrinario rivolta essenzialmente ad individuare criteri utili ai fini della limitazione dell’ammontare del risarcimento del danno<sup>346</sup>, con lo scopo di marcare ulteriormente la differenza fra responsabilità contrattuale e responsabilità precontrattuale.

---

<sup>342</sup>F. MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse*, Braunschweig, 1855, spc. p. 3 e ss.

<sup>343</sup>Così C. TURCO, *L’interesse negativo nella culpa in contrahendo*, cit., p. 166 e ss.

<sup>344</sup>Cfr. C. TURCO, op. cit., p. 174

<sup>345</sup>Questa teoria è riconducibile a A. LUMINOSO, *La lesione dell’interesse contrattuale negativo*, cit. p. 792; sul punto cfr. inoltre M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 180 e ss.; in argomento anche P. PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*, in *Foro It.*, 2004, p. 3010 e ss.

<sup>346</sup>Un preciso, ma risalente, orientamento della giurisprudenza tende, infatti, a ritenere che il risarcimento del c.d. interesse negativo abbraccerebbe di norma il solo danno emergente e non anche il lucro cessante: cfr. App. Venezia, 6 febbraio 1957, in *Giust Civ. Mass. App.*, 1957, 1716 e Cass. 15 febbraio 1971, n. 372, *ivi*, *Mass.*, 1971, p. 211; per alcune osservazioni critiche su questo orientamento C. TURCO, *Interesse negativo nella culpa in contrahendo*, cit., p. 175 e ss.

Del resto questi risultati interpretativi erano ben chiari al Benatti che aveva avuto cura di svuotare il concetto di interesse negativo da ogni funzione limitativa del risarcimento, riconnettendo al sintagma la natura di “*espressione meramente descrittiva per indicare il danno nascente dalla violazione di doveri precontrattuali*”, senza attribuire ad esso alcuna influenza rispetto all’entità del danno e all’individuazione dei criteri utili per la sua specificazione<sup>347</sup>.

Una maggiore attenzione al pensiero dello stesso Jhering avrebbe fugato ogni dubbio: come correttamente posto in risalto, l’Autore tedesco precisava che le voci di danno – anche nell’ipotesi in oggetto – consistevano sia nella perdita subita (“*positiver Verlust*”), che nel mancato guadagno (“*entgangener Gewinn*”).

Per come già emerso dall’analisi dei passaggi essenziali dello sviluppo storico della figura, neppure si escludeva, in quelle riflessioni, che l’ammontare del risarcimento dell’interesse negativo potesse eguagliare quello connesso al concetto di interesse positivo<sup>348349</sup>.

Alla luce di questi opportuni chiarimenti anche il risarcimento del danno precontrattuale includerà tutte le conseguenze dirette e immediate della violazione del principio di buona fede nelle trattative e di cui all’art. 1337 c.c., conformemente alle indicazioni provenienti dagli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile<sup>350</sup>.

Rappresenta d’altro canto acquisizione oramai consolidata la costatazione per cui il risarcimento del danno debba condurre a una reintegrazione tale da porre la parte danneggiata nella stessa situazione nella quale si sarebbe trovata nel caso in cui la scorrettezza non si fosse verificata e non fosse stato leso l’affidamento nella lealtà delle

---

<sup>347</sup>Sul punto F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 9; nella stessa direzione le considerazioni di G. GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, cit. p. 350.

<sup>348</sup>M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 175.

<sup>349</sup>Sottolinea che la distinzione fra interesse positivo e interesse negativo mantiene una sua utilità se intesa nei termini di “formula breve per individuare il danno risarcibile secondo il criterio del nesso di causalità”: G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, p. 469 e ss.

<sup>350</sup>L’orientamento giurisprudenziale che, pur non toccando la nozione di interesse negativo, richiama i criteri individuati nel testo sulla base del riferimento agli artt. 2043 e 2056 c.c. si mostra nutrito; per alcuni riferimenti cfr. Cass. Sez. un., 16 luglio 2001, n. 9645, in *Foro It.*, 2002, I, p. 806; Cass. 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Vita not.*, 2005, p. 977.

trattative sulla base di valutazioni da compiersi caso per caso<sup>351</sup>.

Provando a distinguere fra mancata stipulazione del contratto e stipulazione di contratto invalido da un lato<sup>352</sup>, e stipulazione di un contratto valido dall'altro lato possiamo proporre il seguente schema di sintesi<sup>353</sup>.

Nel primo caso, in entrambe le *sub-ipotesi*, il risarcimento del danno comprenderà tanto il danno emergente che il lucro cessante<sup>354</sup>; esso nella sua attualizzazione potrà superare l'interesse positivo<sup>355</sup> all'esecuzione del contratto che caratterizza fisiologicamente la

---

<sup>351</sup>In argomento già M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. Civ.*, 2006, p. 298 e ss.; più di recente cfr. V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale fra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., p. 271 e ss.

<sup>352</sup>Parte della dottrina ha avuto cura di sottolineare come la distinzione fra responsabilità precontrattuale oggettiva e responsabilità per colpevolezza sia in grado di individuare differenti modelli ai fini del calcolo del danno sulla base dei criteri di imputazione; in particolare si è sostenuto, con riferimento alla prima ipotesi che non sussiste "il nesso di causalità giuridica tra recesso e inutilità delle spese sostenute o delle perdite subite prima che l'affidamento nella futura conclusione del contratto sia divenuto degno di tutela"; rispetto alla seconda ipotesi si è osservato che "qualora la parte delusa abbia sostenuto dei costi (spese o perdite) in momenti successivi della trattativa, questi dovranno essere risarciti integralmente solo quando sia dimostrato che essi erano destinati sin dall'inizio a diventare inutili, nel senso che la condotta illecita (dolosa o colposa) della controparte si è verificata sin dall'inizio della trattativa; se invece la condotta illecita di controparte si è verificata nel corso della trattativa, allora sarà possibile ottenere il risarcimento di solo parte di quei costi; più precisamente sarà possibile ottenere il risarcimento delle sole spese che sarebbero state evitate, e delle occasioni che non sarebbero state trascurate, se controparte non avesse tenuto la condotta illecita in questione"; in questi termini G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 96 e ss.

<sup>353</sup>La distinzione richiamata origina dall'accoglimento dell'impostazione che riconosce in tutte le ipotesi richiamate fattispecie di vera e propria responsabilità precontrattuale. La forte somiglianza fra interesse positivo e "interesse negativo" nel caso di stipulazione di contratto valido con concomitante responsabilità precontrattuale è sottolineata dalla migliore dottrina: cfr. in argomento A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo*, cit., p. 798; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit. p. 215 e ss.

<sup>354</sup>Parte della dottrina ha osservato che "pendenti le trattative, alle parti non sia affatto preclusa la possibilità di trattare con più soggetti, dal che verrebbe meno il diritto a vedersi risarcita la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso": così F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, cit. p. 95; questa impostazione non pare condivisibile per almeno due ragioni; in primo luogo occorrerebbe verificare la conformità del contegno richiamato rispetto al canone di buona fede; il divieto di trattative parallele è sovente indicato come concretizzazione della clausola di buona fede; in secondo luogo occorrerebbe appurare come, seppur riconosciuta la legittimità del contegno, da essa possa desumersi una limitazione del risarcimento del danno e quindi una deroga ai criteri tradizionalmente previsti per l'individuazione del danno.

<sup>355</sup>Con riferimento alla terminologia, analisi comparate hanno evidenziato la distinzione insita in alcuni ordinamenti fra *expectation* o *positive interest damages* (*contract*) e *reliance* o *negative interest damages* (*tort*); su questi aspetti cfr. in particolare J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Conclusion. The problem of*



responsabilità contrattuale. La limitazione quantitativa sottesa tradizionalmente all'espressione "interesse negativo" non può implicare una riduzione del danno concretamente subito anche nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative ovvero nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1338<sup>356</sup>.

Nella diversa ipotesi di contratto validamente concluso, il danno dovrà essere commisurato alla discrasia fra quanto la parte poteva ragionevolmente attendersi e quanto invece previsto dal contratto a causa dell'alterazione del suo contenuto dovuto alla scorrettezza precontrattuale<sup>357</sup>.

Parte della letteratura ha anche avuto cura di porre in risalto come "l'interesse negativo" non possa considerarsi quale formula riassuntiva in grado di qualificare l'interesse leso: lo dimostrerebbe l'esistenza del principio di interferenza fra responsabilità precontrattuale e contratto validamente concluso.

Da questo punto di vista è stata evidenziata la necessità di qualificare in positivo e non in negativo l'interesse tutelato dall'art. 1337 del codice civile: non avrebbe pertanto fondatezza l'esplicitazione della nozione sulla base di formulazioni tratlative quali "interesse a non avviare trattative inutili o a non concludere contratti invalidi"; occorrerebbe comunque, come detto, una connotazione positiva della nozione, nel senso di interesse a un altrui comportamento, conforme agli obblighi in cui volta a volta, trova concretizzazione la clausola di buona fede<sup>358</sup>.

Al contempo, come del resto già anticipato, la formula non può ritenersi strumento utile per la disapplicazione dei criteri tradizionali di determinazione del danno risarcibile<sup>359</sup>.

---

*precontractual liability*, cit. p. 457, nota 18.

<sup>356</sup>Si è anche posto in risalto che rispetto alle fattispecie appena enucleate nel testo resisterebbe la formula di interesse negativo inteso quale interesse a non concludere un contratto e a non impegnarsi in una trattativa inutile; rispetto all'ipotesi, sulla quale sempre nel testo, di contratto valido, ma sconveniente la formula interesse negativo, anche se limitata al suo valore essenzialmente descrittivo si rivelerebbe comunque scorretta: A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 207; nello stesso senso M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit. p. 182

<sup>357</sup>Per l'applicazione della regola prevista dall'art. 1440 c.c. quale criterio per la quantificazione del danno nell'ipotesi richiamato nel testo cfr le osservazioni di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 149.

<sup>358</sup>In questi termini M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337*, cit. p. 478.

<sup>359</sup>Sul punto R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit. p. 212 e ss.

Il sintagma include, evidentemente, il solo scopo di delimitare e al contempo accomunare una serie di fattispecie nelle quali non si fa valere una pretesa risarcitoria sulla base di un inadempimento contrattuale, ma in ragione della lesione di un interesse a contrarre sulla base di comportamenti leali nella fase delle trattative<sup>360</sup>.

Le funzioni del risarcimento del danno, anche ricorrendo l'ipotesi di contratto valido<sup>361</sup>, ma sconveniente parrebbero differire: nel caso di illecito precontrattuale, infatti, il ruolo del risarcimento non sarà quello di attribuire al contraente deluso in via surrogatoria o sostitutiva i vantaggi connessi alla prestazione, bensì di compensare "le più sfavorevoli condizioni alle quali il contratto è stato concluso, a causa del contegno scorretto del partner"<sup>362</sup>.

Ciò nonostante e nonostante la eventuale qualificazione della responsabilità precontrattuale quale specifico modello di responsabilità (sulla base del binomio contrattuale/extracontrattuale), non è possibile trarre argomenti utili a negare l'astratta ammissibilità della reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 del codice civile, del danno prodotto da un illecito *in contrahendo*<sup>363</sup>.

Nessun dubbio pare debba essere paventato rispetto all'applicabilità della disposizione di cui all'art. 2058 c.c. all'ambito della responsabilità pre-contrattuale, anche per il caso di collocazione della fattispecie nel *genus* della responsabilità contrattuale; ciò sulla base dell'impostazione<sup>364</sup> che considera applicabile alla responsabilità contrattuale medesima il risarcimento del danno in forma specifica<sup>365</sup>.

Proprio la dottrina da ultimo richiamata, utilizza l'argomento rappresentato dal riferimento

---

<sup>360</sup>M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 186 e ss.

<sup>361</sup>Malgrado il riposizionamento dell'assetto complessivo di interessi debba avvenire, in questa ipotesi, sulla base del contratto stipulato.

<sup>362</sup>Cfr. M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit. p. 483.

<sup>363</sup>Un'applicazione particolare del rimedio si è ipotizzato per il caso di contratto che potremo definire sconveniente, non da un punto di vista economico, ma giuridico: lo strumento consentirebbe di eliminare le clausole che rappresenterebbero lo squilibrio richiamato; favorevole all'impostazione qualora le circostanze lo consentano, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale (voce)*, *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1274.

<sup>364</sup>In argomento di recente T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità precontrattuale*, cit. p. 224.

<sup>365</sup>In dottrina oltre naturalmente alla ricostruzione di R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 107 e ss., si veda C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 96 e ss.

esplicito alla Relazione al Re(n. 802).

Nel documento esplicativo si rileva come questa tipologia di risarcimento sarebbe da intendersi misura di cui può disporre il creditore, sia nel caso di rapporti obbligatori *ex contractu*, sia nell'ipotesi di obbligazioni derivanti da fatto illecito<sup>366</sup>.

Di certo rappresentano limiti evidenti all'ammissibilità del rimedio del risarcimento in forma specifica il ricorrere di ipotesi nelle quali il rimedio richiamato non pare nemmeno astrattamente ipotizzabile: ci riferiamo in particolare al recesso ingiustificato dalle trattative, alla fattispecie espressamente disciplinata dall'art. 1338 del codice civile, alle ipotesi di vizi incidenti e vizi incompleti del contratto.

In tali casi le soluzioni concretamente proponibili conformemente allo schema risarcitorio sarebbero l'applicabilità dello strumento previsto dall'art. 2932 del codice civile<sup>367</sup> (per le prime due ipotesi), ovvero l'estensione della rettifica del contratto annullabile o rescindibile ai sensi degli artt. 1432 e 1450 del codice civile (per l'ultima fattispecie).

Lo stravolgimento del rimedio, evidentemente concepito al fine di riparare differenti situazioni, provocherebbe, secondo alcune ricostruzioni, l'impossibilità di un'applicazione estensiva della figura giuridica espressione della risarcibilità in forma specifica al pregiudizio derivante da *culpa in contrahendo*<sup>368</sup>.

Le ipotesi residuali astrattamente riconducibili a questa forma di risarcibilità, al di là delle declamazioni di principio, atterrebbero a casi di responsabilità civile per lesione del dovere assoluto di *neminem laedere*, piuttosto che a vere e proprie ipotesi di responsabilità da

---

<sup>366</sup>In argomento cfr. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit. p. 329 e ss e 555 e ss.; sul punto cfr. anche le osservazioni di R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 107 e ss.

<sup>367</sup>Considerando il contratto concluso proprio ai sensi dell'art. 2932 c.c.; parte della letteratura ha affermato l'applicabilità del rimedio per il caso in cui, sussistendo un'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, la stipulazione del contratto sarebbe l'unico strumento per porre il danneggiato nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse subito il recesso; naturalmente l'applicabilità del rimedio avrebbe fra i suoi presupposti imprescindibili la precisazione degli elementi essenziali del contratto e l'individuazione del suo contenuto: sul punto cfr. G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 292 e ss.

<sup>368</sup>Per un quadro delle ipotesi richiamate nel testo e per alcune valutazioni critiche sull'utilizzabilità dei rimedi al di fuori e oltre il loro naturale ambito di applicazione, cfr. V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale, fra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., p. 278 e ss.

*culpa in contrahendo*<sup>369</sup>.

Si è tuttavia osservato che nel fare riferimento al contenuto effettivo della norma di condotta alla quale si ricollegano specifici doveri di comportamento non si giustificerebbe sul piano logico, non soltanto alcun tipo di limitazione al danno risarcibile, ma anche l'esclusione della possibilità del risarcimento del danno in forma specifica, ove le circostanze concrete lo consentano<sup>370</sup>.

La costruzione della categoria del contratto valido ma sconveniente parrebbe aprire la strada a una diversa ipotesi nella quale l'illecito precontrattuale proietti la sua rilevanza non tanto sull'assetto economico delle prestazioni, ma sul contenuto giuridico del contratto.

In tale ipotesi non si rinvengono ragioni sufficienti ad escludere una tutela realizzata mediante l'istituto della rettifica da attivarsi in via giudiziale da parte del soggetto che ha subito l'illecito precontrattuale, al fine di correggere il contenuto del contratto conformemente al tenore che quest'ultimo avrebbe acquisito per il caso in cui l'*iter* procedimentale della fase precontrattuale si fosse completato fisiologicamente.

Del resto l'esigenza di modificare gli istituti giuridici sulla base delle esigenze provenienti dalla prassi è stata avvertita dalla migliore dottrina che ha osservato come "se nuove finalità pratiche si fanno strada, e nuove esigenze si impongono al legislatore, chi meglio di tutti, se non il giurista potrà suggerire delle modifiche o trasformazioni di strumenti tradizionali o la costruzione di nuovi strumenti"<sup>371</sup>.

Ulteriore punto che merita, in conclusione, approfondimento è il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dall'illecito precontrattuale.

Possiamo esprimere la convinzione per cui non paiono sussistere argomentazioni valide al fine di smentire la conclusione della risarcibilità.

Del resto, al fine di coonestarla attraverso argomentazioni in positivo, può osservarsi come

---

<sup>369</sup>Il riferimento è fatto alle ipotesi di riparazione del bene oggetto di trattativa danneggiato da uno dei trattanti, o la cura delle lesioni cagionate alla loro persona: cfr. sul punto C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 568 e ss.

<sup>370</sup>Sul punto V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit. p. 1274; l'A. fa esplicito riferimento alla violazione dei doveri di custodia dei beni consegnati durante le trattative.

<sup>371</sup>S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1941, I, p. 197 e ss.; ora in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Prassi. Saggi*, Milano, 1951, p. 607 e ss., spec. p. 681

le esigenze di tutela debbano prevalere, anche con riferimento a questa tematica, rispetto ad astratti e preconetti dogmatismi che condurrebbero all'esclusione della tutela.

D'altro canto sia la collocazione della responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale, sia la qualificazione nei termini di responsabilità contrattuale tenderebbero a confermare quanto sostenuto.

Nessun dubbio, naturalmente, può paventarsi con riferimento all'ipotesi dell'accostamento alla fattispecie dell'illecito extra-contrattuale, anche ai fini di una ricostruzione teorica e dogmatica, oltre che meramente applicativa.

Diversamente, per il caso in cui si voglia richiamare la figura della responsabilità contrattuale, basterebbe ricordare il percorso evolutivo che la letteratura giuridica ha intrapreso al fine di consolidare la conclusione dell'ammissibilità della figura giuridica del danno non patrimoniale contrattuale o da inadempimento<sup>372</sup>.

Si richiama, qui solo per inciso, l'orientamento dottrinario<sup>373</sup>, di certo condivisibile, che proprio in questo contesto esclude l'applicabilità del filtro dell'ingiustizia del danno connaturato alle ipotesi di responsabilità extra-contrattuale consegnando altresì alla causa del contratto la funzione<sup>374</sup> di criterio selettivo degli interessi, anche non patrimoniali, rilevanti ai fini della risarcibilità per inadempimento contrattuale.

Una differente conclusione opererebbe una trasmutazione del modello impiegato in un contesto specifico, quale quello della responsabilità extra-contrattuale, al fine del completamento di uno schema disciplinare che, in realtà, sembrerebbe fondarsi, anche per questi specifici aspetti, su principi ed esigenze differenti.

---

<sup>372</sup>M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile dei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2013, p. 35 e ss.

<sup>373</sup>Per queste notazioni in letteratura le riflessioni di G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *I contratti*, 2010, p. 713 e ss. Diversamente sul punto E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una nuova disciplina*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 190 e ss. Secondo l'Autrice la lesione di un diritto inviolabile sarebbe ulteriore elemento al quale dovrebbe essere sottoposto l'onere probatorio del danneggiante nell'ipotesi di danno non patrimoniale contrattuale. Probabilmente le differenti forme di responsabilità e i diversi sistemi di regole che li sorreggono, come chiarito nel testo, giustificerebbero conclusioni differenti.

<sup>374</sup>Sullo sviluppo del ruolo e della funzione della causa, anche in chiave storica, le osservazioni di G. CONTE, *Della causa del contratto*, in *Codice Civile Commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, sb. Art. 1344, p. 471 e ss.

Una possibile chiave di lettura sarebbe inoltre quella di ammettere la risarcibilità dei danni non patrimoniali ricollegando le ipotesi di mancata stipulazione di contratto alla responsabilità extra-contrattuale, quelle di contratto valido, ma sconveniente alla responsabilità contrattuale; varrebbe in tal caso comunque l'obiezione insita nella considerazione secondo la quale dovrebbe giustificarsi, probabilmente, una differenza di trattamento – pensando ad esempio al filtro dell'ingiustizia del danno – rispetto a ipotesi tutte accomunate dalla sussumibilità nella fattispecie “responsabilità precontrattuale”.

Anche le conclusioni appena richiamate parrebbero confermare la *vis expansiva* dell'istituto che, come già anticipato, riguarderebbe oltre che l'area di incidenza temporale, la fattispecie responsabilità precontrattuale e l'ambito soggettivo di applicazione, anche i criteri di risarcimento del danno per illecito precontrattuale<sup>375</sup>.

## 2. La nozione di interesse negativo e l'analisi economica del diritto.

Il carattere “mobile” della nozione di *interesse negativo* pare avere conferme anche dall'*analisi economica del diritto*<sup>376</sup> e dai risultati che l'*EAL*<sup>377</sup> ha prodotto nell'ambito della responsabilità precontrattuale<sup>378</sup>.

Gli esiti di questi studi<sup>379</sup> verranno qui sommariamente richiamati.

Essi possono essere riassunti nella considerazione per cui “*l'intera tematica della mala*

---

<sup>375</sup> Che non dovrebbe, alla luce delle argomentazioni svolte nel testo, essere ristretto al c.d. interesse negativo e potrebbe riguardare anche in positivo i c.d. danni non patrimoniali

<sup>376</sup> Per l'individuazione dei tratti caratterizzanti questo strumento di indagine, cfr. nel contesto della dottrina interna, per alcuni riferimenti essenziali, F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, *passim*; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, *passim*; L. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, *passim*; nel contesto della letteratura giuridica straniera per un'indicazione bibliografica anche qui di massima, R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7° ed., New York, 2007, *passim*; D. FRIEDMAN, *Law's order*, Princeton, 2000, *passim*.

<sup>377</sup> Per una prospettiva in chiave storica, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc.priv. sez. civ.*, Torino, 1987, p. 309 e ss.

<sup>378</sup> La relazione fra regime di responsabilità precontrattuale e garanzia di un livello efficiente di investimenti in vista della conclusione del contratto è affrontato da L. A. BEBCHUK, O. BEN SHAHAR, *Precontractual liability*, in *Journal of Legal Studies*, 2001, p. 423 e ss.

<sup>379</sup> Il primo studio in Italia che utilizza questo modello teorico è, a quanto consta, di P. TRIMARCHI, in *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*.

*fede precontrattuale può [...] essere esplicitata in termini di falsa prospettazione delle probabilità che la trattativa in corso esiti in un contratto*<sup>380</sup>.

La pretesa che deriva dalla sussistenza dei doveri precontrattuali non si estende a tutti i dati che, in possesso delle parti, possono essere in grado di consentire alle medesime di verificare il dato di concretezza della trattativa; ma si tratta di non ingigantire la rappresentazione circa la probabilità che il contratto venga concluso e quindi le spese a questo fine indirizzate<sup>381</sup>.

Conformemente alla logica economica anche i doveri di cooperazione paiono rivestire un carattere particolare, in quanto la cooperazione stessa si verificherà in modo spontaneo nei casi in cui un adeguato regime di danni precontrattuali induca ciascuno a percepire le perdite *in reliance* di controparte, e al contempo a partecipare all' "incremento dell'utilità totale dell'operazione dovuto ad un corretto livello di investimenti preliminari"<sup>382</sup>.

Lo stesso modello giuseconomico consente di modulare i criteri di risarcimento del danno attraverso un riferimento alla probabilità di conclusione del contratto dipendente dalla prospettazione delle parti e dallo stato di avanzamento delle trattative; questo elemento probabilistico moltiplicato<sup>383</sup> per un'approssimativa valutazione dell'utilità conseguibile dal contratto al netto delle *spese c.d. in reliance* rappresenta un possibile criterio in grado di apprezzare il *quantum* del risarcimento del danno<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup>In questi termini D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., p. 109; la quale fa espresso riferimento sia alle c.d. *informazioni intrinseche* che a quelle *estrinseche*.

<sup>381</sup>Sul punto cfr. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 55;

<sup>382</sup>D. CARUSO, op. cit., p. 110

<sup>383</sup>Sul punto cfr. D. CARUSO, op. cit., p. 110.

<sup>384</sup>In quest'ambito a completamento di un'analisi casistica attenta sia al modello americano che a quello italiano è emerso che il giudice nel definire il danno precontrattuale lamentato farà riferimento al peculiare criterio del c.d. interesse negativo che rimanda ancora alle "spese sostenute ed occasioni perdute nel corso della trattativa"; ciò detto si specifica che "qualora nel quantificare le occasioni perdute dell'attore, si trovi di fronte a cifre di valore identico all' *expectation* da contratto, disporrà solo della propria sensibilità per distinguere, aritmeticamente, le formule dell'interesse positivo e dell'interesse negativo". E' inoltre sottolineato in maniera netta come il danno precontrattuale sia rappresentato dalla "perdita economica generata da una falsa prospettazione di fattore p, ovvero della probabilità ragionevole che, in assenza di sopravvenienze imprevedibili, l'affare in corso di formazione si concluda". La misurazione del danno precontrattuale avviene "rapportando i proventi da contratto mancato (o, indifferentemente la somma algebrica tra spese sostenute e proventi da occasioni perdute) alla probabilità apparente che le trattative vadano in porto".

La tendenziale mutevolezza dei danni precontrattuali sulla base delle contingenze rappresentate dalla concrete situazioni della prassi risulta dato acquisito anche, quindi, sulla base delle ricostruzioni affidate all'analisi economica del diritto.

Ad essa può riconoscersi anche il merito di aver individuato un elemento aggregante rispetto all'apparente molteplicità dei diversi modelli normativi. Ciò nella direzione, soprattutto, di una limitazione del giuridicamente rilevante in termini di responsabilità precontrattuale.

Da questo angolo prospettico è possibile speculare che l'enunciazione del principio di buona fede o la mancata enunciazione dello stesso - a seconda che si faccia riferimento a sistemi di *civil law* o *common law* - possano trovare un punto di equilibrio nella limitazione dell'area della responsabilità precontrattuale a quelle aree che sono state definite di "incerta perfettibilità negoziale" e nelle quali ogni fattispecie appare accomunata dalla distorta rappresentazione della probabilità che il contratto addivenga a conclusione<sup>385</sup>.

L'affidamento acquista così una duplice funzione: da un lato vale quale parametro al fine di delimitare le ipotesi di responsabilità precontrattuale; dall'altro lato serve quale modello per calcolare la misura dei danni risarcibili.

L'entità del risarcimento del danno dipende, come è emerso, dal grado di probabilità raggiunto sulla conclusione dell'affare; grado a sua volta influenzato dalla condotta delle parti.

### 3. *La natura giuridica della responsabilità precontrattuale: l'importanza della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.*

---

Sulla base di questa impostazione si arriva a una riduzione-limitazione e potremmo dire anche funzionalizzazione degli obblighi di cui all'art. 1337 c.c. che si riducono "all'imperativo di non falsare (con qualsiasi mezzo) il grado di ragionevole affidamento della controparte nella stipula futura; ogni altro obbligo (custodia, segreto, protezione) può derivarsi dalla clausola generale della responsabilità civile, e trovare adeguata sanzione in misure risarcitorie del tutto indipendenti dal grado di affidamento creato"; in questi termini D. CARUSO, op. cit., p. 154 e ss.

<sup>385</sup>Così D. CARUSO, op. cit., p. 111.; per una lettura volta a disancorare il concetto di affidamento alla stipulazione del contratto cfr. le riflessioni di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 51 e ss.; ritorna sul punto di recente F. FESTI, *Introduzione*, in F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato dalla ristampa 2012, Napoli, p. XLIII.



Abbiamo avuto modo di accennare, più volte sin qui, agli innumerevoli dubbi che si evincono dalla disamina della letteratura circa la natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

Le disposizioni che raffigurano il *micro-sistema* (artt. 1337 e 1338) predispongono un modello senza sanzione<sup>386</sup> o quanto meno un modello senza esemplificazione del tipo di sanzione<sup>387</sup> e della sua natura giuridica.

Ne discende il ruolo e la funzione della dottrina<sup>388</sup> nel provare a verificare la tenuta dei diversi schemi astrattamente ipotizzabili rispetto ai casi sussumibili nel contenuto precettivo degli artt. 1337 e 1338.

Al di là della polemica che ha infiammato studiosi quali Carnelutti e Polacco sulla possibilità di una distinzione concettuale fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>389</sup>, il valore della distinzione<sup>390</sup> sembra permanere quanto meno a cagione delle differenti conseguenze che la collocazione della fattispecie concreta nell'uno o nell'altro

---

<sup>386</sup>Abbiamo già accennato in altre parti della trattazione al rilievo essenzialmente sostanziale del modello normativo rappresentato dagli artt. 1337/1338 del codice civile: ciò, tuttavia, non esime dall'indagine circa la riconduzione del modello medesimo a concreto strumento di tutela, anche al fine di rinvenire possibili criteri utilizzabili per selezionare la disciplina concretamente applicabile alle differenti fattispecie.

<sup>387</sup>Probabilmente questa impostazione appare preferibile in ragione del fatto che l'intitolazione dell'articolo "*Trattative e responsabilità precontrattuale*" chiarisce che tale dovere è sanzionabile per il tramite del risarcimento del danno: in argomento cfr. G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit. p. 56 e ss.

<sup>388</sup>Per un quadro delle diverse argomentazioni in dottrina, le riflessioni di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit. p. 365.

<sup>389</sup>In argomento cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione fra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1912, p. 743 e ss.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, I, Padova, 1889, p. 297.

<sup>390</sup>Di recente Lipari ha posto in evidenza come il mutato ruolo del contratto che si estrinseca nel passaggio da strumento di composizione di interessi rispetto a beni preesistenti a mezzo di creazione di beni pare rompere il senso del mantenimento di una distinzione (quella ovviamente fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale); la possibilità che l'inadempimento incida oggettivamente su di un bene appare in grado di vanificare i vecchi schematismi: cfr. N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *I contratti*, 2010, p. 704; in argomento anche le osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio: fra contratto e torto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, p. 1253 e ss.; sul percorso storico che ha condotto alla modificazione della natura del contratto per alcuni essenziali riferimenti cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2010, Urbino, 2010, p. 239 e ss.; D. DE MASI, *L'avvento post-industriale*, Milano, 1987, p. 32 e ss.

modello implica, già solo a livello disciplinare<sup>391</sup>.

Basta infatti un attento esame dell'art. 2056 c.c. al fine di chiarire quali tipologie di disposizioni in materia contrattuale siano applicabili anche in tema di responsabilità extracontrattuale.

Così l'inapplicabilità dell'art. 1218 del codice civile ha come corollario la creazione di una netta distinzione in tema di onere probatorio: mentre il creditore dovrà provare soltanto l'inadempimento e il danno che ne deriva<sup>392</sup>, il soggetto danneggiato dovrà provare, fra i fatti costitutivi della sua pretesa, i presupposti soggettivi che delineano la fattispecie rappresentata dall'art. 2043 del codice civile.

A seconda che si configuri la responsabilità precontrattuale quale responsabilità contrattuale o extracontrattuale sarà il presunto autore dell'illecito a dimostrare la correttezza del proprio contegno e non già l'attore, conformemente al modello espresso dall'art. 2043 c.c., a dover fornire la prova della scorrettezza<sup>393</sup>.

Del pari la predetta distinzione addosserà all'attore l'onere di provare la colpa del danneggiante oltre che la condotta (conformemente al modello dell'illecito extracontrattuale) ovvero al convenuto l'onere di fornire la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa a lui non imputabile (conformemente questa volta al modello di cui all'art. 1218 del codice civile).

Il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. imporrebbe l'inapplicabilità estensiva della regola quale modello di limitazione dei danni in ambito di responsabilità contrattuale.

Come abbiamo avuto modo di rilevare non gioverebbe più la distinzione in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale quale prerogativa esclusiva della responsabilità

---

<sup>391</sup>Sul senso di questa distinzione all'interno della dogmatica giuridica cfr. il lavoro monografico di F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, *passim.*; sottolinea le distinzioni in punto di onere della prova, termine di prescrizione, estensione dei danni risarcibili che la collocazione nelle diverse impostazioni provocherebbe M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, cit., p. 484.

<sup>392</sup>Sarà infatti onere del debitore quello di provare che i fatti impeditivi non sono a lui imputabili

<sup>393</sup>Ciò in applicazione del prevalente orientamento giurisprudenziale che ha statuito che in caso di responsabilità contrattuale è il debitore a dover provare di aver adempiuto correttamente: cfr. Cass. S. U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2007, I, p. 1428.

extracontrattuale<sup>394</sup>.

Rileverebbe, invece, la distinzione fra i diversi termini prescrizionali: ciò in quanto al termine decennale, proprio della disciplina della responsabilità contrattuale, si sostituirebbe un termine breve, quinquennale, in materia extracontrattuale.

La giurisprudenza ha inoltre osservato che qualora si configuri la responsabilità precontrattuale quale *tertium genus* di responsabilità dovrebbe comunque applicarsi il termine decennale in ragione dell'impossibilità di procedere con interpretazioni estensive o analogiche delle regole che prevedono termini prescrizionali brevi<sup>395</sup>.

Accanto a queste distinzioni si è soliti affiancare l'impossibilità di stipulare in ambito extra-contrattuale una clausola penale, di modulare una graduazione della colpa e l'individuazione del foro competente<sup>396</sup>.

#### 4. *Le diverse ricostruzioni sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale.*

Ritornando per un istante a ritroso: subito dopo l'entrata in vigore del codice '42, fra le principali teorie che tentano di spiegare la natura della responsabilità precontrattuale si segnala certamente per incisività degli argomenti la cd. *tesi contrattuale*.

Fra i primi commentatori inizia a campeggiare l'impostazione – che richiama il modello tedesco - per cui il semplice contatto fra i contraenti sia in grado di far nascere doveri reciproci, non soltanto a contenuto negativo, ma anche positivo, fra i quali, in primo luogo, quelli di comunicare informazioni rilevanti ai fini della trattativa di cui una delle parti fosse a conoscenza.

Proprio la rilevanza di questi ultimi è in grado di incidere sulla qualificazione del tipo di responsabilità, riconoscendosi al contempo carattere extra-contrattuale a quelle tipologie di violazioni che si realizzano rispetto a obblighi generici che ogni consociato ha nei confronti

---

<sup>394</sup>Sulla distinzione R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1957, p. 277 e ss.

<sup>395</sup>Così Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, in *Corr. Giur.* 1990, 832, con nota di CARBONE.

<sup>396</sup>A. DE MAURO, *La natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 242 e ss.

dell'altro<sup>397</sup>.

La determinatezza degli obblighi in materia precontrattuale e la preesistenza dei medesimi rappresenterebbero elementi dai quali desumere la connotazione contrattuale di questa tipologia di responsabilità<sup>398</sup>.

A questi argomenti si aggiungerebbe, seguendo alcune ricostruzioni, il giudizio di irrilevanza della fonte del dovere di comportamento e pertanto della necessaria contrattualità dell'obbligazione medesima<sup>399</sup>.

In questa temperie l'importante contributo di Mengoni si risolve nella considerazione della relazione volta alla stipulazione quale fonte di un particolare rapporto obbligatorio vincolante per le parti rispetto al dovere di comportarsi secondo buona fede a partire dal momento in cui nasca per ciascuno dei contraenti un obiettivo affidamento<sup>400</sup>.

L'assoggettamento a opera di una norma giuridica - benché clausola generale - dello svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede rappresenta indice sicuro della trasformazione della relazione in rapporto obbligatorio; si verificherebbe così il passaggio dalla sfera sociale a quella giuridica.

La disposizione qualifica, in altri termini, la relazione sociale nei termini di rapporto obbligatorio, realizzandone un'evidente modificazione.

La responsabilità che ne discende trova la sua fonte nella violazione "di un rapporto obbligatorio sprovvisto di un obbligo di prestazione" che appare "funzionale alla tutela

---

<sup>397</sup>In questi termini E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 81.

<sup>398</sup>Senza pretesa di completezza possiamo collocare nell'impostazione contrattualistica, i lavori di L. MENGONI, in, fra gli altri luoghi, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I, p. 1895 e ss.; Salv. ROMANO, *Buona fede*, (dir. priv.), cit., p. 682; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 709 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit. ..., p. 214 e ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, in *Trattato Cicu Messineo Mengoni*, Milano, 1973, p. 365; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 148 e ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, 2, Torino, 2000, p. 361 e ss.

<sup>399</sup>A. DE CUPIS, *La natura della responsabilità*, Milano, 1966, *passim*

<sup>400</sup>In questi termini L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370; in argomento A. DE MAURO, *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 247. Considera criticamente l'orientamento che riconosce nell'affidamento la fonte di rapporti obbligatori anche in tema di doveri precontrattuali, M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., p. 197 e ss.

della sfera giuridica altrui, sia sotto il profilo della correttezza dell'affare, sia con riguardo agli altri interessi delle parti che in relazione alle trattative possono risultare lesi<sup>401</sup>.

Anche Benatti riconosce il carattere contrattuale della responsabilità sulla base, però, della configurazione dell'art. 1337 del c.c. quale estensione della buona fede contrattuale nella fase delle trattative; secondo l'Autore i doveri espressi dall'art. 1337 hanno uno scopo positivo<sup>402</sup>, a differenza di quelli riconducibili all'art. 2043 c.c., funzionali, esclusivamente, alla protezione e non alla realizzazione, quindi, dell'altrui interesse<sup>403</sup>.

Le impostazioni che riconoscono natura extra-contrattuale<sup>404</sup> all'istituto richiamano copiosi argomenti, fra i quali si colloca certamente, in una posizione di preminenza, la constatazione per cui l'assenza, per ipotesi, di una disposizione quale l'art. 1337, avrebbe provocato la sussunzione dei casi rientranti nel contenuto precettivo della disposizione nella clausola generale dell'art. 2043 del codice civile, quale disciplina dell'illecito extracontrattuale.

Questo modello pare rievocare l'impostazione francese che collocava la responsabilità precontrattuale nell'ambito dell'illecito civile e che aveva notevolmente influenzato la ricostruzione della letteratura dopo l'entrata in vigore del codice civile del '65: la presenza nel sistema dell'art. 1151<sup>405</sup> aveva di fatto arginato l' "urgenza" della formulazione di una regola generale in materia di responsabilità precontrattuale.

Al contempo l'art. 1337 c.c. avrebbe, sempre in queste riflessioni, funzione interpretativa dell'art. 2043, al fine di attribuire il connotato dell'ingiustizia al comportamento scorretto

---

<sup>401</sup>L. MENGONI, op. cit., p. 360, 364.

<sup>402</sup>Sono cioè volti alla promozione e al soddisfacimento dell'altrui aspettativa (o affidamento).

<sup>403</sup>Cfr. sul punto F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 304

<sup>404</sup>Anch' qui, senza, pretesa di completezza, possiamo menzionare, all'interno di questo orientamento, malgrado le diversità di sfumature ed argomentazioni, G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, p. 187 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 157 e ss.; F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e fatto illecito*, cit., p. 539 e ss.; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 45 e ss.; R. SACCO, U. DE NOVA, *Il contratto*, cit. p. 260 e ss.; G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale*, cit., p. 226 e ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit. p. 299 e ss.

<sup>405</sup>La disposizione come chiarito prevedeva che "ogni fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno".

nella fase delle trattative<sup>406</sup>.

Seguendo differenti letture interpretative, l'assenza di sanzione per l'art. 1337 avrebbe quale conseguenza inconfutabile, attraverso un coerente percorso argomentativo, quella di dover rintracciare la sanzione, intesa nei termini di rimedio astrattamente esperibile, in una norma di carattere generale quale l'art. 2043 del codice civile<sup>407</sup>.

In questa temperie non possono sottacersi gli argomenti di chi, pur riconoscendo la sussistenza di una "relazione qualificata"<sup>408</sup> fra i protagonisti della trattativa, tende ad ogni buon conto ad escludere la natura contrattuale della fattispecie in esame.

La evocata relazione farebbe nascere speciali doveri a protezione dei reciproci interessi, ma non sarebbe in grado di esimere dall'interrogativo su come possa delinarsi una differenza tangibile fra la situazione descritta e ciò che avviene fra i protagonisti della circolazione stradale o fra imprenditori concorrenti che operano sullo stesso mercato<sup>409</sup>.

Anche in tali casi, si ha premura di sottolineare, gravano specifici e precisi doveri di condotta che hanno quale obiettivo quello di salvaguardare e proteggere gli interessi coinvolti nella relazione qualificata.

L'obbligazione nella fase fisiologica, e la responsabilità contrattuale, nella fase patologica, hanno cura, però, di proteggere lo specifico interesse del creditore, che è l'interesse alla prestazione di cui all'art. 1174 del codice civile<sup>410</sup>.

E' stato così posto in evidenza in maniera chiara e netta che "*diversi sono gli interessi della*

---

<sup>406</sup>R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile Vassalli*, Torino, 1975, p. 676

<sup>407</sup>P. GALLO, *La responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., p. 285 e ss.

<sup>408</sup>Si è anche inteso porre la responsabilità precontrattuale nel senso di rigida alternativa al problema della formazione del contratto; la collocazione della responsabilità precontrattuale nell'alveo dell'illecito civile discenderebbe proprio dalla constatazione che "quegli accordi e quei punti già fissati ed accettati dalle parti, non abbiano dato vita al vero e proprio contratto"; cfr. in questo senso G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit., p. 190 e ss.

<sup>409</sup>In dottrina sul punto per tutti V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 185 e ss.

<sup>410</sup>Su questo tema nessuna rilevanza sembrerebbe avere il fatto che la prestazione possa corrispondere a un interesse anche non patrimoniale del creditore; si vuole solo sottolineare la funzionalità della prestazione al soddisfacimento dell'interesse di cui alla disposizione richiamata nel testo: sul punto fra gli altri U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato Iudica Zatti*, Milano, 1991, p. 37 e ss. che fa rientrare nel concetto di obbligazione le prestazioni economicamente apprezzabili, anche se volte al soddisfacimento di bisogni culturali o morali del creditore. In argomento, classicamente, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, *passim*, spec. p. 63 e ss.

*vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale [...]. A protezione di essi si impongono agli operatori doveri di condotta che possono essere non generici – bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco – ma non per questo diventano obbligazioni”*<sup>411</sup>.

Le teorie che con maggiore originalità hanno tentato di dare una collocazione dogmatica precipua all’istituto, prescindendo da schemi già tipizzati<sup>412</sup>, oscillano tra l’impostazione che riconosce l’insufficienza dei modelli raffigurati dallo schema dell’art. 1218 c.c. e da quello dell’art. 2043 c.c.<sup>413</sup> al fine di spiegare il microsistema (1337/1338 c.c); all’impostazione che prevede una variabilità delle soluzioni sulla base della variabilità della violazione ancorata alla mutevolezza degli obblighi medesimi.

Così si è fatto rientrare nel contesto “oggettivo” e contrattuale l’ipotesi della rottura ingiustificata dalle trattative a cagione della sussistenza di un rapporto fra diritto potestativo di recesso/interesse legittimo alla positiva conclusione del contratto - con conseguente abuso del diritto per il caso di esercizio senza giustificato motivo del diritto di recesso; in quello extra-contrattuale tutte le ipotesi nelle quali non sia questione di rapporto giuridico fra situazioni giuridiche soggettive variamente qualificabili o qualificate come nel caso di omessa comunicazione<sup>414</sup> di una causa di inefficacia del contratto<sup>415</sup>.

#### *5.(segue) La giurisprudenza:nuove prospettive nel contesto di un orientamento monolitico.*

Le diverse concezioni sulla responsabilità precontrattuale<sup>416</sup> affondano le proprie radici

---

<sup>411</sup>Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 185. L’A. conclude il suo ragionamento affermando che la violazione degli interessi richiamati nel testo genera responsabilità extracontrattuale.

<sup>412</sup>Fra queste impostazioni potremmo collocare la posizione di Trimarchi che considera contrattuale la responsabilità per il caso di violazione del dovere di informazione; extracontrattuale nel caso di violazione del dovere generico di buona fede: cfr. V. M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, p. 30.

<sup>413</sup>Sul punto P. RESCIGNO, (voce) *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc Dir*, XXIX, 1979, p. 160.

<sup>414</sup>Per un completo quadro delle tesi c.d. eclettiche cfr. A. DE MAURO, *Natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 247. e ss.

<sup>415</sup>In argomento cfr. L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 154 e ss.

<sup>416</sup>Sulle principali ricostruzioni dottrinarie cfr. G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e*

storiche, come emerso, da un lato, nel modello tedesco, che si fonda sulla tipicità delle ipotesi di responsabilità civile; dall'altro versante nel modello francese che, invece, considera tendenzialmente lo strumento della responsabilità extra-contrattuale strumento idoneo a coprire e tutelare anche quelle ipotesi che potremmo definire di illecito precontrattuale.

Da queste diverse radici emergono differenti modalità di impostazione del problema e quindi una disgregazione di soluzioni che - come abbiamo avuto modo di rilevare - si attestano sulla configurazione nei termini della contrattualità, della extra-contrattualità, del *tertium genus* o ancora dell'adeguamento della soluzione concreta al tipo di violazione da valutarsi a seconda del dovere precontrattuale specificamente coinvolto e quindi violato.

Se questo appare, per estrema sintesi, il c.d. *formante dottrinario*, maggiore compattezza e uniformità di soluzioni deve essere riconosciuta a quello c.d. *giurisprudenziale*.

L'orientamento in questo settore parrebbe monolitico.

Le pronunce delle corti tendono, infatti, a configurare la responsabilità precontrattuale quale ipotesi di responsabilità extracontrattuale, rientrando pertanto nel modello scolpito e disciplinato dall'art. 2043 del codice civile.

Lo sforzo della giurisprudenza, per come emerge da un esame della casistica, si limita a proporre soluzioni relative alla disciplina applicabile, sulla base dell'adesione all'impostazione appena richiamata, piuttosto che individuare le ragioni da un punto di vista logico-argomentativo dell'accostamento prospettato (responsabilità precontrattuale=responsabilità extracontrattuale).

La collocazione da parte del formante giurisprudenziale nell'uno piuttosto che nell'altro *genus* non si limita a essere "preferenza di gusti"<sup>417</sup>, ma strumento al fine di stabilire la disciplina applicabile in relazione a fattispecie concrete.

Così, esemplificando, è stato individuato a carico della parte lesa nell'affidamento - per l'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative - l'onere di dimostrazione che il recesso è difforme rispetto ai canoni della buona fede o correttezza nelle trattative del contratto<sup>418</sup>.

---

*contratti standard*, cit., p. 34 e ss.

<sup>417</sup>La provocazione è in E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 83 e ss.

<sup>418</sup>Cass. 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. Civ.*, 2005, I, p. 669.



La giurisprudenza oltre ad affermare l'impossibilità del concorso fra responsabilità precontrattuale e responsabilità extra-contrattuale ha, inoltre, sostenuto, quale principio generale, il c.d. divieto di *mutatio libelli*, ovvero l'impossibilità di modificare il fondamento dell'azione, adducendo in prima istanza la violazione dell'art. 1218 del codice civile e quindi quella del precetto contenuto nell'art. 1337 c.c.<sup>419</sup>.

La letteratura giuridica dal canto suo, sulla base delle esigenze socio economiche provenienti dalla realtà dei traffici giuridici, ha sempre con maggiore vigore posto in crisi la riconduzione - effettuata dalla giurisprudenza - della figura oggetto di studio alla responsabilità extra-contrattuale; le esigenze richiamate si sono consolidate soprattutto nell'ambito della responsabilità da prospetto delle banche<sup>420</sup>.

Il fenomeno è andato di pari passo a un ridimensionamento della distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale; analogo il *trend* di *common law* che afferma un accostamento fra *contract liability* e *tort liability*: ne inferisce anche, a livello più ampio, un ridimensionamento della problematica relativa alla collocazione della responsabilità precontrattuale nell'uno o nell'altro modello<sup>421</sup>, se non per le conseguenze, squisitamente disciplinari che l'adesione medesima all'uno piuttosto che all'altro schema comporta<sup>422</sup>.

Nonostante il *trend* richiamato, parte della dottrina<sup>423</sup> ha tuttavia, anche di recente, inteso ribadire non soltanto la distinzione da un punto di vista concettuale fra le forme di responsabilità, ma anche la rilevanza dell'accostamento della responsabilità precontrattuale nell'alveo di quella extra-contrattuale: ciò in particolare, come già osservato, con riferimento agli aspetti disciplinari.

Così rilievo assumerebbe il diverso termine prescrizione<sup>424</sup> e al contempo, come del resto

---

<sup>419</sup>In argomento Cass. 17 marzo 1994, n. 2544, in Mass. Giust. Civ., 1994, 330

<sup>420</sup>In argomento recentemente A. DE MAURO, op. cit., p. 253 e ss.

<sup>421</sup>Sul tema del rapporto fra *contract*, *tort* e responsabilità precontrattuale cfr. le osservazioni di J. CARTWRIGHT, M. HESSELNİK, *Conclusioni. The problem of precontractual liability*, cit., p. 457 e ss.

<sup>422</sup>Con riferimento alla dottrina anglosassone cfr. le osservazioni di P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 118 e ss.

<sup>423</sup>Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 186 e ss.

<sup>424</sup>Nel caso di configurazione dell'istituto nei termini di responsabilità contrattuale, il riferimento sarebbe al termine ordinario decennale; nel caso di accostamento alla responsabilità extra contrattuale, il riferimento

già accennato, da un punto di vista squisitamente processuale, un concreto condizionamento si paleserebbe rispetto alla possibilità della c.d. *mutatio labelli* e di domanda nuova in appello.

In una prospettiva, anch'esso meramente disciplinare, si collocherebbe l'orientamento della giurisprudenza comunitaria. La Corte di Giustizia Europea<sup>425</sup> ha di fatti sostenuto che "l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3 della Convenzione di Bruxelles"<sup>426</sup>.

Al quadro sin qui rapidamente affrescato mancherebbero delle fondamentali sfumature, se non facessimo riferimento ad alcune pronuncie della prima sezione della Cassazione<sup>427</sup> che sovvertono questo *status*, affermando la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale e scardinando così la monoliticità del formante .

Gli argomenti proposti possono essere riassunti nella constatazione per cui dal "fatto" delle trattative, come dalla conclusione di un contratto invalido (art. 1338 c.c.), deriva l'obbligo di comportarsi secondo buona fede; dall'indampimento di questo dovere deriva una forma

---

dovrebbe intendersi fatto al termine breve quinquennale.

<sup>425</sup>A riguardo la letteratura giuridica ha sostenuto l'importanza di determinare la natura giuridica della responsabilità precontrattuale con particolare riguardo alle c.d. *cross-border disputes*: cfr. nel contesto della letteratura interna, C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta ... cit.*, p. 42 e ss.; si è anche posto in risalto come "the European Court of Justice has held that the purposes of the Brussels Convention [...] a claim for damages for breach of the precontractual duty to negotiate in good faith is a claim in tort within article 5(3) rather than a claim in contract within article 5(1)". E con riferimento, invece, esplicito alle fonti disciplinari è stato posto in evidenza che "the Rome I and II Regulations make clear that, for the purposes of choice of law, obligations arising out of precontractual negotiations are covered by the Rome II Regulation (non contractual obligations), rather than the Rome I Regulation (contractual obligations)": cfr. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, op. cit., p. 460 e ss.

<sup>426</sup>Corte di Giustizia CE, 17.9.02, n. 334, RCP, 2004, p. 399; cfr., in argomento, M. J. BONELL, *Pre-Contractual Liability, the Brussels Jurisdiction Convention and the Unidroit Principles*, in *Mélanges offerts à M. Fontaine*, Larcier, Bruxelles, 2003, p. 359; di recente è stato sottolineato il carattere non dirimente della pronuncia al fine della questione sostanziale; si è infatti osservato che ai fini di quest'ultimo aspetto la sentenza "non sarebbe per noi decisiva in quanto è estranea alla decisione in questione il problema delle fonti delle obbligazioni"; così letteralmente C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 125 e ss.

<sup>427</sup>Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Contratti*, 2012, p. 235, annotata da DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*; Cass.21 novembre 2011, n. 24438, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 673, con nota di PONTE, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*

di responsabilità (chiaramente contrattuale).

La dottrina ha opportunamente sottolineato che, malgrado non ricorra, in queste ipotesi, una violazione contrattuale, non sussistendo alcuna “espressione contrattuale”, non può tuttavia procedersi alla qualificazione del tipo di responsabilità ai sensi dell’art. 2043 c.c. che necessita di un “fatto” affinché si integri l’illecito extracontrattuale.

Nelle ipotesi oggetto dell’attenzione dei giudici il risarcimento del danno deriva dall’inadempimento del dovere di buona fede che, questo sì, discende dal “fatto”: trattativa o stipulazione di un contratto invalido<sup>428</sup>.

Il fenomeno della dissociazione fra obbligazione e contratto<sup>429</sup>, sul quale non possiamo indugiare ulteriormente in questa sede, assieme alle ragioni storiche legate alla ricostruzione offerta da Jhering dell’istituto e al processo di tipizzazione dei doveri precontrattuali, rappresentano ulteriori indici che conferiscono maggiore solidità all’orientamento richiamato.

Infine pregio avrebbe l’argomento della disparità di trattamento legata alla configurazione della responsabilità in parola nei termini della extracontrattualità rispetto al trattamento riservato al medico ospedaliero che sarebbe soggetto a forme di responsabilità contrattuale.

Di queste conclusioni a-sistematiche o fuori sistema pare rendersi conto la Suprema Corte<sup>430</sup> che in una pronuncia di particolare pregio, sebbene non molto recente, ha qualificato il rapporto tra amministratore di fatto e società di capitali come rapporto contrattuale di fatto<sup>431</sup> riconducendo, seppure in *obiter*, la responsabilità precontrattuale nell’alveo della responsabilità da contatto sociale<sup>432</sup>.

---

<sup>428</sup>M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... “contrattuale”*, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 290

<sup>429</sup>Basti sul punto il riferimento alla riflessione per cui la “responsabilità c.d. contrattuale è tale, qualunque sia il profilo per il quale il rapporto obbligatorio risulta violato, si tratti cioè dell’obbligo di prestazione o di un obbligo accessorio, e qualunque sia la fonte del rapporto, il contratto o la legge”: sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *op.cit.*, p. 2 e ss.

<sup>430</sup>Cfr. Cass. 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. Giur.*, 1999, p.1396, con nota di Perrone, *Un revirement della Cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto*.

<sup>431</sup>Sul punto le considerazioni di N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, II, 2000, p. 167 e ss.

<sup>432</sup>In argomento G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, *cit.*, p. 974 e ss.

Da queste premesse si è ricavata l'implicita qualificazione della responsabilità per *culpa in contrahendo* quale responsabilità avente carattere contrattuale.

## **Cap. V: Ulteriori ipotesi di responsabilità precontrattuali nella prospettiva dell'ampliamento dell'area di incidenza dell'istituto**

Sommario: 1. Responsabilità precontrattuale e principio di conformità. 2. L'ambito soggettivo: responsabilità precontrattuale e pubblica amministrazione. 3. Illustrazione del metodo adottato nell'analisi.

## 1. *Responsabilità precontrattuale e principio di conformità.*

La vocazione polifunzionale<sup>433</sup> della responsabilità precontrattuale si apprezza, oltre che per tramite dei diversi riferimenti fatti al tendenziale allargamento dell'area di incidenza dell'istituto, in virtù della relazione che può prospettarsi fra l'istituto medesimo e il *principio di conformità*<sup>434</sup> - che domina la fase di formazione del contratto<sup>435</sup>.

La rigidità con cui si guarda a questo principio (anche detto della *mirror image rule*) può incentivare, infatti, contegni scorretti a opera di una delle parti che potrebbe impiegare, proprio quella rigidità, al fine di affermare la mancata conclusione del contratto, sottraendosi così agli obblighi che dal medesimo contratto nascerebbero.

Schematizzando: l'accettazione della proposta con modifiche secondarie che induca il proponente a evitare un confronto volto all'appianamento delle divergenze, importa l'individuazione di una concreta responsabilità precontrattuale che si realizza o mediante un'ipotesi di ingiustificato recesso dalle trattative, ovvero tramite l'assenza di una seria volontà di contrarre<sup>436</sup>.

Allo stesso modo un'ipotesi di responsabilità precontrattuale è rappresentata dal caso in cui il proponente non sollevi alcuna obiezione circa le discrepanze fra proposta e accettazione, salvo poi a distanza di tempo invocare la mancata conclusione del contratto.

In applicazione del principio della buona fede di cui all'art. 1337 c.c. deve ritenersi sussistente, come oramai sufficientemente chiarito, in capo all'offerente un dovere di informazione circa la sua posizione nell'ambito della trattativa contrattuale: dovere di informazione generico che si specifica, per come detto, in ragione delle circostanze concrete e che pertanto nell'ipotesi in esame comprende la posizione reale e le intenzioni reali del proponente rispetto alle variazioni non sostanziali e quindi anche rispetto alla sorte

---

<sup>433</sup>La letteratura ha anche parlato di "categoria aperta", nel cui ambito trovano tutela tutti i comportamenti sleali posti in essere dalle parti del futuro contratto": così G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e di condotta*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 958 e ss.

<sup>434</sup>Sul principio, per tutti, F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e Commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 769 e ss.

<sup>435</sup>In argomento, di recente, P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, 2012, p. 123 e ss.

<sup>436</sup>In argomento cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 773 e ss.

del contratto. In altri termini, oggetto del dovere di informazione dovrà essere il se le modifiche apportate dall'oblato impediscano concretamente la conclusione del contratto o anche la prosecuzione della trattativa.

L'adempimento degli obblighi di informazione è funzionalmente rivolto a evitare che controparte faccia affidamento sull'inizio dell'esecuzione del contratto ad opera del contraente che ha scorrettamente agito durante la fase delle trattative<sup>437</sup>.

Una conferma di questa impostazione si avrebbe anche sulla base di recenti studi in tema di analisi economica del diritto dai quali emergerebbe la conclusione per cui il rischio del *c.d. investimento precontrattuale performativo*<sup>438</sup> deve essere addossato alla parte che abbia creato un'apparenza di certezza e definitività del consenso contrattuale<sup>439</sup>.

Occorrono a questo punto alcune precisazioni: l'assenza di indici normativi che vadano in una diversa direzione ermeneutica rispetto a quella che esplicheremo, implica l'impossibilità di un'interpretazione più flessibile del principio di conformità tale da consentire all'oblato, nelle ipotesi oggetto di queste notazioni, di far accertare l'avvenuta conclusione del contratto, con conseguente richiesta di adempimento o alternativamente di risoluzione per inadempimento, oltre che di risarcimento del danno commisurato al c.d. interesse positivo.

Il criterio di buona fede, nell'esigenza di tutelare l'affidamento della parte che si è comportata correttamente non potrebbe spingersi a un punto tale da stravolgere la regola dell'art. 1326 del codice civile ultimo comma in tema di conclusione del contratto<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup>In questo senso cfr. le osservazioni di P. DUVIA, op. cit., p. 125.

<sup>438</sup>Che come vedremo si caratterizzerebbe per la sua relazione con il c.d. interesse positivo; a differenza per tanto dell'investimento informativo contraddistinto dal suo rapporto biunivoco con il c.d. interesse negativo che nelle ricostruzioni tradizionali caratterizzerebbe il limite entro cui risarcire il c.d. danno precontrattuale

<sup>439</sup>In questo senso A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica – Profili comparatistici*, Torino, 2009, p. 392 e ss.

<sup>440</sup>La disposizione recita: “un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta”; in tema, per una essenziale indicazione bibliografica, A. BELELLI, *Il principio di conformità fra proposta e accettazione*, Padova, 1992, *passim*; M. COSTANZA, *La dichiarazione di accettazione fra regole di forma e principio di conformità*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1068; H. SONNENBERG, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, Padova, 1995, *passim*; N. DI PRISCO, *Il principio di conformità fra proposta e accettazione nella costruzione del diritto contrattuale europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, II, p. 483; D. VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror image rule*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 392.

Ne inferisce che, da un punto di vista squisitamente rimediabile, le ipotesi che sono state affrontate in questa sede non dovrebbero ricevere un trattamento giuridico che impieghi modelli volti a ritenere o ancora meglio a far accertare la conclusione del contratto; l'unico rimedio che può definirsi non distonico rispetto al quadro sistematico e al principio di conformità, per come modellato ad opera del legislatore, sarà quello di considerare operante il modello della responsabilità precontrattuale e i profili risarcitori dal medesimo modello espressi<sup>441</sup> che potrebbero spingersi sino alle soglie del c.d. interesse positivo.

A ben guardare il carattere polifunzionale della responsabilità precontrattuale, confortato dalle più recenti impostazioni giurisprudenziali e dottrinarie, potrebbe favorire anche soluzioni differenti, sulle quali occorrerebbe quanto meno riflettere con maggiore attenzione.

La clausola di buona fede nelle trattative potrebbe fungere da criterio utile al fine di valutare l'intervenuta conclusione del contratto; l'applicazione del principio varrebbe quale modello di bilanciamento idoneo ad arginare le rigidità della *mirror image rule*.

Così, nel caso in cui si appuri che l'attività del proponente celi esclusivamente l'assenza di una reale intenzione di concludere il contratto nonostante l'intervenuto affidamento sull'avvenuta conclusione del contratto medesimo da parte dell'accettante sarà possibile tutelare l'interesse positivo del contraente danneggiato, attraverso la considerazione nei termini della vincolatività dell'accordo contrattuale.

Analogha soluzione, anche se in un ambito differente, è accolta dal *DCFR*, ove proprio l'esigenza di tutela dell'affidamento condurrebbe a ritenere il professionista vincolato alle obbligazioni che il consumatore si sarebbe aspettato sulla base dei contegni del primo (cfr. II.-3:109,2).

Analoghe soluzioni sono prospettate anche nei sistemi di *common law* dove l'affidamento in taluni casi e in determinate circostanze, può intervenire, come vedremo, sul carattere vincolante della promessa.

---

<sup>441</sup>Così anche P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, cit., p. 129.



## 2. *L'ambito soggettivo: responsabilità precontrattuale e pubblica amministrazione.*

Il progressivo ampliamento della figura della responsabilità precontrattuale<sup>442</sup> e della sua sfera di applicazione si apprezza anche rispetto al suo ambito soggettivo.

Gli anni '50<sup>443</sup> rappresentano, da questo punto di vista, uno snodo fondamentale in ragione della maturata sedimentazione di un nuovo modello teorico che mette in forte crisi la visione classica che escludeva l'applicabilità della responsabilità precontrattuale nei confronti della pubblica amministrazione in ragione della sua "sua pretesa sovranità".

A partire dagli anni '70 la giurisprudenza inizia a superare gli ostacoli concettuali che avevano impedito l'ammissibilità di una responsabilità precontrattuale della p.a., limitando tuttavia le ipotesi di *culpa in contrahendo* ai casi in cui l'amministrazione impiegasse quale modalità di selezione del contraente la trattativa privata.

La riconducibilità in capo al partecipante alla gara di un mero interesse legittimo<sup>444</sup>, impediva di ravvisare concrete ipotesi di *culpa in contrahendo* nelle ipotesi di fase precontrattuale procedimentalizzata, integrata dalla procedura di evidenza pubblica.

I principi introdotti dalla Legge 7 agosto 1990 n. 241 contribuiscono alla consolidazione dell'atteggiamento incline a riconoscere una responsabilità degli organi amministrativi per contegni scorretti perpetuati durante la fase delle trattative, senza la possibilità che la pubblica amministrazione si trincerasse dietro la "pretesa sovranità"<sup>445</sup>.

Lo storico *revirement* operato dalle Sezioni Unite del 1999<sup>446</sup>, che autorizza la risarcibilità dell'interesse legittimo, ha consentito la progressiva trasposizione dei principi in materia

---

<sup>442</sup>In argomento per alcuni riferimenti cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 702 e ss.; nella dottrina amministrativistica cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, p.271 e ss.

<sup>443</sup>Il mutamento di impostazione è dovuto ad alcune importanti opere della dottrina amministrativistica e civilistica: cfr. sul punto, per alcuni riferimenti essenziali, M. S. GIANNINI, *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione*, Studi Jemolo, III, Milano, 1963, p. 263 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo della pubblica amministrazione e terzi*, FI, 1962, I, 1165 e ss.; F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, FP, 1962, I, p. 1357 e ss.

<sup>444</sup>Sul rilievo della situazione giuridica soggettiva nel contesto del diritto privato cfr. il lavoro di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1964, *passim*

<sup>445</sup>Così C. AMATO, op. cit., p. 127.

<sup>446</sup>Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno e Resp.*, 1999, 10, p.965, con nota di Carbone.

civilistica, con conseguente applicabilità della figura della responsabilità precontrattuale alle ipotesi in cui la pubblica amministrazione, successivamente all'aggiudicazione, intervenga con provvedimenti in grado di vanificare i risultati delle procedure selettive.

Questa conclusione appare conforme a un sistema nel quale il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) sottopone anche i soggetti pubblici alle norme che ogni membro della comunità è tenuto a rispettare<sup>447</sup>.

La differente natura delle regole violate provoca diverse conseguenze in termini sanzionatori: così, mentre la violazione di disposizioni dettate nell'interesse pubblico conduce essenzialmente all'annullamento dell'atto<sup>448</sup>; la violazione di norme di diritto comune, fra le quali rientra certamente la buona fede precontrattuale, comporta, a livello di regime rimediabile, il risarcimento del danno<sup>449</sup>.

Il fatto che la correttezza richiesta alla p.a. sia più ricca di contenuti e sfaccettature, poiché in grado di perseguire in qualunque situazione "interessi pubblici di economicità ed efficienza", non autorizza la costruzione di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale "atipica", o non completamente assimilabile a quella di diritto comune<sup>450</sup>.

La buona fede, quale clausola generale, può racchiudere istanze differenti che non siano relegabili ai meri interessi privatistici, ma abbiamo attinenza anche con i c.d. "valori sociali".

La natura della clausola quale fonte di regole di comportamento che trova la sua radice nei principi costituzionali rappresenta conferma sufficiente di questo tipo di lettura.

Sulla base delle considerazioni sin qui fatte e dell'attitudine abrogatrice che l'impostazione che individua nell'aggiudicazione lo spartiacque ai fini dell'attribuzione di rilevanza degli illeciti precontrattuali della P.A., anche quest'ultimo atteggiamento è stato sottoposto a serrata critica<sup>451</sup>.

---

<sup>447</sup>L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, 1\*\*, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1997, p. 598.

<sup>448</sup>Ovvero alla revoca dell'attività autoritativa conformemente alle regole di diritto pubblico.

<sup>449</sup>Così in giurisprudenza Cons Stato, 16 gennaio 2005, n. 86, in *Foro amm.*, 2006, p. 1981 e ss.

<sup>450</sup>Cfr. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 128 e ss.

<sup>451</sup>Il superamento del limite temporale dell'aggiudicazione è recentemente affermato da Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n.3831, in *I Contratti*, 2014, p. 146, con nota critica di PASSARELLA; in dottrina F. ANELLI, *Il fondamento ed i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Riv. Trim. App.*, 1991,

Il *revirement* giurisprudenziale al quale abbiamo accennato assieme alle novità inserite nel nuovo Codice del processo amministrativo hanno contribuito a una riscrittura dei rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione ed alla trasformazione del giudizio amministrativo, da mero giudizio di legittimità sull'atto, a giudizio sul rapporto, caratterizzato da una parità sostanziale fra privato e autorità.

La lettura quindi che supera la netta distinzione in fasi sulla base della tradizionale concezione binaria dell'evidenza pubblica si lascia prediligere anche in questo caso alla luce dei principi costituzionali chiamati a fondamento delle regole della responsabilità precontrattuale<sup>452</sup>.

In conformità ad una valutazione assiologica dell'istituto è possibile osservare come la condotta della P.A. parrebbe valutarsi unitariamente, a prescindere dal momento dell'aggiudicazione e, quindi in conformità ai criteri "consueti" di apprezzamento dei contegni di ciascuna parte che intraprenda una trattativa<sup>453</sup>.

### *3. Alcune brevi osservazioni nella prospettiva metodologica.*

La trattazione istituzionale dei profili della responsabilità precontrattuale nel contesto dell'ordinamento interno ha colto, almeno nelle intenzioni, lo scopo di evidenziare i principali profili di criticità e le principali tematiche ancora rimaste prive di risposte univoche.

In questo scenario l'analisi delle soluzioni proposte nei modelli di riferimento e nei sistemi di *common law* ai quali ci accosteremo si pone, parrebbe, in una specifica direzione.

Essa potrebbe considerarsi funzionale alla conferma, ove possibile, delle soluzioni offerte dal diritto interno per il tramite del *formante giurisprudenziale o dottrinario*.

Alcune moderne letture interpretative<sup>454</sup> affermano, infatti, che i modelli di comparazione

---

p. 171; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, *passim*.

<sup>452</sup>Parte della dottrina ha osservato che sulla base del principio di tutela dell'affidamento sulla correttezza del comportamento dell'amministrazione non possono essere tollerate "limitazioni precostituite riguardanti il momento in cui può dirsi sussistente la fase precontrattuale e la qualità di contraente può dirsi acquisita (la fase appunto di aggiudicazione)": così C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 130.

<sup>453</sup>A. PASSARELLA, *Commento a Cass. 10.1.2013, n. 477*, in *I contratti*, 2013, p. 441.

<sup>454</sup>Cfr. G. B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Rivista delle Società*,

possano essere impiegati anche rispetto a sistemi, quali quelli di *common law*, che risultano, almeno apparentemente, molto distanti dal modello continentale e quindi da quello interno.

Tra i fattori di avvicinamento si colloca, infatti, oltre che le c.d. condizioni naturali, anche e soprattutto la circolazione di modelli e tecniche giuridiche<sup>455</sup>.

Questi elementi tendono a valorizzare una comune cultura giuridica in grado di favorire un processo decostruttivo delle concrete e differenti scelte effettuate a livello politico, favorendo un confronto anche ai fini dell' avvicinamento ad una lettura unitaria, il più possibile uniforme.

Al contempo occorre sottolineare come si sia oramai affermata la tendenza per cui il processo alla base della comparazione possa e debba rivolgersi anche nei confronti dei c.d. prodotti dell'armonizzazione giuridica.

Si è segnalata l'esigenza che si affianchi “*alla tradizionale componente orizzontale, cioè quella rivolta allo studio e confronto parallelo di più sistemi nazionali, anche una componente verticale, che si occupi di raccordare in maniera sistematica e sinergica i livelli nazionali, transnazionali ed internazionali*”<sup>456</sup>.

Sotto la lente del metodo di osservazione “sincronico”, l'esistenza di tre approcci canonici, rappresentati, oltre che dai tradizionali blocchi *common law/civil law*, da un altro “mondo”, quello c.d. comunitario - che si è imposto all'attenzione dei giuristi da oramai oltre mezzo secolo<sup>457</sup> - risulta con estremo nitore.

Una conferma empirica a questa lettura deriva proprio dal processo di recepimento sotteso alla proposta di regolamento *Common European Sales Law*, sulla quale ci soffermeremo nel corso della trattazione.

L'introduzione del nuovo sistema di regole all'interno dei singoli modelli normativi statali, crediamo, avrà un forte impatto sulla lettura degli istituti interni, oltre a rappresentare

---

2013, p. 326 e ss.

<sup>455</sup>Cfr. per tutti, V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2010, p. 33 e ss.

<sup>456</sup>Letteralmente su questi aspetti, L. ANTONIOLLI, *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, in V. BARSOTTI (a cura di), S'Antarcangelo di Romagna, 2014, p. 13 e ss.

<sup>457</sup>Cfr. G. ALPA, *Il contratto. Parte generale*, cit., p. 28 e ss.

concreto schema disciplinare per il caso di manifestazione espressa di volontà da parte dei contraenti (*opt in*).

Possiamo pertanto riconoscere allo strumento una duplice natura: da un lato quella di effettivo modello regolamentare sul presupposto di fatto dell'adozione convenzionale della disciplina (*opt in*); dall'altro lato il ruolo di sistema di regole da confrontarsi col modello interno e quindi di possibile oggetto di comparazione appare indiscutibile.

## **PARTE II: Modelli di regolazione della responsabilità precontrattuale.**

## **Cap I: Spunti di riflessione dai sistemi di *common law*.**

Sommario: 1. Riflessioni introduttive: il modello inglese. 2. Il diritto statunitense e la responsabilità precontrattuale. 3. I caratteri degli affidamenti precontrattuali. 4. Primi risultati dall'analisi comparatistica.

### 1. *Riflessioni introduttive: il modello inglese.*

L'analisi dei modelli di regole diversi da quello interno, con riferimento al tema della responsabilità precontrattuale<sup>458</sup> impone di prendere le mosse da una constatazione di carattere generale: l'assenza, nei sistemi di *common law*, di una disposizione con portata ampia che regolamenti in modo sistematico e unitario i contegni precontrattuali<sup>459</sup>.

I modelli richiamati appaiono sforniti di regole plasmate sullo schema dell'art. 1337<sup>460</sup>, in grado di attribuire rilevanza giuridica a un intero momento all'interno della contrattazione, da valutarsi per la sua autonomia sia in senso logico, che diacronico.

La tradizione di *common law* e le corti che esprimono la tendenza culturale di questi sistemi persistono, tanto nella non recezione della teoria della *culpa in contrahendo*<sup>461</sup>, quanto del principio di buona fede<sup>462</sup> contrattuale<sup>463</sup>.

---

<sup>458</sup>In argomento cfr. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK (eds), *Precontractual liability in European Private Law*, Cambridge, 2008, *passim*

<sup>459</sup>Sul *range* delle possibili trattazioni della responsabilità precontrattuale da parte dei diversi modelli normativi, da una prospettiva di analisi economica del diritto, E. MELATO, F. PARISI, *A law economics perspective on precontractual liability*, in *Precontractual liability in European Private Law*, cit., p. 431 e ss.

<sup>460</sup>Sul ruolo della buona fede precontrattuale, nel contesto comparatistico si rinvia a, S. ZIMMERMAN, R. WITHAKER (eds), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, *passim*

<sup>461</sup>Di recente, la necessità di circoscrivere le fattispecie di responsabilità precontrattuale è stata sottolineata anche dalla letteratura giuridica interna. Con riferimento alla casistica che affermerebbe il principio di compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido ma sconveniente si è affermato che è proprio il “timore di una simile incontrollata espansione del controllo sulla fase precontrattuale [...] a spiegare la ragione per cui la maggior parte degli ordinamenti non contiene la previsione di un obbligo generale di buona fede quale regola di governo delle trattative, e la ragione altresì per la quale – anche in ordinamenti che, come il nostro, da tempo contengono una siffatta regola generale – si sia comunque avvertita l'esigenza di circoscrivere la responsabilità precontrattuale (a parte la fattispecie del recesso dalle trattative, e quella dell'omessa informazione delle circostanze di cui all'art. 1338 c.c.) alle ipotesi in cui il comportamento abbia superato quella soglia di illiceità che è segnata dai vizi del consenso (e, dunque, ci si trovi in presenza di un contratto annullabile)”; in questi termini G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido?*, cit. p. 222 e ss.

<sup>462</sup>Per un'analisi degli estremi opposti entro i quali si potrebbero contenere gli atteggiamenti dei diversi orientamenti giuridici rispetto al rilievo da assegnare alla fase della negoziazione, cfr. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Conclusions, The problem of contractual liability*, in J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK (eds), op. cit. p. 451 e ss.

<sup>463</sup>Così R. GOODE, *The concept of good faith in English Law*, in *Saggi, Conferenze e seminari del Centro Studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, diretto da M. J. BONELL, 1992, n. 2 reperibile sul sito <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/centri.htm>; sul punto anche L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*.



Rispetto alla nozione di buona fede “oggettiva” l’atteggiamento di scetticismo<sup>464</sup> che connota questa “classe” di ordinamenti<sup>465</sup> si giustifica alla luce della difficoltà di concepire la clausola nei termini di strumento di controllo del contegno delle parti<sup>466</sup>.

Le radici di questo approccio risiedono nelle diversità sostanziali dei modelli culturali “diritto continentale” - “sistema di *common law*”; mentre il primo ha sempre creduto nelle *clausole generali*<sup>467</sup>, impiegandole ai fini della risoluzione di casi concreti; il secondo ha costantemente palesato un atteggiamento vocato allo scetticismo nei confronti di quegli stessi strumenti di normazione<sup>468</sup>.

Si è infatti criticato il modello culturale incline a questo impiego sulla base e della vaghezza del concetto di buona fede, come più in generale di clausola generale - e dei risultati della loro applicazione.

L’imprevedibilità dell’esito delle pronunce giurisprudenziali<sup>469</sup> rappresenta ulteriore

---

*Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit., p. 38 e ss.

<sup>464</sup> Secondo alcune letture, il riferimento a dottrine e istituti nominalisticamente differenti è servito, in questi ordinamenti, a surrogare il ruolo che nei sistemi di *civil law* assolve la c.d. buona fede oggettiva intesa come modello di integrazione del contratto: il riferimento è, ad esempio, ai concetti di *express* e *implied terms* (cfr. in dottrina S. WHITTAKER, R. ZIMMERMANN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, op. cit., Cambridge, 2000, p. 45 e 46); anche i concetti di *fairness* e *reasonableness* sono stati impiegati al fine di sostituire il modello di buona fede proprio dei sistemi di *civil law*. Per un quadro di sintesi su questi strumenti, le osservazioni di A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1998, XVIII, p. 391 e ss.

<sup>465</sup> È stato di recente affermato “the current English position is thus characterized by its refusal to accept an overriding principle of good faith in contracting”: così P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 83 e ss.; M. BRIDGE, *Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?*, 9, *Canadian Business Law Journal* 1984, p. 385. L’A. argomenta con vigore l’esclusione del concetto di buona fede dalla tradizione culturale giuridica dei sistemi di *common law*.

<sup>466</sup> Con riferimento alla dottrina italiana, le interessanti riflessioni di A. DE VITA, *Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, p. 251 e ss.

<sup>467</sup> Sulla polisemia del sintagma e sulle sue difficoltà definitorie, nell’ambito della dottrina italiana, di recente. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano, 2010, p. 2 e ss.

<sup>468</sup> Non tragga in inganno l’opera di un giurista inglese che però volge la sua attenzione al diritto tedesco che dimostra una maggiore familiarità con il concetto di clausola generale: cfr. J. P. DAWSON, *The general clauses, viewed from a distance*, *Rabels Zeitschrift*, 1977, p. 441 e ss.; per la ricognizione del reale ruolo di questi strumenti all’interno del sistema di *common law*, cfr. F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A new Introduction to legal Reasoning*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009, cap. VIII.

<sup>469</sup> L’impostazione culturale dei giudici inglesi è stata di recente richiamata da Cartwright che ha sottolineato come “they generally prefer to work from to case to case, rather than through the derivation of broad general principles”: J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to English Law of contract for the civil*

elemento di forte criticità in grado di ostacolare le transazioni commerciali e di conferire alla radice socio-economica di queste impostazioni critiche un ruolo dirimente<sup>470</sup>.

I modelli ai quali ci stiamo riferendo prescinderebbero, quindi, dall'impostazione in forza della quale il fallimento della trattativa concomitante al c.d. "affidamento precontrattuale"<sup>471</sup> porrebbe a un dato ordinamento, quale tema centrale e urgente, la questione della tutela dell'esigenza della parte a evitare perdite non giustificate per il solo fatto di aver intrapreso una determinata trattativa.

L'atteggiamento delle corti inglesi<sup>472</sup>, in particolare, appare, infatti, ancora oggi sfavorevole al riconoscimento di una teoria sistematica oltre che della buona fede<sup>473</sup> - quale modello di comportamento al quale le parti dovrebbero uniformarsi e tendere durante la fase delle trattative - dei c.d. affidamenti precontrattuali<sup>474</sup>.

Il riferimento è, ovviamente, alla buona fede oggettiva intesa nell'accezione ampia di regola di comportamento e alla quale abbiamo fatto riferimento nella prima parte di questo

---

lawyer, Oxford, 2013, p. 72-73.

<sup>470</sup>G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 915 e ss.

<sup>471</sup>In una prospettiva storica si è di recente affermato che "aboliti nel Regno Unito i *writs* dai *Judicature Acts* del 1873, le fonti dell'obbligazione si irrigidirono su una logica binaria: l'obbligazione deriva o dalla volontà delle parti (contratto) o dalla legge (*tort*, nelle tipizzazioni consegnate dalle vecchie *forms of actions*); le azioni medievali legate all'arricchimento ingiusto (in particolare *action money had and received*) finirono negli *implied contracts* (in the *interest of justice*); mentre la tutela dell'affidamento venne relegata nei limiti (anche processuali) dell'*equitable estoppel*": così C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit. p. 11. Nel contesto della dottrina inglese, P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, p. 460

<sup>472</sup>Per la casistica *Walford v. Miles*, [1992] 1 All ER 453; *Cobbe v. Yeoman's Row Management, Ltd.* [2008] 1 WLR 1752.

<sup>473</sup>Anche l'osservatore interno ha rilevato che "la dottrina inglese [...] non riconosce nessuna efficacia vincolante alle promesse precontrattuali non sostenute da *consideration* a meno che non siano *part executed*: solo in questo caso si ammette la configurabilità di un *agreement to negotiate*, dal quale deriva un vero e proprio obbligo contrattuale *to negotiate with care*": cfr. sul punto C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, cit., p. 393 e ss.

<sup>474</sup>Cfr. N. COHEN, *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in J. BREATSON e D. FRIEDMANN (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, p. 25 e ss.; per un riferimento alla c.d. *positive view* quale concezione che afferma l'accettazione del principio di buona fede anche in questo contesto, R. BROWNSWORD, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law*, in R. BROWNSWORD, N. J. HIRD, G. HOWELLS (eds), *Good Faith in Contracts – Concept and Context*, Ashgate – Dartmouth, 1999, p. 13 e ss.; per un'analisi comparatistica della responsabilità precontrattuale nel sistema inglese e in quello francese le riflessioni di P. GILIKER, *Precontractual liability In English and French Law*, Kluwer, The Hague, 2002, *passim*.

lavoro.

I due sistemi – quello inglese e quello interno – tendono, invece, ad adottare regole comuni che tutelano oltre il possessore di buona fede anche l'acquirente di buona fede<sup>475</sup>.

Lo scetticismo evocato nei confronti della buona fede oggettiva perdura nonostante le sollecitazioni provenienti dalle fonti comunitarie.

Si afferma in modo perentorio che “*the duty of good faith is not expressly laid out in English Law*”<sup>476</sup>. Questa conclusione persiste all'impatto della direttiva 93/13/ EEC che ha aperto un ampio dibattito sul reale recepimento nel modello inglese della clausola di buona fede<sup>477</sup>.

Ad aspra critica è stata, infatti, sottoposta la lettura che impiega il riferimento fatto nel documento di armonizzazione alla buona fede al fine di sostenere la riconoscibilità del principio anche nel sistema inglese<sup>478</sup>.

L'atteggiamento critico si è sviluppato, oltre che sulla base della constatazione del restringimento dell'impiego della clausola ai contratti fra professionisti e consumatori; in ragione del carattere non vincolante che avrebbe il considerando della direttiva richiamata<sup>479</sup>.

L'astratta compatibilità fra principio di buona fede e sistema inglese è stata di recente negata in virtù del ruolo che ciascuna parte assumerebbe nei confronti dell'altra durante la contrattazione.

Questo ruolo sarebbe caratterizzato in negativo dall'assenza di ogni principio solidaristico

---

<sup>475</sup>Cfr. sul punto A DE VITA, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 252 e ss.

<sup>476</sup>T. HASSAN, *The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts*, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, vol. 5, p. 1 e ss.

<sup>477</sup>Ciò al di là dei dibattiti che la traduzione del sintagma ha animato nei diversi ordinamenti. Sulle problematiche che si celano dietro al concetto di traduzione, R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, Aggiornamento, 2000, Torino, p. 922 e ss.

<sup>478</sup>A partire dalla metà del secolo scorso, sono proprio i profondi mutamenti socio-economici assieme alla contrattazione di massa e all'emersione delle esigenze crescenti di tutelare il contraente debole a individuare il diritto dei consumatori come area di elezione per un atteggiamento più morbido nei confronti della buona fede e del suo rinnovato ruolo nel contesto dell'ordinamento inglese: in argomento A. DE VITA, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, cit., p. 265.

<sup>479</sup>Per un quadro di sintesi sulla polemica richiamata nel testo cfr. le considerazioni di L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit., p. 50 e ss.

alla base di veri e propri doveri di cooperazione<sup>480</sup>.

Si è infatti di recente affermato che “*the English law treats the parties to any contract negotiation as being in an adversial position*<sup>481</sup>; consequently, a principle such as ‘good faith’, which might entail at least a basic level of cooperation, cannot be accepted”<sup>482</sup>.

La letteratura giuridica interna ha osservato che “*negli ordinamenti anglo-americani la fase pre-negoziale resta in linea di principio confinata nel non giuridico, in omaggio al dogma dell’autonomia negoziale (freedom from contract, freedom of negotiations)*”<sup>483</sup>.

Questo dato, per alcuni versi immodificabile, ha condotto a ritenere che la riconsiderazione del quadro normativo vigente, nel sistema inglese, potrebbe avvenire, non a mezzo di un cambio di rotta da parte delle corti – e quindi attraverso l’adozione di strumenti essenzialmente ermeneutici - ma in virtù di un deciso intervento del legislatore<sup>484</sup>.

Ragioni tecniche oltre che ideologiche inducono a configurare la clausola di buona fede elemento di difficile applicazione all’interno del modello di *common law*.

Il disgregarsi della contrattualità in particolari categorie di contratti implica l’impossibilità di considerare la buona fede quale clausola generalmente applicabile e impone, al contempo, la necessità di modularne l’eventuale impiego sulla base della specificità della fattispecie negoziale<sup>485</sup>.

La tematica della precontrattualità si ridurrebbe, nei sistemi di *common law*, all’accertamento dell’avvenuta o meno conclusione del contratto<sup>486</sup>.

---

<sup>480</sup>Diversamente dal modello italiano dove, come abbiamo avuto modo di appurare, in questi termini è scolpito il fondamento della regola di buona fede nella fase delle trattative.

<sup>481</sup>La profonda compenetrazione fra logica contrattuale e c.d. “*visione adversial*” è considerata frutto di “un’etica protestante di severa auto-responsabilizzazione, senza scappatoie, di ciascuna parte”: cfr. A. DE VITA, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, cit., p. 251-252.

<sup>482</sup>Così K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-Contractual Duties*, op. cit., 2013, p. 223.

<sup>483</sup>Cfr. sul punto C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 138; ove è inoltre specificata la resistenza del dogma sulla base della persistenza “della teoria del contratto e della teoria della *consideration*”.

<sup>484</sup>In argomento J. CARTWRIGHT, *The English Law of Contract: Time for Review?*, in *Eur. Rev.Priv. Law.*, 2009, p. 157 e ss.

<sup>485</sup>A. DE VITA, op. cit., p. 267. L’Autrice evidenzia che “ciò che irrita è l’uso indiscriminato di un concetto intrinsecamente vago, la concreta miopia sulla varietà dei tipi contrattuali, e quindi il forzato adattamento di uno schema non sempre idoneo per tutti i tagli e tutte le misure”.

<sup>486</sup>Si è parlato a riguardo di *all or nothing approach*. Sul punto cfr. E.A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in *87 Col. Law Rev.* 217, 1987.

Così per il caso di lamentato fallimento della trattativa, qualora possa ritenersi concluso il contratto potrà riconoscersi un risarcimento del danno da commisurarsi sulla base del risultato finale atteso e quindi del c.d. interesse positivo, utilizzando un sintagma familiare al lessico giuridico interno.

Per l'ipotesi in cui il contratto non debba ritenersi concluso<sup>487</sup>, non vi sarebbe spazio per alcun tipo di risarcimento del danno a tutela degli interessi che dominano la c.d. fase precontrattuale<sup>488</sup>.

Vi sarebbe, in altri termini, l'attribuzione di rilevanza giuridica esclusivamente a interessi che di fatto coincidono con la conclusione del contratto<sup>489</sup> (c.d. *expectation interest*)<sup>490</sup> sulla premessa del riconoscimento di un concreto valore vincolante al consenso qualificato dalla c.d. *consideration*.

Questo elemento<sup>491</sup> soltanto sarebbe in grado di produrre effetti obbligatori che non sarebbero riconducibili, per altra via, a presupposti differenti quali – con riferimento a ciò

---

<sup>487</sup>Parte della dottrina ha sottolineato l'impossibilità di fondare sulla *misrepresentation* un principio generale che si traduca in una concreta tutela degli affidamenti precontrattuali: malgrado, infatti, il *Misrepresentation Act*, 1967, s. 2(1) abbia nella sostanza allargato le maglie dell'istituto nella sua formulazione colposa e dolosa rispetto alle regole casistiche, esso mantiene comunque una struttura che imporrebbe l'applicazione solo in presenza di un contratto; la *Misrepresentation* non rappresenterebbe un principio generale, ma *writ* da impiegarsi caso per caso: C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 158 e ss.; nel contesto della dottrina inglese J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, Londra, 2002, p. 231 e ss.

<sup>488</sup>Cfr. sul punto A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 4 e ss.

<sup>489</sup>Si è scritto di recente che "il modello contrattuale anglo-americano era rappresentato, per lo meno fino agli anni 30' del XX secolo, dal contratto *bilateral* (promessa vs. promessa), in cui lo scambio si consuma attraverso lo schema dell'offerta e dell'accettazione, con l'assunzione volontaria dell'obbligazione (*intention to create a binding deal*); nessun altro requisito era richiesto: si prescinde dall'esecuzione di una delle prestazioni scambiate, dal conferimento di un arricchimento o da un comportamento pregiudizievole ai fini dell'esistenza dell'obbligazione; questo modello semplice soddisfa anche il requisito della *consideration*, rinvenibile, appunto, nella reciprocità delle prestazioni scambiate": così C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 28 e ss.

<sup>490</sup>Ne inferisce la collocazione delle tematiche relative alla responsabilità precontrattuale nel contesto della figura della responsabilità contrattuale: cfr. P. GILKER, *Precontractual liability in English and French Law*, The Hague, 2002, cap. I

<sup>491</sup>Per una ricostruzione della *consideration* nei termini di scambio G. GORLA, *Consideration*, voce *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 176 e ss.; sottolinea come in realtà siano due le anime che governano la *consideration*, cioè la ricompensa per un beneficio e la tutela dell'affidamento, G. ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire*, prefazione a G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it, Milano, 1999, p. XXIII.

che interessa - l'instaurarsi della fase delle trattative precontrattuali<sup>492</sup>.

Può confermarsi pertanto la linea tendenziale delle corti inglesi, a circoscrivere i rimedi<sup>493</sup> per il fallimento delle trattative a mezzo del riferimento fatto alla vicenda della intervenuta conclusione del contratto.

Il fine di salvaguardare, tuttavia, le esigenze di tutela sottese alle discipline proprie degli ordinamenti che regolano espressamente la fase precontrattuale è realizzato attraverso il tentativo, da parte di alcune dottrine, di ampliare le maglie delle regole che disciplinano la conclusione del contratto.

Questa tendenza è stata attuata a mezzo dell'adozione di una sorta di *fiction* funzionale alla garanzia della tutela delle c.d. esigenze precontrattuali<sup>494</sup>: la finzione avrebbe il ruolo di sostituirsi al legislatore che opera, per alcuni ordinamenti, direttamente la qualifica nei termini di responsabilità contrattuale degli obblighi derivanti dall'instaurarsi delle trattative<sup>495</sup>.

Con riferimento alle diverse ipotesi<sup>496</sup> nelle quali sia l'affidamento in sé ad essere richiamato, a prescindere dalla conclusione del contratto, la dottrina<sup>497</sup> dell'*equitable estoppel*<sup>498</sup> viene invocata al fine di tutelare proprio questo strumento, prescindendosi dal

---

<sup>492</sup>Per la considerazione del *promissory estoppel* quale sostituto della *consideration* cfr. B. A. BLUM, A. C. BUSHAW, *Contracts: cases, discussion, and problems*, New York, 2003, p. 243

<sup>493</sup>Per un quadro dei rimedi a tutela della fase precontrattuale, attraverso una scomposizione tassonomica in *law of contract, equity* e *tort*, cfr. F. FORTINGUERRA, *Il rapporto precontrattuale e il dovere di correttezza nell'esperienza europea*, in *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 2 e ss.

<sup>494</sup>Per la casistica *Gibson v. Manchester City Council* (1978) 2 All ER 583, CA; in dottrina cfr. H. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1997, p. 164 e ss. Nel contesto della letteratura giuridica interna A. LAS CASAS, op. cit., p. 5 e ss.

<sup>495</sup>Per come verificato, il BGB al par. 311, comma 2 riconosce l'esistenza del principio per cui il rapporto obbligatorio, con conseguente obbligo di protezione nei confronti di controparte, sorge anche nel caso di trattative individuali.

<sup>496</sup>Si fa l'esempio della promessa avente ad oggetto il trasferimento di un immobile o di un diritto immobiliare che induce il destinatario della promessa a compiere atti finalizzati all'ingresso nel suo patrimonio del bene o del diritto.

<sup>497</sup>Come è stato di recente affermato "whilst English law does not have a general principle, there are specific doctrines and principles which might, in appropriate case, be deployed to control some aspects of the pre-contractual context": così K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-Contractual Duties*, in *The Common European Sales Law in Context*, cit., p. 224 e ss.

<sup>498</sup>La dottrina ha evidenziato che "little attention has been devoted to the economic analysis of broader general principles of precontractual liability, such as the general duty to negotiate in good faith and the

richiamo espresso alla sussistenza di un contratto quale forma di tutela.

Il destinatario di una promessa non contrattuale<sup>499</sup>, indotto dalla dichiarazione del promittente al compimento di atti organizzativi della propria sfera privata, risulta titolare di una *equity* ai fini della tutela dell'aspettativa avente ad oggetto l'adempimento della promessa medesima.

Il rimedio *proprietary estoppel*<sup>500</sup> si inserisce nell'ambito di queste forme di tutela attribuendo al promissario un autonomo strumento in grado di proteggere il c.d. affidamento e idoneo a garantire il c.d. *interesse positivo*: quell'interesse che tradizionalmente, anche nei sistemi di *civil law*, è legato da un nesso biunivoco alla figura della vicenda contrattuale<sup>501</sup>.

Alcune letture hanno sottolineato l'impossibilità di fondare sulla dottrina dell'*equitable estoppel* una generale forma di tutela degli *affidamenti precontrattuali*<sup>502</sup>.

Ciò in primo luogo in ragione delle difficoltà che incontra il sistema ad attribuire specifiche e dirette forme di tutela al di fuori delle ipotesi in cui siano coinvolti diritti reali: in ossequio, parrebbe, all'importanza riconosciuta, anche da questo modello, a questa tipologia di posizioni giuridiche.

Un peso importante in queste valutazioni assumono, inoltre, le limitazioni rappresentate dalla configurazione dell'*estoppel* nei termini di eccezione<sup>503</sup> e quindi quale strumento

---

concept of *culpa in contrahendo* followed by a number of civil law jurisdictions"; si è inoltre affermato che "the existing law and economics literature on precontractual liability focuses essentially on the economic analysis of legal doctrines (such as the promissory estoppels doctrine) developed in common law jurisdictions and applied by common law courts to impose liability for precontractual conduct in some circumstances"; sul punto, E. MELATO, F. PARISI, *A law and economics perspective on precontractual liability*", cit., p. 434 e ss.

<sup>499</sup>Poiché priva di formalità o di *consideration*

<sup>500</sup>Per la casistica *Crabb v. Arun District Council*, 1975, All ER 865, CA; più di recente cfr. inoltre *Thorner v. Major* [2009] UKHL 18. [2009] 1 WLR 776.

<sup>501</sup>Per un quadro sui rimedi a tutela dei c.d. interessi negativi (*misrepresentation*, *collateral contracts* e dalla promessa *implied by law*), cfr. A. LAS CASAS, op. cit., p. 12 e ss.

<sup>502</sup>In particolare si è fatto riferimento al fatto che "la presenza di una contro-promessa, o di una contro-prestazione (*consideration*, appunto) segna il passaggio dall'imperativo morale al vincolo giuridico, o dal non giuridico al contrattuale": sul punto C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 42; nel contesto della dottrina inglese le riflessioni di J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, in 10.3 *Electr. J. Comp. L.*, December 2006, <http://www.ejcl.org/103/article103-6.pdf>, p. 7 e ss.

<sup>503</sup>Secondo alcune ricostruzioni il limite processuale richiamato deriverebbe, oltre che da una lettura

incapace di fondare un'autonoma pretesa, ma idoneo soltanto a replicare, opponendosi, a un'altrui pretesa.

L'attenzione all'origine storica<sup>504</sup> della figura evidenzia la sua connotazione nei termini di eccezione<sup>505</sup> difensiva<sup>506</sup> “*deputata a precludere l'operatività delle regole ordinarie in casi in cui la loro applicazione avrebbe potuto produrre risultati sostanzialmente ingiusti*”<sup>507</sup>.

L'evoluzione della casistica pare andare in una differente direzione rispetto a quella appena tracciata.

La rilevanza dell'*estoppel*, per quel che qui interessa, si lega pertanto alla possibilità che esso venga impiegato a tutela dell'affidamento non protetto da un contratto; la peculiarità risiede nel fatto che a livello di reintegrazione della posizione si tenda a “risarcire” il c.d. *interesse positivo* attraverso una forma di tutela del diritto a conseguire il risultato positivo finale dello scambio.

Da questo punto di vista, sebbene sul punto torneremo più nello specifico, si può rintracciare una differenza di trattamento dei diversi affidamenti (modello italiano e modello inglese): nel nostro ordinamento, almeno sulla base di una lettura ortodossa, gli affidamenti ricevono protezione attraverso il risarcimento commisurato, come visto, al c.d.

---

storicistica del diritto inglese, nel quale proprio questo tipo di connotazione è fortemente caratterizzata; dal tentativo di arginare un'applicazione generalizzata del rimedio che si porrebbe nei termini di “concorrente scorretto della *consideration*”; sulla storicità del diritto inglese cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000, p. 26 e ss.

<sup>504</sup>Per la provocazione per cui la figura sia più citata che applicata e più applicata che capita cfr. G. C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, *Central London Property Trust Ltd. v. High Tree House, Ltd*, in 63 *L. Quart. Rev.*, 1947, p. 283 e ss.

<sup>505</sup>Per una lettura possibilista nel senso della possibilità di applicazione della figura anche nei termini per così dire attivi cfr., M.P. THOMPSON, *From Representation to Expectation: Estoppel as Cause of Action*, in *Cambridge L. J.*, 1983, 257, 260-263.

<sup>506</sup> Si è di recente impiegata l'espressione felice per cui “english law continues to adhere to the position that promissory estoppel only operates as a shield, not a sword: it can be deployed to defend a claim, but cannot be used as a basis for an action”; in questi termini cfr. K. STEENSGAARD, C. TWIGGFLESNER, *Pre-Contractual Duties*, in *The Common European Sales Law in Context*, cit., p. 225; per la casistica v. *Combe v. Combe* [1951] 2 KB 215, CA.; sui limiti dello strumento derivanti dalla sua connotazione in termine di eccezione, cfr. classicamente J. COOKE, D. OUGHTON, *Common Law of Obligations*, Londra, 2000, p. 88 e ss.

<sup>507</sup>Così, nel contesto della dottrina italiana, P. PARDOLESI, *Strabismo giuridico: il promissory estoppel*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2008, p. 479 e ss.



*interesse negativo*<sup>508</sup>; nei sistemi di *common law* ricevono invece protezione diretta i c.d. *interessi positivi*<sup>509</sup> attraverso l'impiego della dottrina dell'*estoppel*.

In questo quadro si inserisce il processo di unificazione fra *promissory estoppel*<sup>510</sup> e *proprietary estoppel*<sup>511</sup> che è avvenuto attraverso il riferimento alle decisioni delle Corti del Commonwealth<sup>512</sup> che avevano abbracciato le soluzioni statunitensi sulle quali ci soffermeremo nel prosieguo<sup>513</sup>.

Il riferimento corre alla dottrina “*che ipotizza una sorta di fusione fra promissory estoppel e proprietary estoppel in un unico istituto, del quale si ammette la portata generalizzatrice a mo' di clausola generale, al fine di dare all'estoppel la sua giusta collocazione : quella di fonte di un'obbligazione positiva di coerenza e di non indurre altri ad assumere posizioni economico-giuridiche a sé sfavorevoli, per evitare situazioni ingiuste che ledano*

---

<sup>508</sup>In realtà anche l'ordinamento inglese sembra elaborare soluzioni idonee a tutelare posizioni che sottendano la rilevanza dei c.d. interessi negativi; in particolare i riferimenti sono fatti alle regole sulla *misrepresentation* e alla dottrina dei *collateral contracts*. In ogni caso si tratta di ipotesi nelle quali le dichiarazioni aventi ad oggetto contegni del dichiarante durante la fase delle trattative (quali il fatto che non tratterà con terzi o che prenderà in considerazione tutte le offerte pervenute tempestivamente) siano in grado di ingenerare fondati affidamenti dei destinatari delle dichiarazioni: in questi casi le corti possono concedere rimedi risarcitori sulla base del titolo rappresentato dalla *misrepresentation* o a titolo contrattuale. Per alcuni riferimenti essenziali alla casistica cfr. *Walford v. Miles* 1992 All ER 453; *Pitt v. PHH Asset Management Ltd* (1993) 4 All ER CA 961; *Blackpool and Fylde Aero Club Ltd v. Blackpool Borough City Council* (1990) 3 All ER 25.

<sup>509</sup>Guardando rapidamente ai processi di uniformazione possiamo osservare che nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili l'art. 16.2. lett. b) statuisce che la proposta non può essere revocata se era ragionevole per l'oblato considerare la proposta come irrevocabile e se egli ha agito di conseguenza; la protezione come è stato osservato, in questo contesto opera con riferimento al c.d. interesse positivo; analoghe previsioni sono contenute nei Principi UNIDROIT e nei PECL; per più ampi riferimenti in dottrina cfr. R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio giuridico*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Milano, 2005, p. 87 e ss.

<sup>510</sup>Con riferimento a questa figura è stata sottolineata la sua derivazione dall'*estoppel in pais*; quest'ultimo rappresentava un istituto di *equity* che impediva alla parte non degna di una *equitable protection* di poter utilizzare un mezzo probatorio a suo vantaggio; in questo modo l'altra parte avrebbe indirizzato in proprio favore il processo: per ulteriori approfondimenti, A. MUSY, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 396.

<sup>511</sup>Con riferimento alle difficoltà della generalizzazione dei principi del *proprietary estoppel* al di fuori del contesto delle tutele previste per i diritti reali cfr. le riflessioni di J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, cit. p. 464 e ss.

<sup>512</sup>P. PARDOLESI, op. cit., p. 487 e ss.

<sup>513</sup>Sull'importanza del riferimento alla cultura giuridica australiana al fine della comprensione del modello inglese anche in relazione all'influenza di quest'ultimo sistema sul primo relativamente all'evoluzione del dibattito sulla *consideration* cfr. P. GILIKER, *Precontractual liability in English and French Law*, cit., p. 151 e ss.

*non solo il senso morale di una società, ma soprattutto la fiducia pubblica*<sup>514</sup>.

In particolare nella casistica, importanza cruciale assume il caso *Walton Stores(Interstate) Ltd v. Maher*<sup>515</sup>.

La pronuncia - oltre a realizzare il “trapianto” del *promissory estoppel*, per come strutturato nel sistema statunitense, in quello australiano<sup>516</sup> - diviene strumento<sup>517</sup> in mano alle corti inglesi<sup>518</sup> per costruire una categoria unitaria di *estoppel* munita di potenzialità anche offensiva<sup>519</sup>.

Il fatto conferisce alle corti la possibilità di affermare che le dichiarazioni non supportate da *consideration*<sup>520</sup> possono trovare al proprio interno un’autonoma *cause of action* proprio nell’*estoppel*<sup>521</sup> con funzione preventiva dell’ “*unconscionable*<sup>522</sup> *conduct*”<sup>523</sup>.

---

<sup>514</sup>Sul punto le considerazioni di C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 74 e ss.

<sup>515</sup> *Walton Stores(Interstate) Ltd v. Maher* (1988) 164 C.L.R. 387.

<sup>516</sup>Sul modello australiano di *estoppel* le riflessioni di M. SPENCE, *Australian Estoppel and the Protection of Reliance*, in *J. Contr. L.*, 1997, p. 203.

<sup>517</sup>A seguito di una recente ricognizione della casistica australiana in tema di affidamento è stato tratteggiato il nuovo *estoppel* australiano definendolo “*come istituto che può essere fatto valere da un attore qualora un soggetto dimostri di aver assunto come presupposto una situazione di fatto (o di diritto) presente o futura, e di aver agito (o di essersi astenuto dall’agire) di conseguenza a suo pregiudizio, facendo affidamento su tale presupposto*”; con riferimento precipuo all’onere probatorio l’affidatario deve dimostrare di essere stato portato ad agire e che sarebbe ingiusto non attribuirgli, tenuto conto delle circostanze, un rimedio: su questo quadro nel contesto della letteratura interna cfr. le riflessioni di C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 164 e ss.

<sup>518</sup>Rispetto a questo processo si è sottolineato che il completamento delle linee essenziali del modello del *promissory estoppel* “*will complete an intriguing journey as a legal transplant: from England to the United States; and back to England through the Commonwealth. In any event, that would be a remarkable success rate for a legal transplant*”: così J. M. NGUGI, *Promissory estoppels: The life history of an ideal legal transplant*, (2007) 41 *U. Rich. L. Rev.* 425.

<sup>519</sup>Per limitarci ad un essenziale riferimento alla casistica inglese che richiama quella australiana, per tutti, *Petromec Inc. v. Petroleo Brasileiro S.A. Petrobras*, (2004) *EWHC (Comm)* 127.

<sup>520</sup>Il valore intrinseco delle promesse non reciprocate è supportato dalla possibilità di riconoscere anche in queste ipotesi il raggiungimento di esiti allocativamente efficienti: cfr. sul punto R.A. POSNER, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, 6*J. Legal Stud.*, 411 (1977).

<sup>521</sup>Sulla diatriba fra la natura contrattuale o meno dell’*action of promissory estoppel* le riflessioni di M. JIMENEZ, *The many faces of promissory estoppel: an empirical analysis under the restatement (second) of contracts*, disponibile sul sito <http://ssrn.com/abstract=1373861>, 1, 43: l’A. evidenzia come il quesito posto dipenda dal necessario chiarimento circa la nozione di contratto.

<sup>522</sup>E’ stato di recente affermato che “l’espressione *unconscionability* [...] evoca piuttosto la necessità morale - fatta propria dall’ordinamento giuridico - di evitare intollerabili squilibri; nel caso specifico dell’*estoppel*, l’ingiustizia consisterebbe nel lasciare senza un rimedio appropriato chi abbia subito, senza sua colpa, un pregiudizio per aver tenuto un comportamento indotto da altri; nel Restatement nord-americano come nel

Nel caso in esame l'avvenuto accertamento della mancata conclusione del contratto non ha escluso il riconoscimento di forme di risarcimento del danno - proprio sulla base della dottrina richiamata - in ragione dell'affidamento ragionevole che la parte lesa aveva nutrito in forza delle rappresentazioni di controparte sulla conclusione del contratto: anche in questo caso il risarcimento del danno si attesta sulla nozione di "interesse positivo".

Come più ampia notazione - al di là del merito delle scelte adottate che paiono almeno in parte smentire le premesse dalle quali siamo partiti dell'assenza di una disciplina unitaria e organica volta a tutelare gli affidamenti precontrattuali - possiamo osservare il recepimento mediato dell'impostazione nordamericana da parte del diritto inglese ai fini della legittimazione dell'impiego della figura dell'*estoppel* in un'accezione differente da quella acconcia alla sua vocazione originaria<sup>524</sup>.

Anche recente si dimostra la tendenza del sistema inglese, diffusasi sulla base della *doctrine of procedural legitimate expectations*<sup>525</sup>, ad offrire adeguata tutela alle legittime aspettative maturate dal privato nel corso di un procedimento amministrativo<sup>526</sup>.

Malgrado le evidenti analogie del rimedio con l'*estoppel*, differenti appaiono i fondamenti teorici delle diverse dottrine.

Il rimedio in ambito pubblicistico presuppone piuttosto che l'affidamento pregiudizievole

---

proprietary estoppel inglese, pertanto, il riferimento all' *unconscionability* rimanda a una nozione di *estoppel* non più compressa nei suoi elementi costitutivi della fattispecie, né tanto meno limitata alla sua portata applicativa ad essere uno scudo contro eventuali attacchi; esso diventa, invece, uno strumento di tutela generalizzata dell'affidamento oneroso, benché ancora limitata alla sfera delle promesse (nel sistema giuridico nord-americano), o dei diritti reali (nel sistema giuridico d'oltre manica)": così letteralmente C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 74 e ss.

<sup>523</sup>P. PARDOLESI, op. cit., p. 488.

<sup>524</sup>Da un'accurata analisi del sistema inglese e del rapporto con la tematica della responsabilità precontrattuale è di recente emerso che "as long as the defendant has not made (and broken) a binding contractual promise; has not committed an established tort (such as by intentionally or negligently making a false statement), has not received a benefit from the other party in circumstances in which the established principles of the law of unjust enrichment would require him to disgorge it if the contract is not concluded; and perhaps [...] as long as the defendant has not encouraged the claimant to believe that the contract would be concluded and thereby to act in reliance within the doctrine of promissory estoppels; then the defendant should be free to withdraw from the negotiations, without giving any reason, and even at a late stage. The claimant incurs in precontractual expenditure at his own risk": in questi termini J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, cit., p. 468.

<sup>525</sup>Sul punto P. CRAIG, *Administrative Law*, Londra, 2003, cap. 13 e 19.

<sup>526</sup>Con riferimento alla casistica *R v. North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan* [2001] QB 213

del cittadino, “una netta prevalenza delle istanze di giustizia sostanziale (*fairness*), nonché la necessità di evitare l’abuso di potere (trattandosi di rapporti tra Stato e cittadini)”<sup>527</sup>.

Vi sarebbe, in questa ipotesi, maggiore assonanza con il fondamento moralistico che la dottrina interna riconosce alla figura della buona fede precontrattuale, e, si legittimerebbe, a sua volta il riconoscimento dell’esistenza di un principio solidaristico fra i contraenti che si esprimerebbe attraverso la previsione di veri e propri doveri di cooperazione fra le parti.

Differenze sostanziali con il sistema interno residuerebbero rispetto al tema dei doveri di informazione: a questa tipologia di obblighi la proposta di regolamentazione della vendita europea (*Common European Sales Law*) dà, come vedremo, ampio risalto.

Malgrado valga nel sistema generale del modello inglese la regola per cui “*remaining silent is not a problem*”; occorre tuttavia evidenziare come l’esame della casistica conduca alla conclusione per cui “*whilst English law starts from the assumption that there is no obligation to disclose information [...] there are also many instances where the courts have been able to infer that representations were made which were untrue and amounted to an actionable misrepresentation*”<sup>528</sup>.

Il tema centrale che emerge dal necessario confronto fra le regole previste dalla *CESL* e l’atteggiamento richiamato dell’ordinamento interno inglese è quello dei rimedi: da questa prospettiva si è osservato, con riferimento alle tutele previste dal documento di armonizzazione in tema di violazione degli obblighi di informazione, che “*the consequence of having a specific remedy under the CESL but not a corresponding remedy in English law for a failure to comply with PCIDs is that there could be an interface issue here; not every comply with a PCID would give rise to a remedy under related rules of contract law as they pertain to provision of information; remedial inconsistency is therefore one potential problem*”<sup>529</sup>.

## 2. Il diritto statunitense e la responsabilità precontrattuale.

---

<sup>527</sup>Sul punto nella dottrina italiana C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 130 e ss.

<sup>528</sup>Sul punto cfr. K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Precontractual duties*, cit., p. 237.

<sup>529</sup>Così K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Precontractual duties*, cit., p. 244

Anche l'ordinamento statunitense – in conformità alla teoria aleatoria delle negoziazioni - conferma l'insensibilità tendenziale dei sistemi di *common law* rispetto a impostazioni che regolamentino attraverso regole di carattere ampio e generale la fase delle trattative: manca, in altri termini, anche in questo contesto normativo, una disposizione che affidi al criterio della buona fede la selezione dei comportamenti da tenersi nella prospettiva della conclusione del contratto<sup>530</sup> e di quelli da considerarsi illeciti.

Anche questo sistema conosce, tuttavia<sup>531</sup>, forme di reintegrazione del danno che corrispondono alla copertura del c.d. interesse positivo e interesse negativo fisiologicamente legato – almeno nei sistemi di *civil law* – alla fase delle trattative del contratto.

Le esigenze che emergono dalla prassi e che fanno nascere forme di tutela coincidono con la possibilità per le parti di conseguire il risultato programmato dal contratto, ovvero di non subire perdite ingiustificate a causa di trattative che non abbiano condotto alla stipulazione dell'accordo.

Nel diritto statunitense peculiare è il dato che le differenti ipotesi, qui rapidamente richiamate, possono avere una disciplina unitaria che si basa, di fatto, sulla dottrina<sup>532</sup> del *promissory estoppel* richiamata dalla sec. 90 del *Restatement (second) of Contracts*<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup>Per un raffronto fra l'esperienza statunitense e quella italiana cfr. L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit., p. 107 e ss.; già D. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., *passim*; con riferimento alla letteratura straniera E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Colum. L. Rev.* 217 (1987).

<sup>531</sup>Con riferimento alla teoria negatrice rappresentata dal lavoro notissimo di Farnsworth, è stato osservato che “alla luce della giurisprudenza più o meno recente, non risulta che le corti nordamericane abbiano accolto quale *legal rule* nella disciplina dei contratti una generale obbligazione di buona fede prenegoziale; una simile conclusione è affatto conforme alla più consolidata dottrina americana in materia contrattuale; in particolare, essa è in linea con la *c.d. teoria aleatoria delle negoziazioni*, a tenore della quale, fino alla definitiva conclusione del contratto, nulla può far predire l'esito di una trattativa, né tanto meno generare vincoli contrattuali”; così D. CARUSO, *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., p. 26 e ss.

<sup>532</sup>L'univocità delle conclusioni, nonostante la distinzione fra *critical legal writers* e *law and economics writers* risalta da, J. M. FEINMAN, *Critical Approaches to Contract Law*, in 30 *Ucla L. Rev.*, 1983, p. 854 e ss.; A. B. GOETZ, H.V. SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, in 89 *Yale L. J.*, 1980, p.1266 e ss.; le conclusioni richiamate convergono sulla configurazione dell'affidamento quale fondamento del *promissory estoppel*;

<sup>533</sup>Sono tuttavia stati applicati rimedi specifici anche nel diritto statunitense: *preliminary agreements*, *unjust*

Il modello è quello dell'azionabilità della promessa sulla base dell'affidamento<sup>534</sup> che il destinatario della promessa stessa fa su quest'ultima: potrebbe dirsi che l'elemento "affidamento" surroga<sup>535</sup> la c.d. *consideration*<sup>536</sup> al fine di conferire carattere vincolante alla promessa<sup>537</sup>.

Si è parlato a riguardo di "assalto alla cittadella" e di rivoluzione rispetto a un aspetto mistico del diritto della sfera di *common law* che considera la *consideration* come unico elemento in grado di subordinare la vincolatività della promessa, riducendo poi quest'ultima (*la consideration*) alla controprestazione o alla promessa reciproca<sup>538</sup>.

In questa prospettiva la reintegrazione concerne l'oggetto della promessa integralmente: a questa prima visione se ne affianca nel tempo un'altra che modula il carattere vincolante della promessa sulla base dell'affidamento medesimo consentendo l'impiego dello strumento del quale ci stiamo occupando anche per il risarcimento dei meri costi subiti a causa della promessa stessa (*rectius* dell'affidamento sulla promessa stessa)<sup>539</sup>.

La sec.90 mantiene una sua ambiguità in ragione del suo carattere polifunzionale che le consente di essere impiegata sia a tutela del c.d. *expectation interest*, che del *reliance interest*.

---

*enrichment* e *misrepresentation*: sul punto per riferimenti bibliografici e alla casistica cfr., nel contesto della dottrina italiana, A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuali"*, cit., p. 16 e ss.; per una trattazione sistematica dei *preliminary agreements* nell'ambito della dottrina italiana, ove anche ampi riferimenti bibliografici, cfr. L. M. FRANCIOSI, *Trattative e Due Diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit., p. 409 e ss.

<sup>534</sup>Su questo specifico fondamento le riflessioni di, L. L. FULLER, W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damage*, in 46 *Yale L.J.*, 1936-1937, p. 373.

<sup>535</sup>Cfr. S.D. HENDERSON, *Promissory Estoppel and traditional Contract Doctrine*, (1969), *Yale Law Journal*, p. 359

<sup>536</sup>L'impostazione fortemente restrittiva del *Restatement [First] of contract, Section 75* con particolare riferimento alla relazione fra *consideration* e *justifiable reliance*, è sottolineata da P. PARDOLESI, op. cit., p. 492 e ss.

<sup>537</sup>Con riferimento alla casistica inglese cfr. *Pascoe v. Turner* [1979] 1WRL 431; [1979] 2All ER 945 CA

<sup>538</sup>Così P. PARDOLESI, op. cit., p. 480.

<sup>539</sup>La varietà dei rimedi ha indotto la dottrina che ha richiamato di recente le origini della dottrina - ovvero la c.d. *equity* - ad affermare che "il ricorso alla giustizia del caso concreto apre inesorabilmente la strada all'imprevedibilità delle decisioni; il che conferma che il *promissory estoppel*, come qualsiasi dottrina che si avvalga di clausole generali, non può assolvere alla stessa funzione per cui gran parte della disciplina contrattuale è stata pensata, ossia quella di pianificare i rischi nei rapporti negoziali": così C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 47 e ss.

Nel sistema la tematica assume tuttavia toni e sfumature differenti poiché il dibattito non riguarda la natura della responsabilità nell'accostamento alle diverse ipotesi astrattamente configurabili, ma il c.d. *promissory estoppel*<sup>540</sup> nella diversità di accezioni e di impostazioni e essenzialmente nell'accostamento all'area del *contract* o del *tort*<sup>541</sup>.

### 3. (segue) I caratteri degli affidamenti precontrattuali.

Dai riferimenti ai modelli rapidamente evocati è possibile trarre la considerazione per cui gli affidamenti possono avere caratteristiche differenti e conseguentemente differenti tutele. Nelle ipotesi ad esempio di *sub-contracting*<sup>542</sup> l'affidamento consiste in atti organizzativi della sfera giuridico-patrimoniale del promissario dipendenti da una promessa<sup>543</sup> che prefigura un'attribuzione patrimoniale fornita di una completa definizione contenutistica e rappresentata come definitiva<sup>544</sup>.

La tutela opera, in questo caso, sul profilo della vincolatività giuridica attraverso il c.d. *promissory estoppel*<sup>545</sup>: l'affidamento riguarda, invece, il conseguimento del completo risultato economico.

In altre ipotesi, quali ad esempio quelle espresse dal modello “normativo” *Hoffman v. Red Owl Stores*<sup>546</sup> lo strumento è posto a tutela dell'affidamento<sup>547</sup> sulla definizione delle future attribuzioni patrimoniali che le parti intendono realizzare, ma che si trovano in una fase meno avanzata della trattativa<sup>548</sup>.

---

<sup>540</sup>Sul ruolo della figura e sugli sviluppi della sua applicazione cfr., nella consapevolezza di una sterminata bibliografia, C. L. KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, in *Hasting Law Journal*, vol 49, 1998, p. 1191.

<sup>541</sup>Con riferimento alla dottrina italiana cfr. P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari, 2009, *passim*.

<sup>542</sup>Per la casistica cfr. *Drennan v. Star Paving Co* 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958)

<sup>543</sup>Che non raccoglie tutti i suoi requisiti formali per la vincolatività giuridica.

<sup>544</sup>A. LAS CASAS, *op. cit.*, p. 26 e ss.

<sup>545</sup>Rappresentano di fatto una surrogazione della *consideration*

<sup>546</sup>*Hoffman v. Red Owl Stores* 26 Wis 2d 683 (S Ct Wisconsin 1965);

<sup>547</sup>In argomento cfr. W. C. WHITFORD, S. MACAULAY, *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story*, in *Hastings Law Journal*, 2010, p. 81 e ss.

<sup>548</sup>In argomento di recente cfr. K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-contractual Duties*, *cit.* p. 225.

In questo caso il *promissory estoppel* vale, non tanto a dare carattere vincolante alla promessa<sup>549</sup>, ma a consentire il risarcimento del danno dei costi sostenuti in ragione dell'affidamento sulla promessa.

Malgrado il tentativo della letteratura giuridica americana di trattare in maniera unitaria<sup>550</sup> il tema del *promissory estoppel* al fine di conferire al medesimo connotati e fisionomia unitari, in realtà l' almeno duplice natura della figura fa sì che la tutela si dipani diversamente a seconda che l'affidamento attenga al risultato finale della contrattazione, ovvero alla prosecuzione della trattativa; ne deriva che la tutela differente è indirizzata nel primo caso al c.d. interesse positivo e nel secondo a quello negativo.

Da questo punto di vista possiamo anche rilevare che la collocazione del rimedio nel contesto del *contract* è più acconcia alle ipotesi del primo tipo; la collocazione invece nel contesto del *tort*<sup>551</sup> è più acconcia alle ipotesi del secondo tipo<sup>552</sup>.

#### 4. Risultati dall'analisi comparatistica.

Dalla rapida disamina dei modelli di disciplina possiamo trarre delle prime considerazioni che paiono smentire le premesse dalle quali siamo partiti.

Anche gli ordinamenti di *common law*<sup>553</sup>, nonostante le diversità di soluzioni e sfumature,

---

<sup>549</sup>Ritiene che nel caso richiamato l'impiego della nozione di *estoppel* sia inappropriato in ragione del fatto che esso appare come “*strumento concorrente alla consideration al fine di rendere vincolanti comportamenti e affermazioni qualificate come promesse*”; in questi termini cfr. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 163; cfr. in tema anche P. GILIKER, *Precontractual liability in English and French Law*, L'Aia, 2002, p. 157 e ss.

<sup>550</sup>L'*estoppel* nella forma del *promissory estoppel* completerebbe insieme alla *misrepresentation* (sia dolosa che colposa) le modalità di tutela dell'affidamento nella fase precontrattuale: la differenza risiederebbe nel fatto che il primo conferirebbe una sorta di tutela risarcitoria a chi avesse espresso opinioni (non fatti come nella *misrepresentation*), o tenuto comportamenti “tali da indurre il soggetto destinatario di dette opinioni o comportamenti, coinvolto in una relazione privilegiata insieme al dichiarante, a modificare in peius la propria situazione giuridico-economica facendo affidamento sull'affidabilità delle opinioni o dei comportamenti della controparte”; in questi termini C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 159.

<sup>551</sup>Con riferimento alla tematica più ampia dell'accostamento delle questioni relative alla responsabilità precontrattuale nel contesto del *contract* o del *tort*, per alcune osservazioni in chiave comparatistica cfr. J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, cit., p. 457 e ss.

<sup>552</sup>G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 113 e ss.

<sup>553</sup>Ovviamente i risultati andranno limitati ai sistemi dei quali seppur rapidamente ci siamo soffermati.



riservano un trattamento giuridico funzionale alla tutela degli affidamenti precontrattuali<sup>554</sup>. In alcuni casi “la tutela dell’interesse a non subire perdite ingiustificate a causa della trattativa risulta del tutto assorbita dalla tutela dell’interesse positivo”<sup>555</sup>.

In altre ipotesi le forme di risarcimento del danno, che si collocano nel contesto che sarebbe stato della responsabilità precontrattuale (avendo a riguardo il c.d. interesse negativo) presuppongono fattori differenti dal più “familiare” affidamento sulla conclusione del contratto.

Questa constatazione rappresenta in realtà conferma delle osservazioni proposte nella prima parte di questo lavoro dove ci siamo sforzati di individuare le ragioni della rottura del nesso indissolubile fra affidamento e conclusione del contratto.

Se ben si ragiona anche l’ordinamento italiano, almeno in alcune ricostruzioni, sembra sciogliere e annichilire il nesso evocato, riscontrandosi ipotesi nelle quali la responsabilità precontrattuale ricorre pur non essendo stato leso questo tipo di affidamento.

Esso non coincide con una sorta di fiducia soggettiva o con un atteggiamento psicologico sul comportamento di controparte, ma si conforma invece sulla base di valutazioni oggettive e quindi in particolare in virtù della ragionevolezza dell’investimento valutato con riferimento ai contegni e ai comportamenti delle parti.

Dalla comparazione e anche da taluni spunti tratti dall’analisi economica del diritto emerge in maniera chiara che il tema del fallimento delle trattative può essere visto come situazione da valutare per tramite del criterio dell’addossamento del rischio dell’investimento.

La questione centrale attiene quindi alla verifica delle condizioni sussistenti le quali il rischio dell’investimento venga imputato a controparte<sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup>In argomento fra gli altri J. CATWRIGHT, M. HESSELINK, op. cit., p. 449 e ss.

<sup>555</sup>Così A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con “immunità precontrattuale”*, cit., p. 29

<sup>556</sup>Ciò nella duplicità delle ipotesi richiamate ovvero sia che l’investimento sia funzionalizzato alla prestazione finale; sia che sia funzionalizzato alla continuazione della trattativa: per maggiori approfondimenti su questa bipartizione cfr. A. LAS CASAS, op. cit., p. 31 e ss. Ivi anche il richiamo alla distinzione fra investimento informativo e performativo; la duplicità delle ipotesi giustificherebbe la distinzione del trattamento giuridico, fra, quindi, interesse positivo e interesse negativo. Con riferimento alla dottrina straniera sulla funzione economica performativa cfr. R. CRASWELL, *Offer, Acceptance, and*

Emerge inoltre l'assenza di una così netta distinzione di disciplina: infatti la tutela dell'*investimento performativo* – connesso pertanto al c.d. *interesse positivo* - sussisterebbe anche all'interno del nostro ordinamento e riceverebbe una tutela esplicitata dagli artt. 1327 e 1328 del codice civile.

Sulla base delle ricostruzioni richiamate nel testo la nozione di interesse positivo, in talune circostanze, sarebbe anche collegabile al rimedio della responsabilità precontrattuale e quindi alla tutela prospettata dagli artt. 1337/1338 del codice civile (ipotesi di contratto valido, ma sconveniente)<sup>557</sup>.

La tutela dell'*investimento informativo* - connesso invece al c.d. *interesse negativo* - riceverebbe rilevanza a mezzo del riferimento a quest'ultima situazione e sarebbe disciplinata dagli artt. 1337 e 1338 del codice civile.

Il contributo dell'analisi economica del diritto rispetto alla tematica della responsabilità precontrattuale sembra convergere, inoltre, sul dato per cui la presenza di regole non sia affatto in grado di scoraggiare dall'intraprendere negoziazioni, rilevandosi, invece, utile incentivo ripetto all'intrapresa del processo medesimo<sup>558</sup>.

Il rischio dell'investimento informativo quale rischio tipico della fase delle trattative rappresenta l'oggetto principale della normativa in tema di responsabilità precontrattuale: le disposizioni operano al fine di amministrare e minimizzare il costo sociale della trattativa dovuto alla necessità di reperire informazioni utili per la conclusione del contratto<sup>559</sup>.

##### 5. Le “apparenti” distinzioni fra i diversi modelli di regolazione.

Dai riferimenti agli ordinamenti impiegati quali parametri di confronto emerge che il tema

---

*Efficient Reliance*, 48 *Stan. L. Rev.*, 481 (1996);

<sup>557</sup>Per un quadro più ampio di queste fattispecie cfr. A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., p. 793.

<sup>558</sup>Con riferimento alla dottrina italiana per un quadro essenziale L. M. FRANCIOSI, *Trattative e Due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit. p. 403 e ss.

<sup>559</sup>A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con “immunità precontrattuali”*, cit., p. 43.

della responsabilità precontrattuale si pone come esemplificazione paradigmatica della discrasia fra enunciazioni di principio e regole concretamente operanti<sup>560</sup>.

La presenza del principio di buona fede quale regola dei congegni anche precontrattuali soltanto in alcuni ordinamenti e l'assenza del medesimo principio in altri ordinamenti non può condurre all'affermazione della totale insensibilità dei sistemi di riferimento rispetto alla tutela degli affidamenti precontrattuali.

E' stato osservato in letteratura che le diverse soluzioni hanno un comune obiettivo: quello di consegnare una disciplina della fase precontrattuale sanzionando quelle condotte che devono essere ritenute inaccettabili<sup>561</sup>.

Anche i progetti di armonizzazione giuridica<sup>562</sup> tendono a portare nuova luce sul tema della responsabilità precontrattuale, prevedendo delle specifiche discipline che hanno come contenuto, oltre al riconoscimento del principio di buona fede, specifici obblighi, il cui adempimento vede nella *c.d. fase precontrattuale* l'ambito privilegiato di applicazione.

A livello empirico può poi osservarsi come in quegli stessi ordinamenti in cui le declamazioni, in omaggio al principio della libertà contrattuale o alla aleatorietà delle negoziazioni, tendono a negare la rilevanza della fase pre-negoziale, fioriscono opere non soltanto rivolte a un pubblico di addetti ai lavori<sup>563</sup>, ma anche formative degli studi universitari che riservano una particolare attenzione al tema della *responsabilità precontrattuale*<sup>564</sup>.

Anche entrando più nel merito delle riflessioni proposte dalla letteratura emerge la presenza statistica di ricostruzioni che individuano un *fil rouge* fra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* in tema di responsabilità precontrattuale.

L'elemento che accomuna i due sistemi risiede nella rilevanza centrale assegnata alla lesione di un affidamento meritevole di tutela; vi sarebbe una sorta di equivalenza fra il

---

<sup>560</sup> L. M. FRANCIOSI, *Trattative e Due Diligence*. Tra *culpa in contrahendo* e contratto, cit., p. 99 e ss.

<sup>561</sup> S. WITTHAKER, R. ZIMMERMAN, *Coming to Terms with Good Faith*, in R. Zimmerman and S. Whittaker (eds), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 669.

<sup>562</sup> Sui quali ci soffermeremo con maggior agio nel corso della trattazione.

<sup>563</sup> Per tutti L. A. CORBIN, *Corbin On Contracts*, Rev. Ed. by J. Perillo, West Publish Co, 2001, *passim*

<sup>564</sup> E. A. FARNSWORTH, W.F. YOUNG, *Contracts*, Foundation Press, 6th edition all'interno del quale un'intera sezione è dedicata alla "*Precontractual Liability*".

principio di buona fede che caratterizza gli ordinamenti di *civil law* e lo strumento dell'*estoppel*<sup>565</sup> che opererebbe nei sistemi dai quali abbiamo tratto questi spunti riflessione<sup>566</sup>.

Anche gli ordinamenti di *common law* tratterebbero efficacemente il tema della *culpa in contrahendo* modificandone soltanto la tassonomia che verrebbe riassunta dall'espressione *reliance*.

Da una recente analisi comparatistica è infatti emerso che “*at the source of the duty of good faith during the negotiations lies [...] a general test of whether the claimant was reasonably entitled to rely on the contract going to be performed*”.

Le apparenti differenze fra sistemi o gruppi di sistemi si dissolverebbero sulla base della constatazione per cui “*although at first sight English law does not appear to recognize either such a general principle, or a particular test which would give effect to it, it is not far from the general approach taken in property cases under the doctrine of proprietary estoppels, and which could perhaps be extended into the general context of precontractual negotiations under the doctrine of promissory estoppels [...]*”<sup>567</sup>

Accanto alle classiche categorie giuridiche<sup>568</sup> del *contract*, *tort* e *restitution* si collocherebbe la *reliance* che assorbirebbe le tematiche dei c.d. affidamenti

---

<sup>565</sup>Si è di recente affermato che “a dispetto delle declamazioni intese a ribadire come il sistema di *common law* schivi [...] la responsabilità precontrattuale per tema dell'effetto paralizzante che esso avrebbe sul dispiegarsi delle ruvide virtù del mercato, il *promissory estoppel* crea un ponte verso l'esperienza europea della culpa in contrahendo”. Si sottolinea inoltre a discapito delle diversità formali, una medesima sostanza fra gli istituti rappresentata da una medesima “proiezione funzionale”. Cfr. in argomento P. PARDOLESI, *Strabismo giuridico: il promissory estoppel*, cit., p. 480 e ss.

<sup>566</sup>Con una felice espressione si è affermato che “il *promissory estoppel* crea un ponte verso l'esperienza europea della culpa in contrahendo. *Diverse le formule, le tecniche di intervento, ma [...] solidale, in sostanza, la protezione funzionale*”: così P. PARDOLESI, *Strabismo giuridico: il promissory estoppel*, cit., p. 480.

<sup>567</sup>Così letteralmente, con particolare riferimento all'ordinamento inglese J. CARTWRIGHT, M. HESSELIN, *The problem of precontractual liability*, cit., p.483 e ss.

<sup>568</sup>Anche nell'ordinamento interno può evidenziarsi lo sforzo da parte della dottrina di superare le tradizionali categorie al fine di garantire la realizzazione di sufficienti livelli di tutela; d'altro canto può farsi rientrare la prospettiva segnalata in quell'atteggiamento culturale per il quale “nel momento in cui si impone l'esigenza di una tutela, il giudice si libera della forza condizionante della categoria che era stata, fino a quel momento, il limite per il riconoscimento di un diritto e si libera dai suoi lacci costrittivi”: in questo senso, recentemente N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 207.

precontrattuali<sup>569</sup>.

Seguendo uno sviluppo circolare anche l'elaborazione dottrinarica interna si sarebbe preoccupata di dare voce all'esistenza della categoria dell'affidamento nell'ambito del diritto civile e lo avrebbe fatto utilizzando quale grimaldello l'art.1338 c.c.<sup>570</sup>.

Questa stessa impostazione riconosce alla letteratura americana di aver recepito il concetto tedesco di *Vertrauen* e l'esperienza di *common law* "rivolta agli *estoppels*".

La funzione sottesa a questo atteggiamento complessivo è di strutturare rimedi volti a proteggere colui che ha visto tradita la propria attesa fiduciosa<sup>571</sup>: la c.d. *reliance*<sup>572</sup>.

Seguendo questa chiave di lettura lo stesso diritto romano avrebbe *in nuce* gli atteggiamenti recepiti dalle dottrine che tendono a tutelare l'affidamento anche in maniera funzionale al c.d. interesse positivo: in questo contesto si sviluppa la regola per cui l'accordo di scambio nullo può prendere vigore per il caso in cui la parte adempia l'obbligo che l'accordo medesimo imponeva al contraente adempiente<sup>573</sup>.

Anche questo sistema parebbe confermare l'uniformità comparatistica fra quegli ordinamenti che riconoscono il principio della buona fede nella trattativa contrattuale e quelli che lo misconoscono.

I predetti riferimenti, valutati complessivamente, sembrano smentire tanto la limitazione della rilevanza giuridica della responsabilità precontrattuale a quegli ordinamenti che abbiano al loro interno una compiuta definizione della buona fede e una esplicita disciplina della fase delle trattative e della responsabilità precontrattuale; tanto la limitazione delle modalità del risarcimento del danno rispetto all'istituto in esame al c.d. *interesse negativo*.

In linea del resto con le impostazioni che hanno da un punto di vista metodologico

---

<sup>569</sup>Sul punto cfr. O. MORETÉAU, *Revisiting the grey zone between contract and tort: the role of estoppel and reliance in mapping out the law of obligations*, in H. KOZIOL – B. C. STEININGER (ed. by) *European tort law*, Vienna-New York, 2004, p. 60-80

<sup>570</sup>Sul punto le riflessioni di R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2005, p. 85 e ss.

<sup>571</sup>Sul concetto di *reliance* nell'ambito di un'analisi comparatistica, le riflessioni di J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, cit., p. 449 e ss.

<sup>572</sup>Sul punto cfr. sempre R. SACCO, op. cit., p. 86 e ss.: ove anche la collocazione dell'affidamento all'interno della categoria dei c.d. *fatti gnoseologici*.

<sup>573</sup>Cfr. R. SACCO, op. cit., p. 87 e ss.

affermato che “*the deconstruction of legal ontology allows lawyer’s categories to plug into each other often discovering fundamental analogies hidden behind apparently unreconcilable differences*”.<sup>574</sup>

Abbiamo avuto modo di rilevare, sia quando ci siamo occupati del principio di conformità all’interno del nostro ordinamento<sup>575</sup>, sia quando abbiamo preso in esame alcuni sistemi di *common law*, che non sussiste un’ontologica incompatibilità fra responsabilità precontrattuale o tutela degli affidamenti precontrattuali e interesse positivo.

La fattispecie contratto valido, ma sconveniente rappresenta argomento ulteriore nella direzione di quanto sin qui sostenuto.

Altro elemento che emerge in maniera netta come tratto accomunante è il ruolo fattivo della giurisprudenza<sup>576</sup>, funzionale alla delimitazione di un *corpus* unitario di contegni rilevanti: questa opera si realizza anche all’interno di quegli ordinamenti - in particolare il nostro - in cui la sussistenza del generico dovere di comportarsi secondo buona fede necessita comunque di un’opera di dettaglio volta a specificare gli obblighi attraverso la c.d. “concretizzazione” della clausola generale di buona fede.

Una medesima funzione pare debba svolgere il formante giurisprudenziale, in un contesto, quello nord-americano in particolare, dove paiono emergere in maniera sempre più esplicita spunti di riconoscimento a livello normativo del principio di buona fede e correttezza attraverso, ad esempio, la *Section 1-201(19)* dell’*Uniform Commercial Code*<sup>577</sup> ove è presente una definizione di buona fede: “*good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned*”; e la *Section 205 del Restatement [Second] of Contracts* che dispone inoltre “*every contract imposes upon each party a duty of good faith*

---

<sup>574</sup>Cfr. su questi aspetti V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., p. 33 e ss.; letteralmente, U. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schelesinger’s Comparative Law, Cases-Text-Materials*, Seventh edition, Foundation Press, New York, 2009, *passim*, spec. p. 97 e ss.

<sup>575</sup>In argomento, per tutti, recentemente P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, 2012, p. 123 e ss

<sup>576</sup>Per una conferma di questa impostazione l’enucleazione dei tredici casi in J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *Precontractual liability in European Private Law*, cit., *passim*; esprime la stessa sensazione L. M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence. Tra culpa in contrahendo e contratto*, cit., p. 104 e ss; cfr. nota 14 per i riferimenti bibliografici.

<sup>577</sup>Cfr. in argomento P. MACMAHON, *Good faith and fair dealing as an underforced legal norm*, in *Minnesota Law Review* (99), 2014, p. 3 e ss.

*and fair dealing in its performance and its enforcement*”.

Con specifico riferimento alla buona fede nella fase delle trattative abbiamo evidenziato come il caso *Hoffmann v. Red Owl Store*, in quanto applicazione della *Section 90* anche alla fase precontrattuale, proponga un collegamento diretto e forte con la *culpa in contrahendo* dei sistemi continentali, malgrado non risulti probabilmente ancora in grado di fondare un generale dovere di comportamento nella fase prenegoziale in grado a sua volta di allontanare totalmente la ritrosia “ancestrale”, propria di alcune tendenze all’interno di questi sistemi, per la responsabilità precontrattuale<sup>578</sup>.

---

<sup>578</sup> In argomento P. PARDOLESI, *Il Promissory estoppel, la promessa unilaterale e la culpa in contrahendo*, cit., p. 387 e ss.

## **Cap. II: La responsabilità precontrattuale nei progetti di armonizzazione europea e uniformazione giuridica internazionale.**

Sommario: 1. Il *Draft Common Frame of Reference*: utilità del suo impiego quale modello di raffronto. 2. Il DCFR e i doveri precontrattuali. 3. (segue) DCFR, responsabilità precontrattuale e contratto valido. 4. DCFR e *negotiations*: ripercussioni sull'ordinamento interno. 5. Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno nella prospettiva del DCFR. 6. DCFR, ordinamento interno e contratti conclusi con il consumatore: doveri di informazione e rimedi esperibili. 7. Strumenti di uniformazione giuridica internazionale: la responsabilità precontrattuale nella Convenzione di Vienna e nei Principi UNIDROIT. 8. (segue) I Principi *Unidroit* e la *culpa in contrahendo*.



1. *Il Draft Common Frame of reference (DCFR): utilità del suo impiego quale modello di raffronto.*

Lo strumento della comparazione consente di apprezzare anche le regole che gli strumenti di armonizzazione giuridica del diritto contrattuale europeo hanno predisposto come possibile disciplina del tema della responsabilità precontrattuale e confrontarle con le soluzioni adottate dal legislatore interno<sup>579</sup>.

Nel 2008<sup>580</sup>, come noto, è stato pubblicato il testo di un progetto di codice civile europeo predisposto da una Commissione di estrazione accademica coordinata da Christian von Bar, Eric Clive, Hans Schulte-Noelke; il testo, l'anno successivo (2009), ha subito una serie di modifiche e integrazioni che ci hanno consegnato la versione definitiva<sup>581</sup>.

Il *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* si inserisce nell'ampio quadro<sup>582</sup> dei propositi volti a perseguire, escludendo tappe intermedie, il risultato dell'armonizzazione della disciplina contrattuale da applicare a tutti i paesi membri della Comunità Europea.

Le pulsioni economiche che, come noto, spingono nella direzione di un accostamento fra le discipline al fine di rafforzare la forza economica della Comunità, garantendo anche un mercato unico efficiente per il tramite di regole comuni, si scontrano con le differenti tradizioni e culture giuridiche delle diverse nazioni.

Così l'incertezza riguarda non solo il se iniziare procedure di avvicinamento fra le diverse

---

<sup>579</sup>Si è scritto di recente che l'operazione di confronto del testo con l'esperienza nazionale serve "per verificare se le scelte effettuate dai redattori siano migliori di quelle effettuate da legislatori giudici interpreti di un determinato sistema": così G. ALPA, *Il contratto in generale, Fonti, teorie, rimedi*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 793

<sup>580</sup>Per alcune riflessioni sul contesto nel quale il *DCFR* è maturato, G. ALPA, G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Aquis Communautaire*, in *Riv. Dir. civ.*, 2008, p. 141 e ss.

<sup>581</sup>Il carattere monumentale dell'opera e la sua complessa strutturazione sono sottolineati da G. ALPA, *Presentazione*, in *Il Draft Common Frame of Reference nel diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI, Milano, 2009, p. V e ss.

<sup>582</sup>Per alcune osservazioni critiche rispetto al cambiamento di atteggiamento che si sarebbe consumato a mezzo della proposta di regolamentazione sulla vendita europea, C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 906 e ss.; ivi anche considerazioni relative ai differenti atteggiamenti con i quali all'interno del Parlamento europeo è stata accolta l'impostazione di fondo della *Common European Sales Law*.

regolamentazioni, ma anche il *quomodo* e quindi se armonizzare, uniformare o unificare le regole nei diversi significati a cui le diverse accezioni rimandano <sup>583</sup>.

Il *DRAFT* si inserisce in questa temperie e lo testimonia la circostanza che nella stessa introduzione al documento si puntualizza come il testo rappresenti un progetto non avente carattere politico, ma esclusivamente accademico, possibile modello per un *CFR* (*common frame of reference*): si tende in altre parole a scolpire la differenza fra *DCFR* e *CFR*, evidenziando la possibilità che il primo modello risulti punto di riferimento e di ispirazione per il secondo.

Le intenzioni della Commissione Europea, esplicitate nell'*Action Plan* di cui alla Comunicazione al Parlamento Europeo ed al Consiglio<sup>584</sup>, riconoscono nel testo “*uno strumento per assicurare che uno stesso concetto, pur utilizzato in ambiti territoriali differenti, sia applicato ed interpretato in modo uniforme: ma anche quale base per uno strumento opzionale che le parti possono scegliere come legge da applicare*”<sup>585</sup>.

La finalità interpretativa delle regole predisposte si apprezza, quindi, anche in funzione della necessità di chiarire eventuali nodi problematici relativi a istituti interni, anche in ragione della possibilità di impiegare questo comune quadro di riferimento quale possibile base per un moderna *Lex Mercatoria*<sup>586</sup>.

## 2. *DCFR* e i doveri precontrattuali.

La regolamentazione<sup>587</sup> che i doveri precontrattuali<sup>588</sup> ricevono dal *Draft*<sup>589</sup> *Common*

---

<sup>583</sup>In argomento U. PERFETTI, in *Il Draft Common Frame of Reference nel diritto privato europeo*, cit., p. XII e ss.

<sup>584</sup>COM (2003) 68 final.

<sup>585</sup>Testualmente U. PERFETTI, op. cit., p. XIII.

<sup>586</sup>In argomento, per tutti, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Urbino, 2010, *passim*

<sup>587</sup>E' stato di recente posto in risalto come il documento conclusivo del *draft* racchiuda e porti a sintesi essenzialmente due anime e due differenti tendenze: la prima rappresentata dai *Principi Acquis* che mirano a riordinare la frammentaria formazione comunitaria nel campo del diritto privato; la seconda funzionalmente orientata alla redazione di un codice che raccolga le soluzioni più efficienti degli Stati Membri (*Principles of European Law*); cfr. per un approfondimento, A. ADDANTE, *Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di Regolamento per un “diritto comune europeo della vendita”*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2014, p. 31 e ss.

<sup>588</sup>Il predecessore del *Draft* invoca un principio generale di buona fede e correttezza nelle trattative; infatti

*Frame of Reference*<sup>590</sup> merita particolare attenzione.

Abbiamo in diverse fasi richiamato l'esigenza che gli spunti e gli sforzi comparatistici si misurino anche rispetto ai processi richiamati a prescindere dalla loro collocazione nell'area vasta, magmatica e per molti versi ancora incerta della *soft law*<sup>591</sup>. Le argomentazioni proposte in chiusura del paragrafo precedente rappresentano ulteriori elementi in grado di confermare l'utilità di quell'impiego.

Il rilievo del *DCFR* ai fini di questa indagine si giustifica anche in ragione del nesso di funzionalità e della relazione stretta fra questo documento e la *CESL*, nonostante il primo si presenti essenzialmente quale lavoro di accademici, sfornito pertanto del requisito dell'ufficialità che la proposta di regolamento, unitamente al rango di vero e proprio testo normativo, avrebbe.

Il *DCFR* si presenta come raccolta di *Principles, Definitions and Model Rules* del diritto privato europeo.

Le definizioni contenute all'interno del complesso dispositivo risultano teleologicamente orientate al soddisfacimento dell'esigenza della creazione di una terminologia comune fra i diversi Stati.

Le *Model Rules* sono distribuite su differenti Libri e non sono limitate alla materia dei contratti e delle obbligazioni, ma spaziano, avendo ad oggetto alcuni contratti tipici, la responsabilità extracontrattuale, l'ingiustificato arricchimento e altre tematiche, fra le quali

---

l'art. 2:301 PECL (*Principles of European Contract Law*) espressamente afferma che “*a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party*”; cfr. O. LANDO, H. G. BEALE, *Principles of European Contract Law Parts 1 and 2*, The Hague, 1999, *passim*.

<sup>589</sup>Per un'analisi dello sviluppo diacronico che ha condotto alla pubblicazione del *DRAFT* cfr., fra gli altri, M. MELI, *Proposta di regolamento - Diritto Comune Europeo della vendita*, in *NLCC*, 2012, p. 183 e ss.

<sup>590</sup>In argomento, per alcuni spunti essenziali, nella consapevolezza di una sterminata bibliografia, cfr. G. ALPA, G. IUDICA (a cura di), *Draft Common Frame of reference (DCFR), What For?*, Milano, 2013, *passim*.; sul punto cfr. inoltre AA. VV. *A factual assessment of the draft common frame of reference ed. By Luisa Antonioli, Prep. By the Common Core Evaluating Group*, München, 2011, *passim*.

<sup>591</sup>Per una definizione di *soft law*, da una prospettiva pubblicistica, nei termini di: « *rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects* », cfr. L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, 2004, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing, p. 112 e ss

rientra, certamente, la responsabilità precontrattuale oggetto di queste riflessioni.

L' "assenza di specificità dei fini" e il carattere monumentale dell'opera<sup>592</sup> non lascia dubbi circa l'impossibilità di considerare il lavoro quale punto di approdo di un processo di armonizzazione volto alla elaborazione di un codice civile europeo<sup>593</sup>.

Si rende perfettamente conto di ciò lo stesso Parlamento Europeo che in una risoluzione dedicata al Quadro Comune di riferimento per il diritto contrattuale europeo, pur riconoscendo il valore dell'opera, sottolinea l'esigenza che qualora il CFR venisse impiegato quale strumento facoltativo, il suo ambito regolamentare dovrà essere ristretto a quello contrattuale<sup>594</sup>.

Le quattro sezioni<sup>595</sup> che il *DCFR*<sup>596</sup> dedica al tema della responsabilità precontrattuale sembrano non aver alterato l'intenzione dei redattori di contemplare due ipotesi astrattamente riscontrabili nella fase di formazione del contratto.

La prima fattispecie concerne i casi in cui sussista fra le parti una trattativa quale scambio di idee e proponenti.

La seconda ipotesi ricorre, invece, nel caso in cui la conclusione del contratto non sia preceduta da alcun tipo di trattativa, secondo la definizione sopra prospettata: anche in tale ipotesi i redattori hanno avuto cura di prevedere e disciplinare una serie specifica di doveri

---

<sup>592</sup>Il lavoro completo consta di sette libri.

<sup>593</sup>Su analoghe conclusioni, M. MELI, *Proposta di regolamento – Diritto Comune Europeo della vendita*, cit., p. 193

<sup>594</sup>Questo medesimo indirizzo di politica legislativa segue la proposta di regolamento europeo sulla vendita, la quale non solo circoscrive il processo di armonizzazione all'area contrattuale, ma addirittura all'interno della disciplina contrattuale individua, malgrado il ruolo centrale che ad esso debba essere assegnato nell'ambito dei contratti, uno specifico contratto (la vendita). Le ulteriori limitazioni oggettive che scandiranno lo sviluppo del processo saranno prese in considerazione nel corso della trattazione.

<sup>595</sup>La prima è relativa ai c.d. doveri di informazione (*information duties*), la seconda è teleologicamente indirizzata a prevenire errori nella controparte (*duty to prevent input error*), la terza attiene alle trattative e i doveri di "confidenzialità" (*negotiation and confidentiality duties*) e la quarta inerente la disciplina relativa ai beni e servizi non richiesti (*unsolicited goods or service*).

<sup>596</sup>Per un commento alla pubblicazione della monumentale opera, nella consapevolezza di una più ampia bibliografia, cfr. M. HESSELINK, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, Tulane LR, 2009, p. 919; H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, 2010, passim; A. SOMMA, a cura di, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer, 2009.

di informazione<sup>597</sup>.

Con riferimento alla prima fattispecie, anche una rapida analisi del testo fa emergere la consacrazione del principio di libertà della negoziazione quale immunità della parte da ogni forma di responsabilità per il mancato raggiungimento dell'accordo.

Nell'ottica tuttavia di un necessario bilanciamento di interessi, quale limite a questo principio è previsto l'obbligo di condurre le trattative conformemente a *good faith* e *fair dealing*<sup>598</sup>.

Così accanto alla previsione in forza della quale “*a person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement*”; si colloca la regola per cui “*a person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract*”.

La scelta del *Draft* è stata quella di recepire il principio della buona fede nelle trattative<sup>599</sup>, conformemente ai sistemi di *civil law*<sup>600</sup> nei quali vi è una chiara esplicitazione della clausola generale.

Rientra fra le ipotesi di violazione del precetto di buona fede la fattispecie nella quale la

---

<sup>597</sup>In argomento cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, in *Il Draft Common Frame of Reference nel diritto privato europeo*, a cura di G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI, Milano, 2009, p. 135 e ss.

<sup>598</sup>Principio e dovere richiamati sono rispettivamente disciplinati all'art. II.-3:301, comma 1 e II – 3: 301, comma 2.

<sup>599</sup>Con riferimento a questa specifica scelta è stato osservato in chiave critica che “if the aim of DCFR is to foster legal harmonization, this aim is particularly hard to reach by employing general clauses, because their meaning and scope cannot be defined *a priori*, and it is very likely that national interpreters will rely on the rules applied in their own system, which they know best, thereby reproducing at the European level discrepancies that exist among national legal systems”; per queste osservazioni cfr. di recente L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI (edited by), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2010, p. 255.; secondo parte della dottrina, la tecnica di regolamentazione per clausole generali assume degli aspetti di debolezza anche con riferimento alla *CESL*: l'impiego di questi strumenti parebbe, infatti, vanificare gli scopi che i modelli di armonizzazione giuridica generalmente si prefiggono: in argomento S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p.2, ove ci si interroga sull'adeguatezza degli strumenti elastici al fine di “pervenire ad una effettiva armonizzazione del diritto privato europeo”

<sup>600</sup>E' stato a riguardo osservato che “*Article II.-3:301 of the DCFR seems to represent the common core of the European civil law tradition, although not a broader European common core*”: J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, cit., p. 485.

parte inizi o continui la trattativa senza intenzione di addivenire alla conclusione del contratto<sup>601</sup>; in questo caso la parte sarà obbligata a risarcire ogni perdita subita dalla controparte a cagione della trattativa intrapresa e non giunta a buon fine.

Rientra anche, fra le ipotesi di violazione del precetto rappresentato dalla regola di buona fede e correttezza<sup>602</sup>, la violazione del divieto di divulgazione di notizie apprese nel corso delle trattative (*breach of confidentiality*)<sup>603</sup>.

Anche in tal caso il risarcimento del danno coprirà ogni perdita subita dalla controparte.

E' così già possibile evidenziare alcuni punti di contatto fra la disciplina interna e quella proposta nel documento di armonizzazione. In primo luogo il collegamento scolpito nel documento fra libertà contrattuale e dovere di buona fede e correttezza suggerisce la necessità di un bilanciamento fra le contrapposte esigenze che le diverse regole tendono a tutelare.

Al contempo così come all'interno del nostro ordinamento il *micro-sistema* normativo delineato dagli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c. tende ad applicarsi ai contratti che presuppongono una trattativa individuale, mentre la disciplina del codice del consumo trova applicazione per quei contratti in cui sussista un'asimmetria informativa<sup>604</sup>; del pari il *DCFR* nel disciplinare la seconda fattispecie alla quale ci riferiamo— in cui non sussiste la fase della trattativa - sia con riferimento ai doveri di informazione, sia al *duty to prevent input errors*

---

<sup>601</sup>Cfr. Art. II.-3:301, comma 4.

<sup>602</sup>Per la coincidenza della nozione di buona fede e correttezza, nel contesto della dottrina interna, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 277 e ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Pro. Civ.*, 1971, p. 614. G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, p. 236; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 709; di diverso avviso Betti il quale basa la distinzione fra i due concetti sulla considerazione per la quale, soltanto con riferimento alla buona fede oggettiva vi sarebbe la possibilità di concepire un dovere positivo di cooperazione: sul punto E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 90 e ss.

<sup>603</sup>Cfr. Art. II. 3:302

<sup>604</sup>Il tema dell'asimmetria è spesso ricondotto, non tanto alla disparità di forza economica o informativa, quanto al potere in capo ad uno dei contraenti di imporre un determinato contenuto contrattuale: sul punto, P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 816 e ss.; M. NUZZO, *Condizioni generali del contratto*, in *Dizionario del diritto privato. Diritto civile*, I, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, p. 163 e ss.; per un quadro delle differenti impostazioni di recente V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., p. 183 e ss.

fa riferimento a contratti in cui una delle parti possa essere definita come professionista o soggetto *business*<sup>605</sup>.

### 3. (segue) *DCFR responsabilità precontrattuale e contratto valido.*

L'impiego possibile della comparazione funzionalmente alla conferma delle soluzioni proposte in relazione a questioni dubbie scaturite nell'ordinamento interno, trova un'immediata applicazione nel trattamento che il *DCFR* riserva all'ipotesi di violazione dei doveri di buona fede e correttezza nelle trattative<sup>606</sup>.

L'art. II.-3:301 afferma il principio della sussistenza della responsabilità precontrattuale nel caso di violazione dei doveri richiamati, anche per il caso di intervenuta conclusione di un contratto<sup>607</sup>.

L'impatto della regolamentazione presente nel *DCFR* sul sistema interno sarebbe quello di confutare il dubbio circa la legittimità di un'interpretazione volta ad affermare la responsabilità precontrattuale anche nel caso in cui, pur addivenendosi alla conclusione di un contratto valido ed efficace, quest'ultimo sarebbe stato concluso a condizioni differenti, ove non ci fosse stata scorrettezza a opera di uno dei contraenti nella fase delle trattative contrattuali.

L'intervenuta conclusione del contratto provocherebbe, per come già verificato, secondo alcune ricostruzioni, l'impossibilità, per effetto dell'assorbimento della violazione nel

---

<sup>605</sup>Malgrado la scelta sia stata differente – come opportunamente segnalato da parte della dottrina (in argomento cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit. p.138) – in quanto il legislatore italiano ha deciso di isolare i complessi normativi configurando il codice del consumo come “micro-sistema” normativo autonomo con all'interno principi e regole peculiari; non è tuttavia possibile affermare la diversità di fondo di impostazione in ragione del fatto che in entrambi i complessi “normativi” la previsione di specifici doveri di informazione viaggia di pari passo alle c.d. asimmetrie informative che dipendono anche dalla diversa posizione sostanziale delle parti.

<sup>606</sup>In argomento cfr. L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, cit., 2012, p. 1082 e ss.

<sup>607</sup>Testualmente il documento al punto richiamato prevede che “a person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations”.

Le alternative previste dalla disposizione parrebbero quella del recesso dalle trattative e quella del contegno contrario alla buona fede che abbia nonostante ciò condotto alla stipulazione di contratto valido.

vincolo contrattuale, di riscontrare una concreta responsabilità precontrattuale<sup>608</sup>; essa sarebbe rinvenibile esclusivamente nel caso di ingiustificato recesso dalle trattative, o di stipulazione di contratto invalido o inefficace.

A ben guardare la richiamata impostazione del *DCFR*<sup>609</sup> confermerebbe la validità della lettura alla quale abbiamo in questa sede inteso aderire e in forza della quale, nella sussistenza di una lesione precontrattuale, l'unico elemento al quale attribuire reale rilevanza, non sarebbe l'aprioristica impossibilità di configurare una concreta ipotesi di responsabilità precontrattuale per il caso di valida stipulazione, quanto il necessario adeguamento dei criteri di risarcimento del danno che nella fattispecie evocata andrebbe commisurato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico prodotto dalla violazione della regola di buona fede contrattuale<sup>610</sup>.

Possiamo anche rilevare come l'impostazione del *Draft* pare scogliere il nodo circa la possibilità di richiedere e ottenere il risarcimento del danno nel caso in cui la violazione dei doveri precontrattuali si sia tradotta in un vizio che abbia portato all'annullamento del contratto e malgrado ciò la parte legittimata abbia convalidato il contratto stesso o lasciato decorrere il termine prescrizione senza esperire l'azione di annullamento<sup>611</sup>.

#### 4. *DRAFT e negotiations: ripercussioni sull'ordinamento interno.*

---

<sup>608</sup>Con riferimento alla giurisprudenza che avalla questa lettura cfr. Cass. 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Foro It.*, Mass., 2007, voce *Contratto in genere*, n. 267; sul punto cfr. le notazioni di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit., p. 139.

<sup>609</sup>Congiuntamente alla lettura della disposizione richiamata nel testo si dovrebbe considerare la regola rappresentata dall'art.II.- 3:109, comma 3; l'articolo, in materia di doveri di informazione, espressamente afferma "whether or not a contract is concluded, a business which has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Sections is liable for any loss caused to the other party to the transaction by such failure".

<sup>610</sup>In questo senso Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, nn. 26764 e 26765, in *Contratti*, 2008, p. 221 e ss. La possibilità di chiedere il risarcimento del danno per violazione dei doveri precontrattuali era già stata riconosciuta dalla dottrina preferibile anche con riferimento alla intervenuta conclusione di contratto valido: per tutti M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 135 e ss.; R. SACCO, in R.SACCO, U. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, a cura di SACCO, Torino, 2004, p. 625 e ss; l'opinione contraria è, come noto, sviluppata, soprattutto, da G. D'AMICO, fra gli altri luoghi, in *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 351 e ss.; ancora più di recente e alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, le riflessioni dell'A. sono contenute, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, cit., p. 197 e ss.

<sup>611</sup>Sul punto, fra gli altri, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 68 e ss.



Un ulteriore aspetto della disciplina del *Draft* risulta acconcio a confermare alcuni schemi interpretativi già proposti nel contesto dell'ordinamento interno e riguardanti il presupposto temporale o logico rispetto al quale apprezzare i contegni illeciti, al fine della concretizzazione della responsabilità precontrattuale.

Da questo punto di vista il riferimento alle *negotiations*<sup>612</sup> pare richiamare il modello codicistico tanto delle *trattative* che della *formazione del contratto*<sup>613</sup>.

La letteratura giuridica<sup>614</sup>, come appurato, ne sottolinea la distinzione netta: mentre alla prima fase sarebbero riconducibili tutte le attività preliminari volte a verificare le reciproche disponibilità alla conclusione del contratto; il sintagma “formazione del contratto” accorperebbe i c.d. atti pre-negoziali tipici volti a perfezionare l'accordo e a produrre effetti nella sfera giuridica di controparte<sup>615</sup>.

L'obbligo di comportarsi secondo buona fede si estende, all'interno del nostro sistema, a entrambe le fasi indicate purché – ritornando pertanto su un punto già sviluppato - i diversi atti che contraddistinguono l'attività dei contraenti siano funzionalmente indirizzati alla vicenda contrattuale o al completamento di un determinato affare.

Questa soluzione pare avallata, per come anticipato, dal *DCFR*.

La generica espressione *negotiations* porrebbe l'accento più sull'elemento funzionale che su elementi tesi a individuare una precisa distinzione cronologica o a prevedere specifici momenti a partire dai quali far nascere le esigenze di tutela.

Per come abbiamo avuto modo di verificare, quando abbiamo trattato questo specifico aspetto, il criterio adottato consentirebbe di anticipare alla fase precedente alle medesime trattative le forme di tutela<sup>616</sup> della responsabilità precontrattuale.

---

<sup>612</sup>In particolare la section 3: *Negotiation and confidentiality duties*; l'art. II. – 3:301: *Negotiations contrary to good faith and fair dealing*

<sup>613</sup>In questo senso in dottrina E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit., p. 141 e ss.

<sup>614</sup>In argomento, fra gli altri L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1987, p. 59.

<sup>615</sup>Nel primo ambito si collocherebbero pertanto relazioni, contatti, discussioni sondaggi, nel secondo invece proposta irrevocabile, accettazione, opzione, patto di prelazione e contratto preliminare.

<sup>616</sup>Rinvia nel *DCFR* conferme all'impostazione per cui la responsabilità precontrattuale pare sussistere anche in capo ai soggetti che conducono le trattative indipendentemente dalla circostanza che essi facciano

Questa soluzione non può dirsi certamente costante di tutti gli ordinamenti; ma una conferma ulteriore parrebbe desumersi da quello tedesco.

Il sistema tende a estendere l'ambito di rilevanza della fase precontrattuale a fattispecie nelle quali il nesso funzionale al quale abbiamo fatto riferimento verrebbe fatto risalire al c.d. "avviamento del contratto", ad una fase cioè precedente al vero inizio delle trattative, come accade, per esempio, nel momento in cui un soggetto entri in un supermarket<sup>617</sup>.

##### 5. *Responsabilità precontrattuale e danno risarcibile nella prospettiva del DCFR.*

Nella trattazione istituzionale del tema della responsabilità precontrattuale, abbiamo prestato particolare attenzione alle questioni relative al risarcimento del danno, in particolare alla nozione di interesse negativo e positivo; le medesime nozioni sono state oggetto di approfondimento quando abbiamo fatto rapidi riferimenti ai sistemi di *common law*.

Utili spunti di riflessione paiono potersi trarre anche nel contesto dal *Draft Common Frame of Reference*.

Il comma terzo<sup>618</sup> dell'art. II.-3:301 del *DCFR* fa riferimento, infatti, a questo punto controverso del diritto interno: si occupa del danno risarcibile, disponendo che il medesimo

---

parte del futuro contratto, L. BERTINO, *Le trattative precontrattuali e i terzi*, Milano, 2009, p. 53. Questa impostazione pare avvalorata dal fondamento più volte richiamato in questa sede che sta alla base dell'allargamento dell'area di incidenza del fenomeno della responsabilità precontrattuale; nel contesto della dottrina interna cfr. già sul punto V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1268 e ss.; l'A. individua da un punto di vista sistematico negli artt. 1759 comma 1 c.c., 1718 comma ult. c.c., e nella disciplina del dolo opera del terzo indici dai quali derivare "significativi riscontri alla possibilità di una più ampia valutazione dell'ambito soggettivo della norma".

<sup>617</sup>Su questi aspetti, con riferimento all'attenzione dedicata dalla dottrina interna alla riforma delle obbligazioni recepita dal BGB, cfr. le osservazioni di U. MAGNUS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, cit., p. 680 e ss. Nelle ipotesi richiamate nel testo si instaura un rapporto obbligatorio (par. 311, II), il cui contenuto è costituito dall'obbligo di avere cura di diritti e interessi dell'altra parte (par. 241,1); sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., p. 11 e ss.

<sup>618</sup>La previsione letteralmente dispone: "A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach".

si estenda a “*any loss caused to the other party to the negotiations*”.<sup>619</sup>

Gli spunti ricavabili dai riferimenti fatti dal *Draft* rispetto a questa tematica, paiono in linea con l’impostazione che sostiene l’impossibilità che il risarcimento del danno sia limitato al c.d. interesse negativo<sup>620</sup>.

La dottrina, per come abbiamo avuto modo di verificare, afferma che la varietà delle fattispecie riconducibili alla tematica della responsabilità precontrattuale – nell’ottica, del resto, di un costante ampliamento dell’area di incidenza del fenomeno – impone di modulare il *quantum* del risarcimento del danno sulla base della concreta fattispecie che ricorre nel singolo caso<sup>621</sup>.

Si è, inoltre, sottolineato il carattere meramente descrittivo dell’espressione interesse negativo, che avrebbe l’unica funzione e utilità di raggruppare sotto un medesimo *genus* tutte le ipotesi di lesioni derivanti dalla violazione dei c.d. doveri precontrattuali<sup>622</sup>.

Alcune ricostruzioni hanno inoltre evidenziato come la stessa giurisprudenza riconosca che nell’interesse negativo possa rientrare anche il c.d. interesse positivo, quindi, non soltanto le spese sostenute, ma anche le perdite di profitto<sup>623</sup>.

Nella parte dedicata alla trattazione istituzionale del tema della responsabilità precontrattuale abbiamo avuto modo di criticare l’orientamento che impiega la formula al fine di elaborare una nozione di “danno negativo” utile a introdurre criteri limitativi dei modelli di risarcimento.

---

<sup>619</sup>In tema di rimedi derivanti dalla violazione degli obblighi precontrattuali disciplinati dal *DCFR* cfr. L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, cit., p. 1084 e ss.

<sup>620</sup>Quando parliamo di interesse negativo ci riferiamo, per come più volte ribadito, alla tradizionale impostazione risalente allo Jhering in forza della quale il concetto dovrebbe ricollegarsi alle ipotesi di illeciti precontrattuali, senza parrebbe, già nelle intenzioni dello studioso, alcun riferimento ad intenti limitativi dell’ammontare del risarcimento del danno.

<sup>621</sup>In dottrina, fra gli altri, recentemente P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 487 e ss. Con riferimento all’influenza interpretativa del *DCFR* sul sistema interno, anche rispetto a questo specifico punto, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit., p. 146 e ss.

<sup>622</sup>In questo senso P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 635 e ss.

<sup>623</sup>Così P. GALLO, op. cit., p. 495; nel caso di conclusione del contratto la concretizzazione dell’interesse negativo avverrebbe sulla base del riferimento al criterio del maggior aggravio economico subito e del minor vantaggio conseguito.

Abbiamo anche indagato le ragioni storiche dell'accostamento fra il concetto di interesse negativo e quello di danno negativo.

Il documento di armonizzazione<sup>624</sup> va nella direzione dell'impostazione preferibile adottata in questa sede, ciò sia in ragione del fatto che non richiama in alcun modo il concetto di interesse negativo, sia poiché non pare porre alcun tipo di limitazione al risarcimento del danno per illecito precontrattuale .

Infine, come osservato in letteratura<sup>625</sup>, la previsione del *DRAFT* in tema di risarcimento per il c.d. *breach of confidentiality*<sup>626</sup> parrebbe ulteriore conferma dell'influenza del modello di armonizzazione sull'interpretazione proposta in tema di risarcimento del danno in materia di illecito precontrattuale.

La disposizione, infatti, prevede che nella fattispecie non sia dovuto solo il risarcimento del danno per le perdite verificatesi; la parte che si è avvantaggiata a mezzo dell'acquisizione delle notizie segrete deve corrispondere, infatti, alla controparte ogni beneficio o vantaggio acquisito per il tramite della violazione del dovere richiamato.

La norma<sup>627</sup>, malgrado possa avere una valenza avvalorativa rispetto all'istituto in esame, con particolare riguardo ai criteri e ai modelli di risarcimento del danno, non riveste pari utilità al fine di dirimere il dubbio circa la sussistenza di un dovere di segreto all'interno della fase delle trattative.

Abbiamo infatti avuto modo di osservare come il dovere di segreto possa considerarsi oggetto di un'apposita clausola così da generare, per il caso di violazione, una precisa e

---

<sup>624</sup>Ulteriore conferma dell'impostazione deriverebbe dal significato attribuito dal *DCFR* al termine *loss* nella definizione di cui all'art. III.-3:701 in materia di inadempimento contrattuale. In particolare il documento di armonizzazione afferma infatti "the loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur". Ulteriori spunti derivano dal terzo comma a tenore del quale "economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. Non economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of the life".

<sup>625</sup>Cfr. sul punto le osservazioni di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit., p. 149 e ss.

<sup>626</sup> Cfr. la previsione di cui all'art. II-3:302, comma quarto: essa recita "a party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach".

<sup>627</sup>Quella relativa al c.d. *breach of confidentiality*.

definita ipotesi di responsabilità contrattuale<sup>628</sup>; ovvero importi, sussistendone i presupposti legittimanti, ipotesi suscumbibile nel contenuto precettivo dell'art. 2043 del codice civile<sup>629</sup> e quindi, pertanto, specifica violazione del principio generale del *neminem laedere*.

Nessun dubbio, malgrado paia superfluo sottolinearlo, involge la previsione del Draft ove è proprio la disposizione a prevedere il dovere in esame, sciogliendo l'alternativa.

6. *Draft, ordinamento interno e contratti conclusi con il consumatore: fra doveri di informazione e rimedi esperibili.*

Tutta la “fase precontrattuale” relativa ai contratti fra professionista e consumatore è contrassegnata da una serie di *information duties*<sup>630</sup> che sono nel dettaglio individuati dagli artt. II.-3:101, - II.-3:109 del testo del *Draft Common Frame of Reference*.

La previsione dei doveri di informazione<sup>631</sup> risulta conforme alla visione della Commissione secondo la quale la “*inequality of bargaining power between trader and consumer*” necessita di un controbilanciamento rappresentando da una migliore informazione da assicurare al consumatore<sup>632</sup>.

Non ci soffermeremo sulla specifica enucleazione dei doveri richiamati - rispetto alla quale si rinvia al testo della normativa in esame e ai commenti<sup>633</sup> sul punto<sup>634</sup> -, ma tratteremo, in

---

<sup>628</sup>L'esempio che abbiamo fatto è quello del *secrecy agreement* proprio della lettera di intenti.

<sup>629</sup>Saremmo di fronte, pertanto, a una vera e propria ipotesi di illecito extra-contrattuale.

<sup>630</sup>Sulla duplice natura dei doveri di informazione e dei “*negotiation and confidentiality duties*”, cfr. C. CASTRONOVO, *Informational Duties and Precontractual Good Faith*, 17, *European Review of Private Law*, 2009, p. 559.

<sup>631</sup>Sull'opportunità di estendere i doveri di informazione richiamati oltre i confini tracciati e pertanto anche rispetto ai contratti B2B cfr. le osservazioni di N. JANSEN, R. ZIMMERMAN, *Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the Principles of the Existing EC Contract Law*, 71, *MLR (Modern Law Review)* 2008, p. 505.

<sup>632</sup>Cfr. sul punto P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, p., p. 86 e s..

<sup>633</sup>In particolare cfr. L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, cit., p. 1082 e ss., nota 34; l'A. nel solcare le differenze fra l'ordinamento interno e il sistema offerto dal *Draft Common Frame of Reference* sottolinea: “*gli obblighi nella fase precontrattuale sono dunque limitati e non tipizzati: essi riguardano soprattutto l'interruzione della trattativa senza giustificazioni, ma non l'obbligo di disclosure di fatti e circostanza, salve le cause di invalidità del contratto [...]. Per contro il Draft eleva a regola di tenore generale (da osservarsi cioè nei confronti di chiunque, come si dice nel testo “an other party”) nel caso di*

particolare, dei rimedi per il caso di violazione degli obblighi, in particolare al fine di verificare se le soluzioni accolte dal documento di armonizzazione possano costituire valido strumento argomentativo per fugare i dubbi che proprio nel sistema interno si sono alimentati – a cagione delle diverse letture operate dal formante giurisprudenziale e dottrinario – sugli effetti della violazione dei doveri di informazione nei contratti stipulati fra professionisti e consumatore.

Il *Draft* prevede quali rimedi<sup>635</sup> - per le ipotesi di violazione dei doveri di informazione - il risarcimento del danno e l'annullamento del contratto per errore<sup>636</sup>: pare così confermare l'orientamento interno in forza del quale pregio manterrebbe la differenza fra regole di validità e regole di comportamento o responsabilità.

Nello specifico quando si tratta di violazioni di regole di condotta la ricaduta non è rappresentata dall'invalidità del contratto, nel senso della nullità, quanto la responsabilità del contraente<sup>637</sup>.

Occorre a ogni modo rilevare che parte del formante giurisprudenziale interno<sup>638</sup>, chiamata

---

*vendita di good, assets, services obblighi di informazione a carico dell'imprenditore [...]; non identifica in dettaglio le informazioni che debbono essere date, ma impiega una clausola generale, fondata sulla ragionevole aspettativa ("reasonably expect") della controparte, e tiene conto dello standard di qualità e della prestazione, qualificate "normali" attese le "circostanze" (II, - 3:101)".*

Anche nel caso di contratti fra professionisti sussiste l'obbligo e quindi la violazione ricorrente nelle ipotesi in cui vi è un difetto dell'informazione che sarebbe attesa secondo le circostanze; quest'ultima pare un vera novità rispetto all'ordinamento interno ove i rapporti fra professionisti non soggiacciono, almeno apparentemente, a obblighi di tale natura. Occorre ad ogni buon conto tenere conto del fatto che malgrado l'assenza di una specifica previsione in materia di obblighi di informazione nel processo di tipizzazione dei doveri precontrattuali, l'opera della giurisprudenza ha ampliato, come visto, lo spettro delle ipotesi tipiche espressamente disciplinate, dando vita a un considerevole riempimento di contenuto del micro-sistema normativo rappresentato dagli artt. 1337-1338 del codice civile

<sup>634</sup>In argomento E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, cit., p. 149 e ss.

<sup>635</sup>D'altro canto la disciplina in tema di recesso pare confermare l'impostazione cara al codice di consumo: cfr. per ulteriori approfondimenti E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and Precontractual Duties nel Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 151 e ss.

<sup>636</sup>Esclude pertanto il riferimento alla nullità che tanto ha influenzato il dialogo interno sulle conseguenze della violazione dei doveri di informazione in diversi settori disciplinari del nostro ordinamento giuridico.

<sup>637</sup>Sul punto V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond)*, cit., p. 896 e ss.

<sup>638</sup>Con riferimento alla prescrizione di cui all'art. 21, d.lgs n. 58 del 1998, cfr. Trib. Mantova, 1 dicembre 2004, in *Danno e Responsabilità*, 2005, p. 614 e ss.; cfr. inoltre Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in

ad affrontare la tematica delle conseguenze della violazione delle regole di informazione, si era espressa nel senso della nullità del contratto sostenendo che la violazione delle regole di comportamento potrebbe avere dei risvolti non sul terreno della responsabilità, ma su quello della validità del contratto stipulato sulla base delle predette violazioni<sup>639</sup>.

Proprio su quest'ultima tematica ci siamo ampiamente soffermati nella parte della trattazione in cui abbiamo affrontato il tema della responsabilità da contratto valido, ma sconveniente; a quella fase rinviamo per ulteriori approfondimenti.

Vale ad ogni modo osservare che anche gli spunti forniti dal *Draft* paiono confermare le conclusioni già rassegnate in forza delle quali, malgrado si debba riconoscere la differente natura delle regole di comportamento e di validità non possono tuttavia negarsi le reciproche interferenze che le diverse discipline realizzano rispetto a particolari ipotesi, da valutarsi caso per caso.

Il rinvio fatto dal II.-3:109,4 alla disciplina dettata dall'art. II. -7:201, in tema di *Mistake* pare proprio andare nella direzione della lettura proposta; infatti alla lett. b) iii è previsto fra i diversi presupposti che “the other party caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a precontractual information duty”; la violazione della regola di condotta rappresentata in questo caso dal dovere d'informazione agisce direttamente sullo strumento dell'errore al fine di provocare l'invalidazione del contratto.

---

*Contratti*, 2005, p. 1 e ss.; con nota di D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito al consumatore*; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1271 e ss., con nota di A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*; l'orientamento richiamato è stato poi disatteso dalle note Sezioni Unite della Cassazione del 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725; occorre a ogni modo osservare come residuino fattispecie concrete che prevedono la nullità del contratto per il caso di violazione dei doveri di informazione: a titolo meramente esemplificativo possiamo segnalare l'art. 30 comma 7 del T.U.F. che prevede la nullità relativa del contratto che riguarda strumenti finanziari e che sia stato concluso fuori sede per il caso in cui non indichi la previsione della facoltà di recesso a favore del cliente; al contempo è possibile segnalare l'art. 52 del codice del consumo a tenore del quale è sanzionata con la nullità la fattispecie nella quale l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata non sono dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore; per una critica a questo orientamento cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno agli investitori e responsabilità delle autorità di vigilanza e degli intermediari finanziari*, in *Resp. Civ. prev.*, 2005, p. 21 e ss.; più di recente cfr. ID, *Marketing and Pre-contractual duties nel Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 152 e ss; sul punto cfr. inoltre le osservazioni di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione (a proposito di Cirio Bond e Tango Bond)*, in *Danno e Responsabilità*, 2005, p.896 e ss.

<sup>639</sup>Per ampie considerazioni su questi aspetti si rinvia a G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., *passim*

Il comportamento scorretto è espressione di un giudizio di disvalore attinente anche al regolamento negoziale.

Infine lo specifico rimedio<sup>640</sup> di cui al II.-3:109,2<sup>641</sup> confermerebbe la tutelabilità dell'interesse positivo, anche rispetto alle ipotesi di responsabilità precontrattuale per il caso di conclusione del contratto.

Ci riferiamo alla possibilità, sul presupposto della scarsità o insufficienza delle informazioni ricevute, di considerare vincolato il professionista a tutte quelle obbligazioni che il consumatore si sarebbe potuto ragionevolmente attendere<sup>642</sup>.

#### *7. Strumenti di uniformazione giuridica internazionale: la responsabilità precontrattuale nella Convenzione di Vienna e nei Principi UNIDROIT.*

Prima di verificare cosa la proposta di regolamento avente ad oggetto la vendita europea (CESL) abbia riservato in termini di disciplina e di temi affrontati rispetto all'istituto della responsabilità precontrattuale<sup>643</sup>, al fine di collocare la figura in un contesto più ampio, occorre porre l'attenzione su alcuni processi di uniformazione giuridica internazionale e su

---

<sup>640</sup>E' stato posto in evidenza come "alle previsioni del Draft Common Frame of Reference concernenti gli obblighi di informazione e in particolare i rimedi per la loro violazione la dottrina tende in generale a riconoscere il merito di essere andate oltre il semplice rinvio alle legislazioni nazionali": in questo senso R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 340 e ss.

<sup>641</sup>La disposizione letteralmente recita "if a business has failed to comply with any duty imposed by the preceding Articles of this Sections and a contract has been concluded, the business has such obligation under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information".

<sup>642</sup>Per una distinzione fra la previsione richiamata in tema di *DRAFT* e l'art. 1340 del codice civile cfr. le osservazioni di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and Precontractual Duties nel Draft Common Frame of Reference*, cit., p. 153 e ss.; sul tema della clausole d'uso *ex multis*, G. GITTI, *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, p. 115 e ss. Appare evidente che la distinzione fra le due fattispecie - quella interna e quella prevista dal documento di armonizzazione- risiede nel fatto che la determinazione del contenuto del contratto è effettuata in un caso sulla base di quanto sia o meno usuale per quel dato tipo di contratto; nell'altro caso su un criterio, che potremmo dire più soggettivo, basato su quanto la controparte si sarebbe ragionevolmente attesa, indipendentemente dal fatto che quel contenuto sia considerato o meno usuale.

<sup>643</sup>In argomento cfr. le considerazioni di P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 79 e ss.



come gli stessi abbiano trattato il tema dell'illecito precontrattuale.

Al di là delle letture offerte dal formante dottrinale e sulle quali ci soffermeremo subito a seguire, la Convenzione di Vienna non pare contenere, al suo interno, alcun riferimento esplicito al tema oggetto di riflessione.

La *CISG*, nella sezione dedicata alla *formation of contract*, tralascia la questione relativa ai profili patologici derivanti dalla violazione di regole comportamentali nella fase precedente la conclusione del contratto<sup>644</sup>; si limita a disciplinare aspetti e criteri che attengano i profili identificativi dell'avvenuta o meno conclusione del contratto.

La rilevanza della scelta operata sul tema dalla Convenzione assume particolare rilievo in ragione del fatto che essa, per effetto dell'adesione da parte degli stati firmatari, ha assunto il ruolo di legge uniforme.

Occorre tuttavia osservare che – analogamente a quanto rilevato per i sistemi di *common law*, nei quali le declamazioni di principio non vanno sempre di pari passo alle soluzioni concretamente adottate – malgrado l'assenza di una concreta disciplina della fase precontrattuale, il *formante dottrinario*<sup>645</sup> impiega alcuni espliciti riferimenti contenuti nella *CISG* al fine di confermare la presenza dell'istituto della responsabilità precontrattuale nel documento normativo.

In particolare si è concentrata l'attenzione sull'art. 7 che, sebbene non faccia riferimento al concetto di buona fede quale principio inclusivo dei doveri precontrattuali, esplicitamente afferma: “(1) *Nella interpretazione della presente Convenzione si deve aver riguardo al suo carattere internazionale, e alla necessità di promuovere l'uniformità della sua applicazione e l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale.* (2) *Le questioni concernenti materie disciplinate dalla presente Convenzione che non sono espressamente risolte da essa devono essere risolte in conformità con i principi generali*

---

<sup>644</sup>Malgrado questo, come ricorda la dottrina interna “*la CISG è stata addirittura presa a modello dai primi compilatori di principi di diritto europeo dei contratti, proprio perché primo esempio di un diritto uniforme particolarmente riuscito, basato anch'esso sul metodo comparatistico, ma caratterizzato soprattutto dal suo taglio pragmatico*”; sul punto M. MELI, op. cit., p. 199 e ss.

<sup>645</sup>Per un quadro delle diverse impostazioni dottrinarie D. M. GODERRE, “*International Negotiations Gone Sour: Pre-contractual Liability under the United Nations Sales Convention*”, 66 *U.Cincinnati Law Review* (1997), p. 258 e ss

*sui quali essa si basa, ovvero, in mancanza di tali principi, in conformità con la legge applicabile in virtù delle norme di diritto internazionale privato”.*

La soluzione adottata è stata quindi quella dell’impiego del principio della buona fede, non come regola avente carattere sostanziale, ma come disposizione volta ad orientare modelli interpretativi relativi alla complessa strutturazione del materiale offerto dalla Convenzione. Si tratterebbe di una soluzione di compromesso fra le differenti anime emerse all’interno della Commissione di redazione, riconducibili nella sostanza a due differenti impostazioni: la prima, quella espressione delle istanze proprie dei Paesi di *Civil Law*, secondo cui anche all’interno delle regole di uniformazione giuridica internazionale sarebbe ravvisabile la sussistenza di un principio di buona fede quale modello regolatore – nel senso di previsione avente carattere sostanziale - della fase c.d. pre-contrattuale.

L’impostazione dei Paesi di *Common Law* si palesava, invece, attraverso la negazione esplicita della sussistenza del medesimo principio, in quanto estraneo alla tradizione culturale giuridica espressa da questi modelli<sup>646</sup>.

Abbiamo già accennato in diversi punti della trattazione al differente atteggiamento che i diversi sistemi o gruppi di sistemi riservano alle clausole generali come tecniche di normazione.

Il testo della disposizione ha dato luogo così a diverse interpretazioni, alcune basate su meri riferimenti letterali che di fatto tenderebbero a escludere ogni rilevanza del modello della buona fede quale strumento produttivo di doveri riconducibili alla fase precontrattuale.

Con diversità di sfumature, altre letture tendono invece a conferire rilievo al principio di buona fede, mantenendo sempre un’interpretazione letterale della disposizione e valorizzando invece il ruolo dei principi generali sottesi al diritto internazionale; ovvero a estendere il valore precettivo della disposizione, disancorandolo dal mero riferimento alla funzione di sostegno per il giudice ai fini dell’interpretazione della Convenzione, con

---

<sup>646</sup>In argomento cfr. E. A. FARNSWORTH, “*Problems of Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries*”, in 7 *Digest of Commercial Laws of the world*, 1980, p. 19; P. J. POWERS, “*Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, in 18 *Journal of Law and Commerce* (1999) p. 333-353.

l'effetto di ampliare il riferimento soggettivo del dovere di buona fede ai contraenti nelle differenti fasi contrattuali, anche in quella precontrattuale<sup>647</sup>.

#### 8. (segue) *I Principi UNIDROIT e la culpa in contrahendo.*

Anche nel contesto della disciplina dei contratti commerciali internazionali si è storicamente affermato il principio generale di buona fede con una vigenza che si estende alla fase delle trattative precontrattuali: questo principio si estrinseca essenzialmente per tramite della previsione di una pluralità di sanzioni derivanti dalla sua violazione<sup>648</sup>.

L'affermazione del principio trova un'espressa conferma nella giurisprudenza arbitrale internazionale<sup>649</sup>: in particolare, e qui per meri cenni, il lodo n. 2508 del 1976 e il lodo n. 2291 del 1975 affermano l'obbligo di lealtà nelle trattative<sup>650</sup>.

Il formante giurisprudenziale pare conformare l'opera dei redattori dei c.d. Principi UNIDROIT; l'art. 2.1.15 - malgrado affermi la regola per cui il principio di libertà contrattuale si espliciti anche in senso negativo come libertà per i contraenti di non addivenire alla conclusione del contratto - esprime, al contempo, il divieto di condurre o interrompere le trattative in mala fede.

Anche in questo contesto, come per altri strumenti, la tecnica di bilanciamento degli interessi impone di porre un limite alla libertà di contrarre, anche nella sua accezione negativa, al fine di evitare che la medesima libertà si tramuti in arbitrio.

La sanzione per la violazione di tale divieto è rappresentata dalla responsabilità per le perdite cagionate a controparte, eccezione fatta per gli *expectation interests*<sup>651</sup>.

---

<sup>647</sup>Per un quadro delle diverse posizioni riassunte dalla tassonomia richiamata ed espresse dalla dottrina sul punto, cfr. per tutti, D. M. GODERRE, *International Negotiations Gone Sour: Pre-contractual Liability under the United Nations Sales Convention*, cit., p. 274 e ss.

<sup>648</sup>Fra queste, per citarne alcune, possiamo fare riferimento al recesso delle trattative, imposizioni di penali, risarcimento del danno e obbligo di riprendere le trattative.

<sup>649</sup>In argomento, A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2010, p. 161 e ss.

<sup>650</sup>In *JDI*, 1977, p.943; *JDI*, 1976, p. 989.

<sup>651</sup>Nell'ambito della dottrina italiana sul punto cfr. A. DI MAJO, *L'osservanza della buona fede nei Principi*

Il commento all'art. 2.1.15 conferma l'importanza del ruolo giocato dai doveri di informazione nel contesto della responsabilità precontrattuale e ancor prima dei doveri che caratterizzerebbero la fase precontrattuale: si afferma infatti che “*quando una parte deliberatamente o per negligenza ha ingannato l'altra parte sulla natura o sulle condizioni del contratto proposto, vuoi travisando, vuoi non rilevando fatti che, per la qualità delle parti e/o la natura del contratto, avrebbero dovuto essere rilevati*” può sorgere una concreta ipotesi di responsabilità precontrattuale per trattative condotte in mala fede<sup>652</sup>.

I Principi UNIDROIT dedicano anche una particolare disciplina all'obbligo di riservatezza: in particolare l'art. 2.1.16 dispone che in caso di rivelazione di un'informazione riservata, la parte che riceve l'informazione ha l'obbligo di non divulgare l'informazione o di non utilizzarla in modo scorretto a proprio vantaggio<sup>653</sup>.

Rinviamo anche rispetto a questo aspetto, alle osservazioni che abbiamo dedicato al tema durante la trattazione istituzionale della figura della responsabilità precontrattuale.

---

*UNIDROIT su contratti commerciali internazionali*, in BONELL, BONELLI (a cura di ) *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, 1997, p. 143.

<sup>652</sup>Sul punto cfr. A. FRIGNANI, M. TORSELLO, op. cit., p. 163.

<sup>653</sup>La sussistenza dell'obbligo prescinde dall'avvenuta conclusione o meno del contratto.

### **Cap. III: Proposta di regolamentazione sulla vendita europea (CESL) e disciplina degli illeciti precontrattuali.**

Sommario: 1. La *Common European Sales Law*: l'iter della proposta. 2. La responsabilità precontrattuale nella CESL. 3. La buona fede quale principio generale: possibile applicazione diretta alle trattative. 4. Osservazioni in tema di risarcimento del danno e CESL. 5. Ambiguità e limiti della CESL. 6. Intervenute modificazioni della realtà giuridica e clausole generali: alcune riflessioni. 7. CESL e recesso ingiustificato dalle trattative. Dubbi circa l'individuazione di una lacuna od opportunità per l'applicazione dei principi o delle clausole generali? 8. CESL e principio di non interferenza fra regole di validità e regole di comportamento. 9. Cenni alle più recenti modifiche alla proposta di regolamento sulla vendita europea.

## 1. *La Common European Sales Law: l'iter della proposta.*

La Commissione Europea, nell'intento di ridare impulso all'opera di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, ha sollecitato tutti i soggetti interessati (c.d. *stakeholders*) a esprimere le loro preferenze sulle varie opzioni sul futuro del diritto contrattuale europeo indicate nel Libro verde del 1 Luglio 2010, in vista di un diritto dei contratti per i consumatori e le imprese (Com (2010)0348)<sup>654</sup>.

Le radici di questo approccio sono ben più lontane nel tempo: se solo si volge lo sguardo alle risoluzioni del Parlamento europeo (del 26 maggio 1989 e del 6 maggio 1994)<sup>655</sup> di esortazione, proprio della Commissione, a intraprendere il lavoro per la elaborazione di un codice di diritto privato europeo<sup>656</sup>.

A seguito delle risposte date al Libro verde è stato costituito un gruppo di esperti con il compito di elaborare un documento (c.d. *Feasibility Study*) in cui si propongono varie soluzioni giuridiche per l'uniformazione giuridica del diritto contrattuale europeo.

Nel giugno 2011<sup>657</sup>, il Parlamento europeo ha votato l'*opzione 4*, fra le sette indicate nel *Green Paper*, raccogliendo, per questa via, le sollecitazioni provenienti dalla stessa Commissione.

Alcune delle opzioni prospettate nel Libro Verde erano risultate intenzionalmente impraticabili: dalla scelta possibile dell'adozione di un codice che sostituisse e rimpiazzasse i singoli codici nazionali, alla mera pubblicazione dei risultati del lavoro prodotto.

Le alternative estreme parevano chiaramente inaccettabili, o per l'eccessiva ambizione del risultato al quale si tendeva, ovvero per il carattere eccessivamente blando della risposta

---

<sup>654</sup>Si tratta nello specifico del *Libro Verde sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e per le imprese*, doc. COM. (2010) 348 def.

<sup>655</sup>Rispettivamente in G.U.C.E., n. C 158/401 e in G.U.C.E., n. C. 519/205.

<sup>656</sup>M. MELI, *Proposta di Regolamento – Diritto Comune Europeo della Vendita*, in *NLCC*, 2012, p. 184 e ss.; ivi è evidenziato come i tentativi di armonizzazione attraverso il metodo delle direttive non erano stati fino a quel momento sufficienti a realizzare le esigenze sottese alla concretizzazione del mercato unico.

<sup>657</sup>Il Parlamento si è pronunciato l'8 giugno 2011; il risultato della votazione è rappresentato bene dai numeri: 521, una larga maggioranza quindi i favorevoli; 145 contrari e solo 8 astenuti. La pronuncia del Parlamento è "a favore di norme europee che le imprese e i consumatori di tutta l'Unione possono scegliere di applicare ai contratti conclusi nel mercato unico".

rispetto alle finalità proposte.

Il momento apicale dell'attività di impulso all'opera di armonizzazione è rappresentato dalla presentazione da parte della Commissione al Parlamento ed al Consiglio di una proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (*Common European Sales Law*<sup>658</sup>) che ha quali aspetti caratterizzanti, fra gli altri, l'applicabilità alle negoziazioni *cross border*, la qualifica di *second regime*, di legge contrattuale identica per ogni Stato Membro (*Proposal Comma 2011 635 final* dell'11 ottobre 2011)<sup>659</sup>.

Si realizzerebbe, in questo modo, l'aspirazione multilivello<sup>660</sup>, già compiuta in ambito di diritti umani e per la quale il processo di integrazione europea conduce sempre più spesso a far convivere all'interno di ogni singolo Stato e quindi di ogni ordinamento, il sistema nazionale e quello sovranazionale<sup>661</sup>.

Elemento caratteristico della proposta è la conformazione del regime disciplinare in essa contenuto - e rappresentato essenzialmente dall'articolato - quale sistema essenzialmente opzionale<sup>662</sup>: in ossequio pertanto al principio di *freedom of contract*.

---

<sup>658</sup>Per un' essenziale indicazione bibliografica O. LANDO, *Comments and questions relating to the European Commissions proposals for a Regulation on Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 711 e ss.; P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 634 e ss.; M. HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission Proposal for a Regulation*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 195 e ss.; E. HONDIUS, *Towards an optional Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 709 e ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale, Fonti, teorie, rimedi*, cit., p. 832 e ss.

<sup>659</sup>Con riferimento ai passi salienti dello sviluppo diacronico degli atti ed eventi che hanno condotto la Commissione a questo stadio dell'attività, cfr., G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sui Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione*, in *I contratti*, 2012, p. 611 e ss.; P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 2012, p. 626 e ss.

<sup>660</sup>Sull'influenza degli studi politologici sul concetto di sistema multi-livello, recentemente, S. PIATTONI, *The Theory of Multi-level Governance – Conceptual, Empirical and Normative Challenges*, Oxford, 2010, *passim*; già, fra gli altri, W. WALLACE, H. WALLACE (edited by), *Policy Making in the European Community*, Oxford, 1983, *passim*.

<sup>661</sup>Sulla metafora racchiusa nell'espressione multilivello, sia consentito il rinvio, a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 703 e ss.

<sup>662</sup>Sui rapporti fra il modello proposto dalla *CESL* e le regole di diritto internazionale privato coinvolte, in particolare il regolamento c.d. Roma I, M. MELI, op. cit., p. 202 e ss.; l'Autrice osserva che “*la scelta di avvalersi della CESL non avrebbe nulla a che fare con l'opinio iuris di fonte internazionalprivatistica, ma andrebbe operata tra due rami distinti del diritto della vendita all'interno dello stesso ordinamento*”.

Parte della letteratura giuridica ha osservato che il principale obiettivo della proposta di regolamento è *“improving the establishment and the functioning of the internal market by facilitating the expansion of cross-border trade for business and cross-border purchases for consumers”*<sup>663</sup>.

La premessa di questo ragionamento deriva dalla considerazione per cui la presenza di diversità sostanziali nei 27 regimi contrattuali vigenti impedisce a cittadini e imprese di sfruttare con pienezza i vantaggi del mercato unico e del commercio transfrontaliero.

La scelta di metodo adottata dagli organi comunitari è consistita nel limitare alla materia contrattuale e nello specifico al contratto di compravendita molte delle conclusioni che i compilatori del *Draft* avevano già raggiunto<sup>664</sup>.

Questo comune filo rosso è sottolineato dalla letteratura che esprime la convinzione secondo cui *“è come se, in poche parole, la Commissione avesse dato mandato al Gruppo di esperti di estrapolare dal Draft un sistema di diritto contrattuale comune, da adoperare quale sfondo per la regolamentazione del contratto<sup>665</sup> di compravendita”*<sup>666</sup>.

---

nazionale”; in altre parole è stato osservato che *“lo strumento proposto [...] non verrebbe in alcun modo a modificare o a incidere sul reg. Roma I o su altre norme di conflitto”*; pertanto *“se a un dato rapporto di consumo si applica la legge italiana (per scelta delle parti o come criterio residuale) le parti potranno ancora decidere se applicare il vecchio o il nuovo regime dei contratti”*.

<sup>663</sup>Cfr. P. GILKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 80 e ss.

<sup>664</sup>In argomento M. MELI, op. cit., p. 193 e ss.

<sup>665</sup>Nell’ambito del contratto di compravendita, malgrado l’articolato si soffermi su alcuni principi generali che possono considerarsi quale specchio dell’intenzione di uscire dai margini ristretti intorno alla nozione, la disciplina non pone particolare attenzione su aspetti di portata ampia e dogmatica, quali, ad esempio, l’individuazione del momento in cui si realizzerebbe l’effetto traslativo della proprietà; ciò in ragione delle profonde diversità che contraddistinguono i singoli ordinamenti e dell’aspirazione del documento a risolvere questioni tecniche piuttosto che scardinare salde tradizioni giuridiche.

Questa scelta si colloca del resto in perfetta linea di continuità con il modello *opt in* che, rimettendo alla scelta delle parti l’adozione dello schema di disciplina, consente l’introduzione “dolce” del complesso normativo in ogni sistema; per contribuire a una realizzazione più piena di queste intenzioni non pare pertanto auspicabile l’introduzione di regole che vadano a incidere significativamente sui capisaldi di ogni sistema nazionale.

Sul tema, ad esempio, del trasferimento dei diritti e delle obbligazioni, cfr. le riflessioni di H. BEALE, W. RINGE, *Transfer of Rights and Obligations*, in *The Common European Sales Law in context. Interactions with English and German Law* (edited by G. Dannemann e S. Vogenauer), Oxford, 2013, p. 521 e ss.

Nel conteso della dottrina interna, con riferimento alle tendenze sviluppatesi in diverse fasi storiche, e volte alla realizzazione di un progetto di codificazione unitario, si è rilevato quanto sarebbe riduttivo limitare il discorso al dibattito sulla prevalenza del principio consensualistico e della *traditio*, oppure del principio della



## 2. *La responsabilità precontrattuale nella CESL (Common European Sales Law).*

La proposta di regolamento non si colloca in totale linea di continuità con l'impostazione adottata dal *Draft* in tema di trattative e responsabilità precontrattuale.

Anche una rapida scorsa del testo consente di convergere sulla conclusione per cui manca ogni riferimento al principio generale rappresentato dal dovere di rispettare la buona fede nelle trattative del contratto<sup>667</sup>.

Gli artt. 13-29<sup>668</sup> della proposta<sup>669</sup> regolano la fase precontrattuale – senza tuttavia menzionarla come fase autonoma – prevedendo una serie di disposizioni che hanno quale fine essenziale quello di individuare specifici obblighi informativi che devono essere rispettati<sup>670</sup> sia dal professionista<sup>671</sup> nei contratti stipulati col consumatore<sup>672</sup> sia in quelli<sup>673</sup> stipulati con altro professionista<sup>674</sup>.

---

causalità rispetto a quello dell'astrattezza; si è inoltre osservato che “*questa sarebbe una discussione che, fra l'altro, ha già visto la sua inconcludenza nella stesura della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili, poiché vorrebbe dire chiedere a Paesi di lontana ed apprezzata tradizione giuridica di rinunciare alla propria storia*”: M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contratto e impresa europa*, 2012, p. 350 e ss.

<sup>666</sup>Così letteralmente M. MELI, op. cit., p. 96 e ss.

<sup>667</sup>Su questa tematica cfr. nella letteratura straniera P. GILIKER, op. cit., p. 79 e ss.

<sup>668</sup>Per una catalogazione delle disposizioni richiamate in base all'oggetto delle norme, cfr. K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-contractual Duties*, cit., p. 217 e ss.

<sup>669</sup>Possiamo evidenziare come gli artt. 13-22 CESL contengano un quadro uniforme delle informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire al consumatore; gli artt. 23-29 prevedono una serie di norme con ambito oggettivo e soggettivo variegato all'interno delle quali si collocano indicazioni avente carattere generale con riferimento alla imperatività delle norme, all'obbligo di garantire la correttezza delle informazioni fornite e come vedremo ai rimedi; occorre tuttavia osservare che gli emendamenti alla proposta per effetto della risoluzione del parlamento del 26 febbraio 2014 prevedono l'eliminazione dei riferimenti ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, l'attenzione essenziale per la categoria dei contratti *on line*, l'abrogazione degli artt. 18 e 20 dell'articolato: su questi aspetti A. ADDANTE, *Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di regolamento per un "diritto comune europeo della vendita"*, cit., p. 23 nota 17; cfr., inoltre, p. 35 e ss. con riferimento al ruolo di centralità, all'interno della proposta, per effetto dell'evoluzione del suo *iter*, assegnato ai contratti conclusi con mezzi *on line*.

<sup>670</sup>La natura *opt in dello* strumento, applicabile su base volontaria e in ragione di un accordo apposito impone che specifici doveri di informazione debbano riguardare anche la CESL stessa quale modello regolamentare. Fra i doveri c.d. precontrattuali di informazione deve ritenersi operante anche quello del venditore nei confronti dell'acquirente avente ad oggetto la CESL e il suo contenuto; in argomento cfr. M. MELI, op. cit., p. 199 e ss.

<sup>671</sup>Una critica a questa impostazione parrebbe risiedere in quella dottrina che di recente ha affermato in

E' stata sottolineata la differenza fra i doveri di informazione relativi ai contratti *B2C* e quelli fra professionisti *B2B*.

A riguardo si è affermato che “*the proposed CESL has separate PCIDs<sup>675</sup> for B2C and B2C contracts; in the B2C context, the provisions are quite detailed, which reflects the fact that these are now largely based on those in the CRD, which although not presented in the same way, are identical*”<sup>676</sup>.

Il dato si colloca in linea con il recente *trend* di politica legislativa che realizza la crescente “*moltiplicazione di ambiti governati da regole specifiche*”.

La tendenza viene ricostruita a livello teorico facendo riferimento proprio alla vicenda del contratto e alla sua scomposizione in “*contratto classico, neo classico e relazionale*”<sup>677</sup>.

Da altra prospettiva rilievo assumono le diverse categorie contrattuali - effetto della sistematizzazione sulla base dei soggetti coinvolti nella vicenda contrattuale - e

---

maniera provocatoria: “*si può davvero pensare di rimediare a sbilanci di potere che hanno origini strutturali mediante interventi sulle singole relazioni, semplicemente creando obblighi a carico dei soggetti che in tali relazioni possono trovarsi in posizione di particolare vantaggio?*”: F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, p. 38 e ss.

<sup>672</sup>In senso critico rispetto alla considerazione che i consumatori utilizzino le informazioni in modo razionale e che pertanto queste ultime possano concretizzare un valido strumento di tutela cfr. G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, 32 *Journal of Law and Society* 2005, p. 349; sul tema già W.C. WHITFORD, *The function of Disclosure Regulation In Consumer Transactions*, *Wisconsin Law Review*, 1973, p. 400

<sup>673</sup>Come è stato osservato la proposta troverà applicazione anche con riferimento ai contratti *B2B*; a riguardo l'art. 23 CESL prevede l'obbligo di fornire alcune informazioni precontrattuali nel contesto appena richiamato; in dottrina sul punto cfr. K. STEENSGAARDI, C. TWIGG-FLESNER, *Precontractual duties*, cit., p. 218 e ss.

<sup>674</sup>L'art. 29 della Proposta disciplina i rimedi per il caso di violazione degli obblighi richiamati.

<sup>675</sup>Con l'acronimo si intendono i c.d. *pre-contractual information duties*.

<sup>676</sup>Così in dottrina K. STEENSGAARDI, C. TWIGG-FLESNER, *Precontractual duties*, cit. p. 234 e ss.; è stato dagli stessi autori sottolineato che “*with regard to B2B contracts, there is a much less extensive obligation to provide pre-contractual information; the supplier of goods or services is required to disclose any information concerning the main characteristics of the goods, digital content or related services to be supplied which the supplier has or can be expected to have and which it would be contrary to good faith and fair dealing not to disclose to the other party (art. 23(1) CESL; this is linked with good commercial practice in the specific situation, according to Recital 31 Reg- CESL*”

<sup>677</sup>Così F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2/12, 2012, p. 1 e ss.

riassumibili nella tassonomia dei contratti fra imprese e imprese; tra imprese e consumatori, fra imprese forti e imprese deboli, fra consumatori e consumatori<sup>678</sup>.

Il neo-liberismo fa propria l'impostazione per cui i problemi del mercato devono essere affrontati non partendo dai "grandi aggregati", come avveniva in passato, ma dall'analisi delle singole transazioni.

Da questo punto di vista il tentativo del progetto di armonizzazione di evitare una frammentazione dell'ordinamento sembra mantenere l'impostazione cara al legislatore più moderno, perpetuando al suo interno una essenziale differenziazione a livello disciplinare fra contratti stipulati col consumatore e contratti fra consumatori<sup>679</sup>.

Dottrina giuridica "tradizionale" e analisi economica del diritto<sup>680</sup> hanno inoltre messo in evidenza il rapporto fra obblighi di informazione e autonomia contrattuale: si è infatti rilevato che i primi sarebbero funzionali alla garanzia di un'effettiva autonomia contrattuale<sup>681</sup>.

Si è pertanto espressa la preferenza per norme imperative che prescrivano obblighi di informazione<sup>682</sup> piuttosto che per norme, sempre imperative, che incidano sul contenuto del contratto, proprio perché le prime garantiscono un'autonomia contrattuale effettiva basata sulla trasparenza<sup>683</sup>.

Il dialogo che appassiona gli studiosi attiene ai gradi della stessa trasparenza e si evidenzia in particolare rispetto al contenuto e l'ampiezza delle informazioni.

---

<sup>678</sup>Sul punto cfr. F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo liberale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, p. 16 e ss. L'A. evidenzia, inoltre, come questo tipo di constatazioni "giustificano ampiamente un riesame della tesi che identifica il neo-liberismo con la sostanziale riproposizione di idee fondamentali già presenti nel liberalismo classico".

<sup>679</sup>La tecnica dell'implementazione degli obblighi di informazione pare pertanto in linea di continuità con l'impostazione neoliberista.

<sup>680</sup>Sul punto cfr. le considerazioni di M. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge, Mass, 1993, p. 102 e ss.: in questi studi di EAL l'asimmetria informativa è stata considerata come limite all'autonomia contrattuale.

<sup>681</sup>In dottrina cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 109.

<sup>682</sup>Rileva comunque Alpa che ai sensi dell'art. 70 del documento "ogni dichiarazione effettuata dal professionista alla controparte (sia esso un consumatore o un altro professionista) si considera parte del contenuto del contratto": così G. ALPA, *Il contratto in generale, fonti, teorie e metodi*, cit., p. 837.

<sup>683</sup>S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL, *Party autonomy and the role of information in the Internal Market*, 2001, p. 3 e ss.; di recente nella dottrina Italiana S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 109.

Le impostazioni di metodo si dividono, grossolanamente, fra coloro che privilegiano un “mercato puro” e coloro che prediligono un “mercato controllato”.

Nella prima lettura è rimessa proprio al mercato la scelta circa il temperamento fra le esigenze dell’imprenditore all’opacità del mercato e quelle del cliente ad un rapporto tendenzialmente “limpido”.

Nella seconda impostazione il mercato deve essere guidato mediante interventi diretti o misure di “*moral suasion*” al fine comunque di assicurare alla parte debole una posizione più tutelata nei confronti dell’imprenditore<sup>684</sup>.

La soluzione adottata dalla proposta, collocata in questo contesto, pare quella espressa dalla c.d. teoria della simmetria informativa che si collocherebbe “in contrasto con la tesi secondo la quale la parte contrattuale, in particolare il consumatore, non è mai informata adeguatamente né si può pretendere che agisca in modo ragionevole, e in contrasto con la tesi che milita contro il paternalismo contrattuale, specie se si versi in materia di contratti fra professionisti”<sup>685</sup>.

La presenza dei richiamati obblighi di informazione non nasconde, ma amplifica il dibattito, ampio, relativo all’opportunità di una clausola generale “piuttosto o in aggiunta” alla previsione di specifici obblighi di informazione<sup>686</sup>.

Con specifico riferimento al tema della *culpa in contrahendo*, l’assenza di ogni riferimento alla trattativa quale oggetto di una specifica disciplina e quindi alla violazione dei doveri che dovrebbero contraddistinguere questa fase della contrattazione implica il porsi di fronte a una netta alternativa da un punto di vista interpretativo.

Esponde ancor prima ad aspra critica.

Si è infatti affermato che il documento “*da un lato contiene regole che meglio potrebbero essere messe a frutto se riferite a tutti i contratti di diritto privato; dall’altro manca di aspetti di disciplina che invece fanno parte integrante del diritto generale dei contratti*”.

---

<sup>684</sup>Questa pare la posizione avallata anche dal diritto comunitario: su questi aspetti di recente G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, cit., p. 296 e ss.

<sup>685</sup>In questo senso G. ALPA, op. cit., p. 837 e ss.

<sup>686</sup>Cfr. M. PIERS, C. VANLEENHOVE, *The Common European Sales Law. A critical assessment of a valuable initiative*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2012, p. 427 e ss.

A questa valutazione espressa in termini generali si affianca la riflessione volta a valutare in termini fortemente negativi “l’assenza di una disciplina generale della responsabilità precontrattuale, sostituita solo in parte dalle norme sugli obblighi di informazione precontrattuale, previsti agli artt. 13-29 dell’Allegato I”<sup>687</sup>.

Venendo all’alternativa sopra evocata, essa si compone di due termini essenziali.

Negare l’esistenza di alcun tipo di rilevanza agli istituti giuridici richiamati (trattative e responsabilità precontrattuale), ovvero affermarne l’esistenza sulla base ovviamente di diverse argomentazioni giuridiche<sup>688</sup>: diverse ovviamente da una mera interpretazione letterale.

Oltre i fugaci, ma costanti riferimenti che la proposta fa alle “trattative”, esistono ulteriori argomenti che consentono, probabilmente con maggior agio, di riconoscere valenza nel momento fisiologico alla trattativa e, nella fase patologica, alla c.d. responsabilità precontrattuale; possiamo rilevare come i doveri di informazione precontrattuale espressamente disciplinati all’interno dell’articolato siano dimostrazione che il principio di buona fede precontrattuale sussista anche nel documento di armonizzazione.

Potremmo infatti, rispetto a tale ipotesi, ragionare seguendo un percorso inverso a quello operato nel contesto dell’ordinamento interno ove i doveri di informazione seguivano, come visto, a un processo di “tipizzazione”, *rectius* di concretizzazione della clausola generale che trovava nel principio della buona fede precontrattuale la sua causa efficiente.

Impiegando una lettura induttiva, la sussistenza dei doveri di informazione giustificerebbe l’esistenza del dovere di comportarsi secondo buona fede nelle trattative precontrattuali.

---

<sup>687</sup>Su questi aspetti, C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 304 e ss.; l’A. mette inoltre lucidamente in evidenza che “*prima i Principi della Commissione Lando (art. 2:301), poi il Draft Common Frame of Reference (art. II.-3.01) hanno previsto l’obbligo generale di comportarsi in buona fede nelle trattative in particolare sanzionando la rottura arbitraria di queste*”; sulla circolazione di questo tipo di modello e sulla sua conseguente accettazione cfr. E. MCKENDRICK, *La buona fede tra common law e diritto europeo*, Manuale di diritto privato europeo, II, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 721 e ss.

<sup>688</sup>Per un’analisi sui risvolti della regolamentazione della fase precontrattuale in termini di efficienza economica E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and preliminary agreements: fair dealing and failed negotiations* (1987) 87, *Columbia Law Review* 217, p. 221; in argomento già G. CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, 70 *Yale L. J.* 499, (1961); più di recente V. E. MELATO – F. PARISI, “*A law and economics perspective on precontractual liability*”, in J. CARTWRIGHT – M. HESSELINK (a cura di) “*Precontractual Liability in European Private Law*” Cambridge, 2008, p. 431.

La scelta metodologica di normare per clausole generali in quel contesto ha in ogni modo portato, come visto, a un'attività, necessaria, di delimitazione e individuazione dei doveri precontrattuali frutto del procedimento di "concretizzazione" delle clausole generali.

E' possibile anche rilevare, per come del resto emerso in diversi punti della trattazione, che la legislazione speciale interna, che in diversi settori impiega una serie fitta di doveri di informazione, ha condotto i diversi formanti a configurare quei medesimi doveri come regole di comportamento aventi a fondamento proprio la clausola di buona fede.

Accanto a queste considerazioni se ne collocano certamente altre, di diversa natura.

Il metodo attento allo sviluppo diacronico che ha condotto alla proposta di regolamento parrebbe, infatti, poter sorreggere riflessioni ulteriori.

La sezione sesta del *Feasibility Study*, oltre a ribadire la libertà di contrarre anche in senso negativo e quindi come libertà di non addvenire alla stipula definitiva del contratto, prevedeva<sup>689</sup> che "*a person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract*"<sup>690</sup>.

Il riferimento ai documenti preliminari all'elaborazione della proposta testimonia l'attenzione prestata da questo specifico progetto di armonizzazione alla fase delle trattative, e conseguentemente alla responsabilità precontrattuale.

Del resto, conferme espresse di questa impostazione si desumono da espliciti riferimenti normativi interni all'articolato della Proposta di regolamento.

Fra i principi generali<sup>691</sup> che trovano una esplicita disciplina nella *Section 1*, del *Chapter 1*, della *Part I Introductory provisions*, accanto alla *freedom of contract*, nell'ottica di un

---

<sup>689</sup>Diversamente dal testo definitivo della proposta e ricalcando la soluzione adottata dal *DCFR*.

<sup>690</sup>Con riferimento al rapporto fra *CESL* e *DCFR* in tema di responsabilità precontrattuale, parte della dottrina ha sottolineato una marcata linea di continuità fra i differenti progetti di armonizzazione; si è infatti affermato che "precontractual liability under the *CESL* is conceived along the lines of *DCFR*: it is not limit to shielding parties against claims, but may serve as an independent basis for liability; the provision prevents, on the one hand, a party from exercising a right where doing so would not benefit either party and only purpose is to harm the other party; on the other, it encompasses under certain circumstances a claim for losses that are suffered as a consequence of the other party's breach of good faith, for example if the other party continues to negotiate without any intention of concluding contract": in questi termini K. STEENDGAARD, C. TWIGG, FLESNER, *Precontractual Duties*, cit., p. 216.

<sup>691</sup>Sul ruolo dei *general principles* nel contesto della *Proposal* cfr. le osservazioni di G. ALPA, *CESL*,

necessario bilanciamento di interessi, è previsto, all'articolo 2<sup>692</sup> l'obbligo per le parti di agire in “*accordance with fair dealing and good faith*”<sup>693</sup>.

Questa definizione risulta superata dall'emendamento 37 apportato dal Parlamento europeo che prospetta una più dettagliata definizione di buona fede e correttezza attraverso il riferimento ad “*uno standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e, ove pertinente, opportuna considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione*”.

Il modello della buona fede parrebbe, un criterio di valutazione del comportamento delle parti in tutta la fase contrattuale, proprio in ragione della sua connotazione nei termini di principio generale e pertanto di strumento avente valore interpretativo.

I doveri specificati dal complesso di regole per le parti potrebbero essere interpretati alla luce di tale modello e così anche tutte le questioni tradizionalmente rientranti nella nozione di responsabilità precontrattuale, sia nei termini di fattispecie concretamente rientranti nella figura giuridica, sia nei termini di rimedi.

Rimane ovviamente da valutare un aspetto fondamentale: il riconoscimento del principio della buona fede come strumento immanente alla *CESL* potrebbe avere quale risultato quello di ampliare potenzialmente lo spettro dei doveri riconducibili alle parti anche nella

---

*Fundamental Rights, General Principles, Rules of Contract Law*, in G. ALPA, G. CONTE, U. PERFETTI, F. G. von WESTPHALEN, (a cura di), *The Proposed Common European Sales Law – the Lawyers' view*, cit., p. 31 e ss.

<sup>692</sup>Sottolinea Alpa come questa impostazione sottenda la volontà di aderire a un modello simile a quello interno, piuttosto che a quello anglo-americano; quest'ultimo, infatti “tacciando di paternalismo i sostenitori della cooperazione, vuol precludere ogni cooperazione fra le parti, essendo ciascuna di esse rivolta a perseguire il proprio egoistico interesse, ed essendo perciò legittimata a valutare la convenienza dell'adempimento del contratto o lo scioglimento del vincolo con il relativo risarcimento del danno cagionato a controparte”; così G. ALPA, *Il contratto in generale*, cit., p. 834 e ss.

<sup>693</sup>Sul punto si è affermato che la mancanza di una disciplina unitaria e organica della responsabilità precontrattuale “*risulta tuttavia notevolmente ridotta dalla previsione dell'art. 2 dell'Allegato I, che di seguito alla contemplazione, nell'art. 1, della libertà contrattuale come cardine dell'intera materia, dà massima ampiezza al principio di buona fede, dalla violazione del quale fa scaturire nella forma dell'estoppel di tradizione anglosassone o del venire contra factum proprium di tradizione continentale, la preclusione all'esercizio di un diritto e anche la responsabilità, nell'ambito della quale può anche ritenersi ricompresa anche quella derivante dalla culpa in contrahendo*”; così letteralmente C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p.304 e ss.

fase delle trattative; questo risultato si scontra, probabilmente, con un altro esito verso cui lo strumento di armonizzazione tenderebbe.

Ci riferiamo in particolare all'obiettivo di consentire una uniformità di disciplina fra gli stati membri, al fine di favorire il risultato di un mercato più efficiente.

Da questo punto di vista un'enfaticizzazione del principio di buona fede consegnerebbe ad ogni singolo ordinamento<sup>694</sup> una discrezionalità tale da permettere di interpretare i doveri della fase precontrattuale sulla base della tradizione presente in ogni singolo modello di regolazione, vanificandosi probabilmente, l'obiettivo principale dello strumento<sup>695</sup>.

Le argomentazioni utili, in questo contesto, appaiono duplici.

In primo luogo occorre ricordare il carattere di “secondo regime” del complesso normativo: esso va pertanto calato nel contesto in cui opera e malgrado la sua declamata autosufficienza non può prescindere, parrebbe, dall'applicazione sedimentata nello specifico contesto in cui opera.

Da un secondo punto di vista sarà compito del formante giurisprudenziale, nello specifico di quello comunitario e di quello interno, garantire, nel modo più coerente e uniforme possibile un'applicazione dello strumento acconcia agli obiettivi che la *CESL* stessa si è posta.

Sullo sfondo di queste riflessioni si adagia, comunque, la considerazione per cui qualora si aderisca alla prospettiva di una limitazione della tutela precontrattuale, da un punto di vista sostanziale, ai c.d. doveri di informazione, il risultato sarebbe quello di garantire un livello inferiore di protezione rispetto a quello garantito da ogni singolo Stato.

Si è infatti di recente affermato che “*in favouring informational duties above that of a general duty of contracting in good faith, the CESL will be providing a lesser form of*

---

<sup>694</sup>Come è stato osservato in una recente analisi comparatista riferibile all'ordinamento inglese “*there is no duty of a kind comparable to art. 2 CESL in English law at all; indeed there are very few obligations placed on parties during the pre-contractual phase; there are no requirements as to cooperation, nor is there a duty of disclosure; this is because English contract law is largely common-law based, which means that judges tend to solve particular cases rather than stating general principles*”: così K. STEENSGAARD, C. TWIGG-FLESNER, *Precontractual Duties*, cit., p. 222 e ss.; cfr. sul punto J. CARTWRIGHT, *Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford, 2013, p. 66 e ss.

<sup>695</sup>Per analoghe riflessioni cfr. P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, cit., p. 96



*protection to that currently existing in many Member States and, in so doing, will limit the ability of the courts to protect the quality of the parties' consent to the transaction"*.<sup>696</sup>

### 3. *La buona fede quale principio generale: possibile applicazione diretta alle trattative.*

L'applicazione della buona fede nel contesto del documento di armonizzazione può passare anche, come emerso dai cenni sin qui fatti, pel tramite della collocazione della buona fede nell'ambito dei c.d. principi generali<sup>697</sup>.

Il fine è di verificare se questa precipua collocazione, anche nel contesto della disciplina delle fonti comunitarie, possa essere utile per postulare un'applicazione diretta del principio in esame.

Per qualche riferimento esplicito all'attenzione delle fonti di armonizzazione per i principi possiamo evocare i "principi" di Ole Lando e Hugh Beale<sup>698</sup> che nei c.d. *PECL* attribuiscono ai medesimi la definizione di "*general rules of contract law*"<sup>699</sup>.

Anche il *DCFR*, malgrado non assegni ai principi generali l'attributo della "forza di legge", riconosce a essi il ruolo espressivo di valori in conflitto – e quindi implicitamente la necessità da parte dell'interprete di un'opera di bilanciamento degli interessi protetti -.

---

<sup>696</sup>Sul punto in questi termini P, GILIKER, op. cit., p. 99; in argomento cfr. inoltre S. WHITTAKER, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, 7 *ERCL*, 2011, p. 371.

<sup>697</sup>Sulla tendenza a impiegare i termini "principi generali" e "clausole generali" alla stregua di sinonimi, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 2; in tema di principi generali classicamente il lavoro di N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 e ss.; G. ALPA, *Principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006, passim; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 191 e ss.

<sup>698</sup>Hugh Beale, uno dei drafters del *DCFR* riconosce la resistenza del sistema inglese rispetto all'adozione di una nozione di buona fede analoga a quella adottata negli ordinamenti di *civil law* e in Italia in particolare; ciò proprio in ragione del fatto che questi sistemi di norme si aspetterebbero un minore grado di cooperazione fra le parti nella fase delle trattative contrattuali: in argomento cfr. H. BEALE, *The impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits Voluntary Harmonization*, 18 *ERPL* 2010, p. 501 at 516.

<sup>699</sup>Cfr. art. 1:101 (1); analoga definizione è presente nel Preambolo dei Principi Unidroit.

Nell'elenco meramente esemplificativo in esso contenuto rientra anche il principio dell'affidamento ragionevole, cardine delle regole della contrattazione e che, come abbiamo visto anche attraverso l'analisi comparatistica, scandisce la fase pre-contrattuale nel senso del controllo dei comportamenti dei contraenti anche in questa particolare fase<sup>700</sup>. I *Principes directeurs* dell'Associazione Henri Capitant e della *Société de Législation comparée* (2008) nel contesto dei c.d. principi generali direttivi collocano oltre a libertà contrattuale e certezza del diritto, la c.d. lealtà che nel commento del *DRAFT* viene intesa essenzialmente come “*good faith, fair dealing, and cooperation*”.

La letteratura giuridica osserva che anche il progetto di Regolamento relativo a un diritto della vendita nell'ambito dell'enunciazione introduttiva dei principi generali indica oltre alla libertà contrattuale, buona fede e correttezza, oltre che collaborazione<sup>701</sup>.

I differenti, ma costanti, riferimenti contenuti nelle disposizioni di armonizzazione paiono limitarsi a riconoscere un generico rilievo giuridico ai principi generali – e fra questi naturalmente alla buona fede nelle diverse fasi contrattuali – senza tuttavia offrire spunti diretti e inequivocabili in relazione all'effettivo ruolo da assegnare ai principi medesimi.

Ai fini del chiarimento necessario di questo ruolo, una funzione determinante deve essere consegnata all'intervenuto superamento della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, oltre che all'introduzione della Carta europea dei diritti fondamentali.

Da questi elementi pare discendere l'impossibilità di applicazione delle regole di derivazione comunitaria senza applicazione dei principi generali e quindi dei diritti fondamentali che si inseriscono nell'ambito di questi ultimi<sup>702</sup>.

Sempre nella direzione appena tracciata si segnala la recente modifica del Trattato dell'Unione Europea ad opera del Trattato di Lisbona: l'art. 6, infatti, riconosce il ruolo dei

---

<sup>700</sup>Abbiamo infatti avuto modo di appurare che anche in quegli ordinamenti che non conoscono il principio di buona fede nella fase delle trattative, si giunge ad ammettere forme di responsabilità precontrattuale ricorrendo a strumenti di tutela ideati al fine di proteggere gli affidamenti maturati nelle fasi preliminari alla stipulazione del contratto.

<sup>701</sup>Cfr. G. ALPA, op. cit., p. 148.

<sup>702</sup>In argomento H.W.R. WADE, *Horizons and Horizontality* (2000), 116 *LQR*, 217-224; nel contesto della dottrina italiana, G. ALPA, *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti fra privati*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 873.

diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>703</sup>.

Da quanto osservato emerge chiaramente la possibilità di applicazione dei principi generali da parte dei giudici comunitari e nazionali: questa applicazione potrà avvenire, non soltanto in senso verticale – cioè nei rapporti fra Stati -, ma anche in senso orizzontale.

Nel contesto della dottrina interna un punto di vista degno di notevole apprezzamento in questa direzione era stato espresso dai giuristi riunitisi presso l'Accademia dei Lincei attorno al tema dei principi generali<sup>704</sup>.

I risultati di quei lavori, nella diversità di accenti e di sfumature, convenivano sulla liceità e opportunità di un'operazione volta a proporre l'applicazione dei c.d. principi generali anche in senso orizzontale; l'applicazione delle regole generali richiamate non doveva limitarsi ai rapporti fra cittadino/Stato ovvero cittadino/istituzioni dell'Unione europea.

I principi operano anche nei rapporti fra privati e quindi estendono il loro ambito di applicazione anche al contratto e alla sua disciplina.

La conclusione sottende il riconoscimento di un concreto valore a quelle esperienze nelle quali si è affievolita o è venuta del tutto meno, come già accennato, la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, attraverso il processo di “*costituzionalizzazione del diritto privato*”<sup>705</sup>.

Da queste considerazioni più generali può desumersi la conseguenza più specifica che sia la valutazione del principio di buona fede nei termini di principio generale che l'attenzione per gli affidamenti ragionevoli nei termini appena enucleati consentono di confermare il rilievo dei doveri delle parti di comportarsi lealmente anche nella fase precedente alla conclusione del contratto, con il necessario portato di affidare determinate conseguenze

---

<sup>703</sup>Letteralmente: “l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”.

<sup>704</sup>Cfr. AA. VV., *Atti dei Convegni Lincei (96), Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 27-29 maggio 1991, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992.

<sup>705</sup>COLLINS, *The impact of Human Rights on Contract Law in Europe*, (a cura di Andenas, Andrew e Tamaruya), Legal Studies Research. Paper Series, University of Cambridge, Paper no. 13/2011; nel contesto della dottrina italiana per la riproposizione recente di queste conclusioni cfr. G. ALPA, op. cit., p. 152 e ss.

giuridiche, nei termini di predisposizione di specifici modelli sanzionatori, alle ipotesi di violazione degli obblighi richiamati.

Fra queste medesime conseguenze può inoltre collocarsi l'ampliamento dei doveri previsti, dalla proposta di regolamento, oltre l'impiego del principio richiamato al fine di valutare i contegni delle parti.

Parte della letteratura giuridica<sup>706</sup> ha confermato le conclusioni appena rassegnate rilevando che buona fede e correttezza nel diritto comune europeo della vendita “*sono state [...] prese in considerazione come veri e propri principi, passando così dalle regole imposte da un legislatore centralizzato alla recezione del common core*<sup>707</sup> degli ordinamenti nazionali”.

Ciò chiarito non pare che la collocazione della buona fede (nell'alveo dei principi) possa esimere dalla necessità di indagare il tema del contenuto di questi medesimi principi così come, nei modi che chiariremo a breve, la configurazione concomitante della buona fede nei termini di clausola generale pone il tema ineludibile della concretizzazione della clausola e delle possibili forme di concretizzazione nei diversi sistemi nazionali<sup>708</sup>.

#### 4. Osservazioni in tema di risarcimento del danno e *Common European Sales Law*.

Neppure il tema del risarcimento del danno derivante da “illecito precontrattuale” trova nella *CESL* una trattazione sistematica ed esauriente che aiuti a risolvere in modo netto alcune delle tematiche sottese alla questione già emersa nel corso della trattazione: la risarcibilità esclusiva o meno dell'interesse negativo.

---

<sup>706</sup>P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *NGCC*, 2013, p. 611.

<sup>707</sup>R. B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *American Journal of Comparative Law*, 1957, 51, p. 734 e ss.

<sup>708</sup>Sul rapporto fra clausole generali e principi del diritto, le osservazioni di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, *passim*; V. inoltre già S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 721. Considera i suddetti strumenti sostanzialmente identici dal punto di vista “operativo funzionale”, G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 3

Dall'esame delle disposizioni emerge in modo evidente la mancata previsione di una regola che si occupi in maniera esclusiva del risarcimento del danno per violazione dei doveri precontrattuali, in cui sarebbe quindi coinvolta la buona fede precontrattuale, ma, come accennato, ritroviamo una singola disposizione in tema di violazione degli obblighi di informazione precontrattuale e di cui agli artt. 13-28 della *CESL*.

Mentre gli articoli 13-28, per come modificati dal recente intervento emendativo del Parlamento Europeo, disciplinano i singoli doveri, dettagliandone il contenuto, l'articolo 29 si concentra sui rimedi.

La disposizione, per quel che qui interessa, prevede che *“a party which has failed to comply with any duty imposed by this Chapter is liable for any loss caused to the other party by such failure”*.

La previsione parrebbe confermare la neutralità dell'impostazione adottata dallo strumento rispetto all'alternativa della possibilità o meno di limitare all'interesse negativo il danno risarcibile per il caso di violazione di doveri precontrattuali.

Vale tuttavia sottolineare, anche in questo ambito, quanto abbiamo sostenuto quando ci siamo soffermati sulle modalità con cui il *DCFR* abbia risolto il tema in analisi.

Il parallelo si impone anche in ragione della spiccata somiglianza fra le disposizioni: in effetti il comma terzo dell'art. II.-3:301 del *DCFR* si occupa del tema del danno risarcibile, disponendo che il medesimo si estenda a *“any loss caused to the other party to the negotiations”*.

Il parallelo d'altro canto si apprezza nell'ottica di un'interpretazione basata su una peculiare attenzione prestata allo sviluppo diacronico e quindi al metodo storico<sup>709</sup> che pare debba essere applicato, non soltanto agli strumenti normativi interni, ma anche ai documenti normativi<sup>710</sup> frutto dei processi di armonizzazione giuridica.

L'ampiezza della formula, in entrambi i casi, pare indice di una volontà esplicita di voler disancorare il concetto di responsabilità precontrattuale e quindi il risarcimento del danno dalle strettoie sancite dal ricorso al concetto di interesse negativo che già nei confini

---

<sup>709</sup>Cfr. recentemente sul punto F. MARINELLI, *Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 629 e ss.

<sup>710</sup>Anche prescindendosi dal concetto di normatività da applicarsi allo strumento di armonizzazione giuridica nel senso dell'attribuzione o meno a quest'ultimo del carattere o meno della vincolatività.

dell'ordinamento interno subisce forti critiche.

Abbiamo del resto già chiarito il ruolo meramente descrittivo che la formula assumerebbe, anche sulla scia di una coerente interpretazione del pensiero dell'Autore tedesco che ha trattato per primo l'istituto della *culpa in contrahendo*.

Il risarcimento del danno non deve essere pertanto limitato alle c.d. spese sostenute, ma deve coprire anche le perdite di profitto che la violazione dei doveri precontrattuali ha provocato.

Così l'ampiezza della formula non sottende l'esigenza di prendere espressa posizione su un punto controverso e dibattuto – anche perché il dialogo pare meramente interno - ma la convinzione che traspare dal documento è quella della necessità di soddisfare con pienezza tutte le esigenze di tutela che l'istituto della responsabilità precontrattuale ha la funzione di garantire e concretizzare.

##### 5. *Ambiguità e limiti della CESL.*

E' possibile a questo punto anticipare un primo bilancio sull'impostazione adottata dalla Proposta di Regolamento, anche in riferimento al tema di analisi.

In primo luogo, una notazione critica si attaglia alla tendenza evidente di continuo e progressivo restringimento del campo operativo dei processi di armonizzazione (fra questi ovviamente la *CESL*).

Pare che il *trend* appena evidenziato influisca negativamente sulla realizzazione degli effetti benefici che proprio gli intendimenti sottesi a quei medesimi processi pongono alla concreta attenzione.

In questo senso il restringimento operato dalla *Common European Sales Law* – rispetto anche all'ambito oggettivo molto più ampio del *DCFR* - al mero contratto di compravendita e in quest'ultimo contesto essenzialmente ai contratti *on line* – sembra non debba essere considerata tendenza degna di apprezzamento positivo.

Di sicuro elemento di valorizzazione è invece l'estensione degli obblighi informativi al professionista; ciò contribuirebbe a dare maggiore certezza ad un ambito disciplinare nel

quale le soluzioni prospettabili non paiono così chiare e univoche, proprio a cagione delle difficoltà di individuazione di un valido e unitario modello di disciplina.

Al contempo merita un plauso la previsione di un apparato rimediale auto-sufficiente e munito di un'interna coerenza logico-sistematica; allo stesso tempo il principio di necessaria integrale riparazione del danno pare debba essere considerato elemento in grado di contribuire a sciogliere i dubbi interpretativi<sup>711</sup> interni in tema di interesse positivo e/o interesse negativo<sup>712</sup>.

Ulteriore elemento da valutarsi in senso critico discende invece, questa volta, dalla constatazione per cui la *CESL* non pare abbia accolto la sollecitazione proveniente dai *drafters* del *Draft Common Frame of Reference* rispetto alle conseguenze del mancato rispetto dei doveri di informazione da parte del professionista.

Da questo punto di vista si è osservato<sup>713</sup> che la ricognizione del carattere vincolante dell'obbligazione che la parte si sarebbe in modo legittimo atteso sarebbe rimedio certamente più efficace rispetto al riconoscimento del mero risarcimento del danno<sup>714</sup>.

La circostanza che la Proposta di regolamento abbia nella sostanza circoscritto l'ambito di applicazione ai soli contratti conclusi fa emergere, inoltre, il problema della necessità di garantire a ogni modo ed in ogni caso adeguati livelli di tutela anche nelle ipotesi di mancata conclusione del contratto: ciò in quanto anche in queste fattispecie potrebbe concretamente ricorrere un danno che necessiterebbe di essere reintegrato alla luce della teoria degli illeciti precontrattuali<sup>715</sup>.

Infine potrebbe essere considerato elemento da valutarsi in chiave critica la circostanza che

---

<sup>711</sup>In questo senso, per come abbiamo già avuto modo di apprezzare, anche le sollecitazioni provenienti dal *Draft Common Frame of Reference* paiono elementi in grado di favorire modelli interpretativi in grado a loro volta di essere positivamente applicabili nel contesto interno.

<sup>712</sup>Cfr. su questi aspetti A. ADDANTE, op. cit., p. 59 e ss.

<sup>713</sup>In questi termini A. ADDANTE, op. cit., p. 60.

<sup>714</sup>Soluzione quest'ultima che pare essere adottata dalla *Common European Sales Law*.

<sup>715</sup>A riguardo il considerando 22 modificato a mezzo dell'emendamento 12 del parlamento europeo prevede che l'intenzione di volersi avvalere del regolamento opzionale sia contenuta in una dichiarazione separata che viene a far parte di un accordo scritto dalle parti. Il tema parrebbe quello di verificare se si debbano considerare in due negozi come assolutamente collegati ovvero si possa adottare la regolamentazione europea proprio sulla base di questo specifico accordo, anche per il caso di mancata stipulazione del contratto principale.

la proposta non abbia considerato come immanente all'articolato il principio di buona fede<sup>716</sup> nelle trattative contrattuali.

A questa considerazione deve opporsi, oltre le valutazioni già espresse, principalmente la considerazione del carattere generale della previsione dell'*art. 2 CESL*, malgrado l'intento limitatorio dell'emendamento parlamentare, che consentirebbe un'applicazione estensiva del principio anche alla fase della quale ci stiamo occupando; in secondo luogo meritano di essere riprese le riflessioni già richiamate con specifico riferimento ai potenziali effetti distorsivi che l'applicazione del principio potrebbe avere sulla certezza del diritto e quindi sulla realizzazione degli scopi ultimi che i progetti di uniformazione o armonizzazione si sono posti e si pongono.

Per meri cenni le diverse interpretazioni che il principio di buona fede potrebbe avere da parte delle corti interne rischierebbero di vanificare le istanze di armonizzazione delle soluzioni giuridiche ai fini della consolidazione di un mercato unico funzionale all'agevolazione degli scambi commerciali fra gli stati membri<sup>717</sup>.

Funzione di supporto all'attività delle corti interne avrebbe la Corte di Giustizia che, sulla scia della competenza individuata dall'*art. 234 (ex 177)* del Trattato, dovrebbe concretizzare le clausole generali, in modo da rendere possibile la formazione di un autonomo diritto privato europeo<sup>718</sup>.

## 6. *Intervenute modificazioni della realtà giuridica e clausole generali: alcune*

---

<sup>716</sup>Nel contesto interno le oscillanti fortune della clausole generali hanno la loro ragione nelle diverse temperie culturali nelle quali le medesime clausole sono collocate; in dottrina sui diversi atteggiamenti che oscillano fra visioni non certamente entusiastiche e considerazioni delle clausole generali e di quella di buona fede in particolare quale punto cardine del sistema cfr. S. ROMANO, *La buona fede nel diritto privato*, in *Enc. dir.*, V, 1959, p. 677 e ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato Cicu Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, p.35 e ss. In argomento di recente, anche per una incisiva ricostruzione dell'evoluzione storica del tema cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 70 e ss.

<sup>717</sup>Patti sottolinea di recente la funzione assegnata alla Corte di giustizia europea di garanzia di un'interpretazione conforme: sul punto S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 66.; con riferimento alla dottrina straniera cfr. le considerazioni di W. VAN GERVEN, *The Case-Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanization of Private Law*, in *Eur. Rev. of Private Law*, 1995, p. 367 e ss.

<sup>718</sup>Cfr. S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, p. 72 e ss.; ivi anche ulteriori riferimenti alle impostazioni critiche rispetto a quella riportata nel testo.



*riflessioni.*

La riconosciuta ambivalenza della nozione di buona fede, sia nei termini di principio che di clausola generale, consente di provare a proporre ulteriori riflessioni

Il ricorso a concetti indeterminati<sup>719</sup> in genere, fra i quali certamente clausole e principi generali, è l'effetto anche della crisi della fattispecie a vantaggio di una differente impostazione tutta volta alla valorizzazione del rimedio quale strumento in grado di raggiungere il risultato anche pratico che la norma intende realizzare<sup>720</sup>.

La crisi della sovranità statale<sup>721</sup> rappresenta il presupposto delle riflessioni appena richiamate, oltre che della rinnovata e accresciuta importanza dei *trend* suggeriti a livello di elaborazione normativa dagli organismi comunitari.

Il richiamo oltre che ai principi, alle clausole generali<sup>722</sup>, e in particolare alla buona fede<sup>723</sup>, che è emerso da una valutazione complessiva anche della *Proposta di regolamento*

---

<sup>719</sup>La rilevanza dell'esigenze alle quali faremo riferimento nel prosieguo nel testo si apprezza maggiormente se si coglie la distinzione fra clausola generale e concetto indeterminato rilevando che nelle clausole generali pare assente addirittura quel nucleo concettuale che caratterizzerebbe invece i concetti indeterminati: sul punto si rinvia alle osservazioni di S. PATTI, in *L'interpretazione delle clausole generali ... cit.*, p. 289 e ss. ove anche ulteriori riferimenti bibliografici. Sottolinea il fatto che l'art. 1337 del codice civile di fatto introduce una regola di comportamento incerta non solo nel livello di soddisfazione, parimenti così al principio, ma anche nel parametro di valutazione, G. PERLINGIERI, op. cit., p. 23; sulla distinzione fra clausola generale e principio P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit. p. 30 e ss.; in argomento C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, p.299; S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, p. 727 e ss.; sul punto inoltre le osservazioni di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, p. 10 e ss.

<sup>720</sup>Così cfr. F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto Privato*, 2013, p. 412 e ss.

<sup>721</sup>Sul fenomeno cfr. le riflessioni di N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, *Dir. Soc.*, 2009, p. 405.

<sup>722</sup>Per alcune indicazioni bibliografiche nella consapevolezza della spiccata sensibilità degli studiosi dell'area di diritto civile per questa materia e salvo quanto già richiamato nel testo, cfr. A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Critica Diritto Privato*, 1984, p. 539 e ss.; A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1987, p. 1 e ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, p. 1 e ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, *passim*; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 426 e ss.

<sup>723</sup>Il riferimento fatto nel testo al concetto di clausola generale oltre che ai principi, si giustifica sulla base della distinzione interna alla più recente letteratura giuridica, per cui mentre i secondi sono, norme, peculiari,

della *Vendita Europea* potrebbe scontare una sorta di eterogenesi dei fini se facciamo ruotare questi ultimi attorno la realizzazione di una disciplina comune, teleologicamente orientata alla consolidazione di un mercato comune vocato alla facilitazione degli scambi commerciali fra gli Stati Membri.

Parte della letteratura con riferimento alla tematica della ragionevolezza - ma le valutazioni potrebbero estendersi alle altre clausole generali impiegate non solo nel diritto interno, ma anche nel diritto europeo che si sta costruendo – si è espressa nei termini di rinuncia ad una vera armonizzazione in ragione del fatto che ogni giudice<sup>724</sup> attribuirà alla ragionevolezza il significato più vicino alla propria concezione del diritto e alle regole del proprio ordinamento.<sup>725</sup>

Ugualmente sarà per la buona fede.

Questo elemento di criticità appare in maniera netta se si fa riferimento alla impostazione secondo cui tratto comune e connotante le clausole generali<sup>726</sup> sarebbe la delega al giudice<sup>727</sup> per la costruzione della fattispecie<sup>728</sup>.

---

ma norme, le clausole generali sono termini o sintagmi, vale a dire componenti di norme: cfr. sul punto V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 78.; la duplice trattazione pare debba giustificarsi anche alla luce della duplice natura che parrebbe essere insita nella buona fede: vale a dire quella di principio per come emerso dalla trattazione sin qui fatta e quella di clausola generale come norma da concretizzare conformemente ai principi medesimi. Su questi aspetti, S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, cit. p. 721 e ss.

<sup>724</sup>Da differente prospettiva può sottolinearsi il ruolo fondamentale del formante giurisprudenziale oltre che di quello dottrinale al fine del completamento del processo di armonizzazione: per riflessioni in questo senso F. MACARIO, *La vicenda del diritto privato europeo*, in *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, p. 296 e ss.

<sup>725</sup>In argomento G. ALPA, *La certezza del diritto dell'età dell'incertezza*, Lezioni magistrali dell'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2006, p. 75.

<sup>726</sup>Fra le quali si collocherebbe naturalmente anche la clausola di buona fede e correttezza.

<sup>727</sup>Per una sintesi delle questioni sollevate dalla giurisprudenza con riferimento alla tematica delle clausole generali cfr. V. VELLUZZI, op. cit. , p. 24; ivi la ricognizione per cui la giurisprudenza farebbe riferimento in particolare a questi temi ricorrenti: a) le clausole generali sono norme o parti di norme elastiche, indeterminate; b) ciò comporta la necessità di una loro integrazione da parte del giudice per poterne determinare il significato; c) tale integrazione è un giudizio di valore che può essere compiuto sulla base di svariati criteri o *standards*.

<sup>728</sup>L'intenzionalità dell'indeterminatezza propria delle clausole generali sarebbe, secondo alcune ricostruzioni, l'elemento in grado di distinguere queste clausole da altri concetti analoghi all'interno dei quali vi è il riferimento alla medesima indeterminatezza: sul punto S. RODOTA', *Il tempo della clausole generali*, cit., p. 727 e ss.

Saremmo di fronte a una sorta di “*tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta*”<sup>729</sup>.

E’ stato ad ogni buon conto osservato che nelle clausole generali<sup>730</sup> il termine utilizzato assume “*la funzione di criterio direttivo, e dunque di limite verso lo specifico ambito valoriale attorno al quale costruire la fattispecie*”<sup>731</sup>.

In altre parole caratteristica essenziale delle clausole generali è il fatto che “*la regola si costruisce attraverso un meccanismo di (rinvio a, e di) ricezione sostanziale da parte del diritto di valori tratti da sottosistemi culturali (quali l’etica, l’arte, la scienza, la tecnica, e così via) che compongono il complessivo sistema culturale della società*”<sup>732</sup>, senza che questi valori subiscano alcuna (previa) riformulazione costitutiva da parte del legislatore, essendo tale compito lasciato in questo caso al giudice”<sup>733</sup>.

La funzione di interazione multi sistemica delle clausole generali<sup>734</sup>, e quindi della buona fede fra queste, impone di individuare questa funzione in uno scenario che non è immediatamente statutale (o meglio non lo è esclusivamente).

Il ridestarsi dell’attenzione per il tema delle clausole generali, avvenuto intorno agli anni sessanta e settanta<sup>735</sup> del secolo scorso, trova nuova linfa nelle sollecitazioni che

---

<sup>729</sup>Così letteralmente L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, p. 9.

<sup>730</sup>Rispetto al contenuto positivo e al contempo negativo delle clausole generali la letteratura ha osservato che “ogni qual volta le formule legislative fanno riferimento a quei criteri elastici di valutazione della condotta umana, si nota che essi comprendono in sé un aspetto positivo e uno negativo, richiedono cioè impegno e spirito di collaborazione e al tempo stesso un comportamento cauto e diligente al fine di non ledere l’altrui interesse”: così F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, citato da ristampa 2012 (Napoli), p. 49 e ss.

<sup>731</sup>Così cfr. F. FORCELLINI, A. IULIANI, op. cit., p. 427.

<sup>732</sup>Per un’impostazione critica rispetto alla necessaria individuazione dei criteri valutativi all’esterno del diritto cfr. V. VELLUZZI, op. cit., p. 65 e ss.; l’A. proprio con riferimento alla buona fede sottolinea la possibilità che i criteri individuativi siano riferibili alla morale individuale, a quella sociale, ovvero ad accertamenti tecnici o addirittura ad altre regole giuridiche.

<sup>733</sup>Così in modo letterale G. D’AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza, I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, p. 429 e ss.

<sup>734</sup>Definisce la clausola generale nei termini di “termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri tra loro potenzialmente concorrenti”, V. VELLUZZI, op. cit., p. 62-63.

provengono dall'esigenza di addivenire a una coerente ricostruzione teorica di questi concetti, non limitandosi a una prospettiva di analisi circoscritta al diritto interno.

Il tema diviene pertanto verificare se fra i differenti sistemi statuali sia possibile ricavare univoche forme di integrazione dettate da elementi accomunanti che consentano di realizzare le finalità alle quali i processi di armonizzazione o di uniformazione tendono.

In questa prospettiva parte della letteratura ha ritenuto che la Corte di Giustizia, in virtù del potere di cui all'art. 234 (ex art. 177) del Trattato, abbia la funzione, nel caso di adozione di clausole generali da parte dei progetti di armonizzazione, di elaborare regole vincolanti rivolte ai giudici degli Stati Membri al fine di garantire soluzioni uniformi<sup>736</sup> nei singoli contesti nazionali.

Una differente impostazione, sul presupposto della necessaria distinzione fra l'ipotesi nella quale la clausola generale sia contenuta in un regolamento e quella in cui sia contenuta in una direttiva, evidenzia che l'attribuzione alla Corte di Giustizia della funzione di concretizzazione della clausola generale equivarrebbe a privare gli ordinamenti nazionali della discrezionalità in sede di attuazione delle direttive che l'ordinamento ha invece loro affidato<sup>737</sup>.

Sul punto pare potersi osservare che la tecnica più congrua per evitare quella eterogenesi dei fini sopra evocata coincida con il riconoscimento pieno della funzione della Corte di Giustizia di precisare il significato di clausole generali e concetti indeterminati.

Una differente interpretazione provocherebbe il cattivo funzionamento del Mercato Comune ponendosi nella direzione opposta a quella verso cui i diversi progetti di armonizzazione e, in particolare, quelli presi in considerazione in questa sede tendono<sup>738</sup>.

---

<sup>735</sup>C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, p. 21; per un'accurata ricostruzione storica si rinvia a A. GUARNERI, *Clausole generali* (voce), in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 e ss.

<sup>736</sup>In dottrina sul punto cfr. W. VIRGA, *Brevi note sulla giurisdizione in materia di contratti fra consumatori e professionisti*, Commento a Corte Europea di giustizia, 1 aprile 2004, Causa C-237/02, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 1155 e ss.; già su questa tematica, W. VAN GERVEN, cit., p. 374 e ss.

<sup>737</sup>Cfr. in argomento S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., p. 293.

<sup>738</sup>S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., p. 295.

7. *Common European Sales Law e recesso ingiustificato dalle trattative: dubbi circa l'individuazione di una lacuna od opportunità per l'applicazione dei principi o delle clausole generali?*

Ritornando al rapporto fra le disposizioni della proposta e gli istituti interni in un'ottica interpretativa, un cenno merita la tematica del *recesso ingiustificato dalle trattative*; per come emerso durante la parte iniziale della trattazione, l'istituto è stato in Italia un aspetto controverso della disciplina della responsabilità precontrattuale, in ragione dell'assenza di una previsione esplicita della fattispecie.

L'art. 1337 del codice civile, come chiarito, ha infatti previsto una clausola generale a presidio della fase precontrattuale della cui applicabilità diretta si è all'inizio perfino dubitato.

L'opera incessante del *formante dottrinario* e di quello *giurisprudenziale* ha contribuito a dirimere il punto controverso, non solo ritenendo ammissibile in astratto la fattispecie, ma anche delineando i contorni e i presupposti perché la medesima possa ritenersi integrata.

Occorre chiarire a questo punto se sia possibile impiegare ulteriori spunti dalla disciplina della *CESL* al fine di confermare l'orientamento espresso all'interno del nostro ordinamento.

Il dato dal quale partire è rappresentato dalla ricognizione dell'assenza, all'interno dell'articolato, di alcuna disposizione che regolamenti la fattispecie.

Questo aspetto deve essere, tuttavia, confrontato concretamente con due possibili alternative: quella dell'individuazione di una soluzione negativa che espunga di fatto dal complessivo valore precettivo della proposta l'ipotesi all'esame; ovvero quella della considerazione della fattispecie come oggetto comunque implicito della regolamentazione in parola, nonostante l'assenza di una specifica disciplina.

Nel tentare di dirimere i dubbi rispetto all'alternativa occorre partire da dati ulteriori.

In primo luogo dal fatto che la sezione 6 del *Feasibility Study*, ricalcando del tutto pedissequamente la disciplina prevista dal *Draft Common Frame of Reference* al suo secondo comma disponeva letteralmente: *“a person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off*

*negotiations contrary to good faith and fair dealing; this duty may not be excluded or limited by contract”.*

Da questo elemento può desumersi come appartenga alla cultura giuridica propria dei processi di armonizzazione la regola della necessità di colpire le condotte che si sostanzino nel recesso ingiustificato dalle trattative e che questa medesima regola si traduca in positivo nell'imposizione di un vero e proprio dovere (*duty to not break off negotiations contrary to good faith and fair dealing*).

Ciò assume un significato particolare se si pone mente al fatto che la regola richiamata, sebbene inserita in un documento preparatorio, rappresenta trasposizione di disposizione contenuta in altro documento che ha l'ambizione di rappresentare un comune quadro di riferimento (CFR) espressione di una comune cultura giuridica nell'ambito dei processi di accorciamento delle distanze fra i singoli modelli normativi.

La soluzione (drastica) di esclusione<sup>739</sup> pare la conseguenza della “*contrattualizzazione del testo*”<sup>740</sup> oltre che probabilmente della scelta di adottare uno strumento *opt in*.

La previsione di un generale dovere di comportamento inserito nelle Disposizioni Preliminari della *CESL* consentono di considerare immanente non soltanto il principio di buona fede nelle trattative all'interno del documento, ma anche la fattispecie “recesso ingiustificato dalle trattative”<sup>741</sup>.

L'unico aspetto veramente controverso attiene alla possibilità di applicare lo strumento *CESL* per l'ipotesi di mancata stipula del contratto.

Il recesso ingiustificato rappresenterebbe naturalmente una di queste fattispecie in ragione del fatto che il contegno scorretto di uno dei contraenti non consentirebbe di raggiungere l'accordo e di considerare pertanto concluso il contratto.

Il nodo da sciogliere atterrebbe, pertanto, a questo punto, alla necessità di dover immaginare specifiche modalità per risalire a una concreta volontà dei contraenti di

---

<sup>739</sup>Nel senso della mancata trasposizione della disciplina della fattispecie recesso ingiustificato dalle trattative.

<sup>740</sup>Con riferimento a questo fenomeno cfr. A. VENEZIANO, “*Conclusion of the contract*”, in R. SCHULZE, J. STUYCK (a cura di) “*Towards a European Contract Law*”, Munich, 2011, pp. 81-95, spec. p. 86.

<sup>741</sup>Nello stesso senso C. CRAVETTO, *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo e la responsabilità pre rottura ingiustificata delle trattative*, tesi di dottorato, reperibile in [https://air.unimi.it/bitstream/2434/173517/2/Phd\\_unimi\\_R08360.pdf](https://air.unimi.it/bitstream/2434/173517/2/Phd_unimi_R08360.pdf), p. 153 e ss.

applicazione dello strumento *CESL* anche per il caso di mancata stipulazione del contratto<sup>742</sup>.

Gli spunti di riflessione già richiamati con riferimento al considerando 22 per come emendato potrebbero andare nella direzione dell'individuazione di uno strumento in grado di consentire l'applicazione della normativa anche a prescindere dalla conclusione del contratto.

#### 8. *CESL e principio di non interferenza fra regole di validità e di comportamento.*

Abbiamo accennato all'apparato rimediabile previsto dalla proposta di regolamento per il caso di violazione degli obblighi informativi: abbiamo in particolare fatto riferimento all'art. 29 dell'articolato al fine di tentare un'interpretazione coerente anche con questa disposizione della nozione di interesse negativo.

Dagli espliciti riferimenti fatti dal complesso disciplinare si evince che le disposizioni richiamate all'interno della *CESL* possono essere impiegate anche per indagare ulteriormente il principio di non interferenza fra regole di comportamento e regole di validità.

Su questi aspetti ci siamo a lungo soffermati nella parte istituzionale della trattazione ed in quella sede abbiamo appurato come la correttezza dell'impostazione che tende a distinguere fra regole di validità e correttezza in ragione della struttura e funzione differente non possa escludere i motivi di un costante rapporto di interconnessione fra i gruppi di norme tale da indurre a sottoporre, in alcune ricostruzioni, persino ad aspra critica il principio di non interferenza.

Il riferimento che faremo in questa sede è in particolare agli artt. 29, 42<sup>743</sup>, 48 e 49.

---

<sup>742</sup>Sul punto cfr. C. CRAVETTO - B. PASA, "The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts", in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 762; ivi anche la proposta di formulazione di una possibile clausola *CESL*: "The *CESL* rules apply even if the negotiations fail before a contract is entered into, providing that the parties have chosen it when they started their negotiations, or they could reasonably be expected to have chosen it unless the circumstances indicate otherwise".

<sup>743</sup>L'art. 42, comma 2 prevede l'aumento fino a ad un anno del termine di recesso in caso di violazione di

Le disposizioni richiamate ampliano, infatti, fortemente le ipotesi di dolo commissivo e omissivo<sup>744</sup>; l'art. 51 invece introduce nella disciplina dei vizi del consenso l'annullamento del contratto per iniquo sfruttamento di uno stato di dipendenza, di fiducia, di difficoltà (non necessariamente economica), di ignoranza o semplicemente di inesperienza<sup>745</sup>.

L'art. 29 in particolare oltre a determinare i criteri per il risarcimento del danno fa salvi gli altri rimedi<sup>746</sup>, in particolare il recesso (di cui all'art. 42), il rimedio disciplinato dall'art. 48 (errore) e quello di cui all'art. 49 (dolo).

In particolare l'art. 48 consente di disporre l'annullamento del contratto per errore di fatto o di diritto nel caso in cui in mancanza del vizio la parte non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni differenti; inoltre nelle ipotesi in cui l'altra parte ha causato l'errore o ha determinato la conclusione del contratto viziato da errore, omettendo di adempiere all'obbligo di informazione di cui al capo 2 o conosceva o era ragionevolmente tenuta a conoscere l'errore ed ha fatto sì che il contratto venisse concluso in base all'errore stesso omettendo le informazioni utili, purché la comunicazione delle medesime fosse richiesta conformemente al principio di buona fede e correttezza.

Infine l'art. 49<sup>747</sup> al comma terzo chiarisce che “al fine di determinare se la buona fede e la correttezza prescrivano alla parte di rivelare una determinata informazione, deve aversi riguardo a tutte le circostanze, in particolare: a) l'eventuale competenza specifica della parte; b) il costo al quale la parte può ottenere l'informazione; c) la facilità con cui l'altra parte può procurarsi le informazioni con altri mezzi; d) la natura delle informazioni; e) la manifesta importanza dell'informazione per l'altra parte; f) nei contratti fra professionisti le buone pratiche commerciali nella situazione di cui trattasi”.

---

obblighi di informazione.

<sup>744</sup>Cfr. sul punto G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, p. 45 e ss.

<sup>745</sup>In argomento fra gli altri F. GALGANO, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo della vendita*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2012, p. 5

<sup>746</sup>In tema di rimedi con riferimento alle c.d. vendite transfrontaliere cfr. A. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 981 e ss.

<sup>747</sup>La disposizione va certamente coordinata con il comma principale (il primo) che statuisce che “una parte può annullare il contratto qualora l'altra parte l'abbia indotta a concluderlo mediante falsa rappresentazione dolosa, attuata con parole o comportamenti, o reticenza dolosa di informazioni che secondo buona fede e correttezza o in base ad obblighi di informazione precontrattuale avrebbe dovuto comunicarle”.



Dal riferimento all'articolato pare emergere che l'ampliamento delle ipotesi di violenza e dolo come effetto della legislazione di origine comunitaria oltre all'espressa previsione del legame fra reticenza dolosa di informazioni e buona fede e correttezza<sup>748</sup> (art. 49 comma 1 proposta di regolamento sulla vendita europea) consente di confermare l'orientamento secondo cui "la violazione di una regola di condotta non rimane sempre relegata nell'area del fatto"<sup>749</sup>, ma può determinare anche una conseguenza negativa sul regolamento di interessi, ossia un disvalore del precetto negoziale"<sup>750</sup>.

#### *9. Cenni alle più recenti modifiche alla proposta di regolamento sulla vendita europea.*

Come emerso dalla trattazione sin qui, la Proposta del 10 agosto 2011 [COM (2011) 635 def] è stata emendata dal Parlamento ed il testo degli emendamenti è stato approvato il 26 febbraio 2014 [P7\_TA-PROV (2014) 0159].

I tratti salienti di questi emendamenti riguardano in primo luogo la modifica del considerando 22 che nella versione attuale prevede che la volontà di avvalersi del Regolamento opzionale sia contenuta in una dichiarazione separata che viene a far parte di un accordo distinto rispetto al contratto sottoscritto dalle parti.

Questa modifica può dare adito ad alcune possibili interpretazioni nella direzione della soluzione di alcune problematiche che i commentatori avevano sollevato a partire della

---

<sup>748</sup>Il rapporto fra doveri di informazione e dolo è ben sottolineato dalla migliore dottrina interna che evidenzia come nei negozi in cui sono previsti specifici doveri di informazione la reticenza può essere causa di annullamento del contratto per il caso in cui sussista dolo o colpa grave, ovvero legittima causa di recesso per le ipotesi in cui i requisiti appena richiamati siano assenti; il riferimento, nel contesto della legislazione interna, viene solitamente fatto agli artt. 1892 e 1893 del codice civile; cfr. sul punto F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona edizione, Napoli, 1997, p. 171 e ss.. Le disposizioni parrebbero pertanto conferma della tendenziale interferenza, in alcune ipotesi, delle regole di validità con quelle di comportamento; nelle fattispecie richiamate, in particolare, infatti, la violazione di doveri contrattuali influirebbe sul vincolo contrattuale legittimando o l'annullamento del contratto o il recesso da parte del contraente che si sia reso inadempiente.

<sup>749</sup>Sulla connessione fra atto e comportamento, per tutti, cfr. B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 17 e ss.

<sup>750</sup>Così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione fra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 47.

predisposizione della proposta e alle quali abbiamo fatto cenno. Fra queste certamente quella dell'applicabilità dello strumento di armonizzazione per il caso di mancata conclusione del contratto.

Ancora, il Considerando 11 della proposta nella nuova formulazione consente di ridimensionare le preoccupazioni sollevate in diversi contesti, e anche in questo, rispetto all'eventualità che la scelta del Regolamento potesse esser considerata uno strumento per abbassare i livelli di protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori.

La garanzia dell'adeguato livello di protezione espressa dal considerando e la modificabilità tanto della direttiva sui diritti dei consumatori che del medesimo regolamento rappresentano elementi in grado di assicurare la piena armonizzazione allontanando le preoccupazioni già espresse.

Maggiori perplessità pare suscitare il nuovo Considerando 27 che fa un elenco delle materie che debbono considerarsi estranee all'ambito di applicazione del Regolamento fra le quali rientrerebbero, la capacità giuridica, la capacità di agire e la personalità giuridica, l'invalidità del contratto derivante da incapacità, illegalità o immoralità, salvo che si tratti di vizi che riguardano il contratto di vendita in sé, la scelta della lingua, la violazione del principio di non discriminazione, la rappresentanza, la pluralità di debitori e creditori, il mutamento delle parti inclusa la cessione, il fallimento e le fusioni, il diritto di proprietà incluso il trasferimento della titolarità dei diritti, la proprietà intellettuale e la responsabilità nella trattativa; malgrado ciò la violazione degli obblighi informativi rientrerebbe nell'ambito di applicazione del regolamento.

Naturalmente, per come abbiamo avuto modo di anticipare, questa progressiva attività di restringimento al contratto di vendita e in particolare a quella di prodotti digitali ha fatto emergere profonde perplessità sulla validità e tenuta complessiva dell'impianto della proposta.

Rispetto a quanto qui più immediatamente di interesse, contraddittoria parrebbe l'esclusione dell'applicazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale contestuale però al mantenimento di una disciplina degli obblighi di informazione e di un apparato rimediabile per il caso di violazione degli obblighi medesimi.

Questa conclusione acquisirebbe maggiore consistenza se si aderisse a quella impostazione in virtù della quale gli obblighi di informazione della legislazione speciale sarebbero espressione del principio di buona fede e la conseguente violazione dei doveri richiamati produrrebbe un' autentica ipotesi di responsabilità precontrattuale.

In questo stesso contesto si segnala, quale effetto degli emendamenti, la rimodulazione della definizione della buona fede al fine del restringimento del suo ambito applicativo e che assume così il seguente tenore letterale: “*good faith and fair dealing means a standard of conduct characterized by honesty, openness and, in so far as may be appropriate, reasonable consideration for the interests of the other party of the transaction or relationship in question*”.

Sul ruolo della buona fede nella duplice veste di clausola generale e principio generale di buona fede ci siamo già soffermato nel corso della trattazione; vale qui solo la pena rilevare che la modifica della definizione richiamata pare rivolta non soltanto ad un accorciamento del divario fra i diversi sistemi di regole, ma anche a limitare gli effetti deleteri che l'attività di concretizzazione della clausola potrebbe provocare rispetto alle finalità del progetto di armonizzazione

La rilevanza complessiva delle modifiche al progetto originario pare emergere anche dalla recente attività della Commissione Europea; il 16 dicembre 2014 la Commissione ha infatti proceduto alla presentazione del suo *Work Programme* nel quale riconosce ancora l'importanza della iniziativa, ma riconosce al contempo come la progressiva limitazione dell'ambito applicativo renda indispensabile una rivalutazione anche del titolo del documento.

## Conclusioni.

L'esame della responsabilità precontrattuale ha posto in risalto alcuni dei principali aspetti dubbi che lo studio della figura giuridica tradizionalmente solleva.

Al di là delle risposte che si sono date attraverso la verifica della letteratura giuridica interna e della giurisprudenza, il riferimento ai modelli di armonizzazione, in particolare, ha condotto implicitamente alla conferma di alcune soluzioni e linee di pensiero che sono emerse nel corso della trattazione.

Nel cercare di tirare le fila del discorso sin qui fatto, partendo da alcuni aspetti di portata più generale possiamo segnalare, in primo luogo, come l'attenzione dei modelli interni alla disciplina del contegno dei contraenti nella fase precontrattuale non sia una peculiarità da relegarsi ai sistemi di origine continentale che abbiano avuto cura di prevedere una esplicita disciplina giuridica.

Sia il *formante giurisprudenziale* che quello *dottrinario*, consolidatisi nei sistemi di *common law*, hanno consentito di appurare che, malgrado l'apparente ritrosia di questi modelli nei confronti dell'impiego della clausola di buona fede e rispetto al tema degli affidamenti precontrattuali, esiste, tuttavia, un'attenzione diretta per questi aspetti, oltre al chiaro tentativo di trovare risposte a quesiti che nell'ordinamento interno trovano un diretto riscontro nel *micro-sistema* normativo rappresentato dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile.

Quello che emerge in maniera netta è che mentre la trattazione unitaria propria del sistema italiano<sup>751</sup> consente di configurare un istituto giuridico altrettanto unitario - che trova la sua radice nella ricostruzione di Jhering - quale risposta a una serie di problematiche accomunate dalla ricorrenza di contegni scorretti nella fase antecedente alla stipula del contratto; le medesime esigenze socio-economiche trovano, con riferimento ai modelli di

---

<sup>751</sup>Non si è mancato di sottolineare le divergenze fra il modello interno e quello francese, oltre quello espresso dall'*estoppel*: si è infatti osservato che "rispetto all'*estoppel* e alla *confiance légitime* le due disposizioni (gli artt. 1337 c.c. e 1338 c.c.) privilegiano l'aspetto del bilanciamento di interessi, e impongono, inoltre, una condotta ispirata ad un obiettivo solidaristico estraneo sia alla tradizione di *common law* sia a quella francese": così C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, cit., p. 393.

*common law*, nell'impiego di strumenti diversi, risposte alla tematica che risulta oggetto di esplicita tipizzazione a mezzo della tecnica di produzione normativa rappresentata dalla predisposizione di clausole generali.

In questi sistemi, la superfluità di una regola generale provoca la sostituzione della medesima con più "discrete" regole tecniche o operazionali che si pongono alla base di istituti giuridici specifici<sup>752</sup>.

Su questo proscenio non può che fare il suo ingresso il tentativo di circoscrivere l'operatività delle clausole generali e di appiattare le distinzioni fra i sistemi rinvenendo, ad esempio, nella clausola di buona fede uno strumento in grado di realizzare un giudizio di riprovazione dei contegni che pare porsi in stretta linea di continuità con le impostazioni proprie dei sistemi di *common law* che oltre a reprimere la scorrettezza procedurale conferiscono in realtà grande rilevanza alle ragionevoli aspettative delle parti<sup>753</sup>.

Il tema della responsabilità precontrattuale pare pertanto appartenere a una cultura giuridica unitaria<sup>754</sup> che travalica gli ambiti territoriali ristretti degli ordinamenti che disciplinano espressamente la figura giuridica.

Una conferma di questa impostazione si ricava certamente dall'attenzione che i processi di armonizzazione del diritto contrattuale europeo hanno avuto per il tema.

Come abbiamo avuto modo di appurare il *Draft Common Frame of Reference* riserva un'attenzione compiuta alla responsabilità precontrattuale, andando oltre, almeno parrebbe, anche rispetto a quanto fatto dal modello interno.

Nello strumento di armonizzazione è infatti espressamente prevista una disciplina applicabile alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, oltre che un riferimento altrettanto esplicito alle conseguenze per il caso di violazione dei doveri precontrattuali.

---

<sup>752</sup>In argomento A. DE VITA, op. cit., p. 268: l'Autrice richiama l'*undue influence*, la *misrepresentation*, la *economic duress* e naturalmente l'*equitable estoppel*.

<sup>753</sup>L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della disciplina sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 452 e ss.

<sup>754</sup>Univoco pare il dilemma sotteso a questa impostazione e ben sintetizzato dal quesito su "come conciliare il diritto di ognuno al libero esplicarsi del proprio volere con le esigenze della dimensione meta individuale intrinseca ad ogni rapporto umano, fondata sul rispetto della parola data e il rifiuto della legge del più forte": A. DE VITA, op. cit., p. 255

Anche la *Common European Sale Law*, sebbene non contenga una disciplina mirata al tema della responsabilità precontrattuale, può rappresentare, per il tramite dei diversi riferimenti alla fase precontrattuale e per il ricorso alla clausola/principio di buona fede, uno schema da impiegare come argomento a favore del riconoscimento dell'attenzione al tema e alle esigenze di tutelare gli affidamenti precontrattuali.

Anche con riferimento alla validazione di più specifiche soluzioni prospettate all'interno del modello italiano, i riferimenti ai sistemi stranieri e ai modelli di armonizzazione sono sembrati utili punti di comparazione.

Infatti, esemplificando e in estrema sintesi: in relazione al tema del *c.d. interesse negativo* la soluzione già evidente nel contesto della dottrina italiana e consistente nell'impossibilità di limitare il risarcimento del danno, ha avuto importanti conferme oltre che negli strumenti di armonizzazione, anche nei sistemi di *common law*.

La formulazione ampia del *Draft Common Frame of Reference*, ripresa dalla *Common European Sale Law* è utilizzabile al fine di configurare il risarcimento del danno nel caso di responsabilità precontrattuale come strumento flessibile da calibrare sulla base delle concrete esigenze e impossibile da limitare al *c.d. interesse negativo*, inteso come evocativo del concetto di danno negativo.

Ulteriore conferma pare derivarsi dal sistema inglese e da quello americano dove il tema degli affidamenti precontrattuali, trova, in alcuni casi, un'espressa tutela attraverso la reintegrazione del *c.d. interesse positivo*, ovvero l'esatta esecuzione della prestazione oggetto del contratto.

Il tema della collocazione della responsabilità precontrattuale in un modello tipizzato crediamo non abbia trovato apposita esplicitazione dall'analisi comparatistica.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia pare limitarsi a risolvere una questione che non attiene alla natura giuridica dell'istituto, ma esclusivamente alla disciplina applicabile. E al contempo la collocazione dell'*estoppel* fra *contract* e *tort* non rappresenta argomento utile ai fini del dibattito interno.

Un cenno di certo merita, in queste note finali, la teorica, sulla quale molto ci siamo soffermati, della responsabilità da contratto valido, ma sconveniente.

Il dibattito, abbiamo avuto modo di verificarlo, è ancora molto acceso nel contesto della dottrina interna.

Possiamo osservare che la previsione della responsabilità precontrattuale in tema di *CESL* solo per il caso di avvenuta conclusione del contratto rappresenta elemento in grado di supportare quelle impostazioni che nella letteratura interna sostengono un certo modo di concepire le relazioni fra regole di validità e regole di comportamento.

Queste medesime impostazioni configurano la permanenza di uno spazio di tutela delle istanze espressione di responsabilità precontrattuale anche per il caso in cui il comportamento scorretto nella fase delle trattative precontrattuali non abbia condotto alla concretizzazione di un vizio tale da incidere, attraverso la rilevanza attribuita dalle regole di validità, sulla struttura del congegno negoziale.

Riemerge così il ruolo fondamentale dell'affidamento nelle vicende che riguardano l'attività dei contraenti nella fase delle trattative contrattuali.

Il più recente e condivisibile orientamento giurisprudenziale - che impiega il criterio del maggior aggravio economico o del minor vantaggio al fine di comporre l'ammontare del risarcimento del danno per il caso di contratto valido, ma sconveniente e frutto comunque di una deformazione della vicenda delle trattative - rappresenta un "*inedito strumento di tutela dell'affidamento della vittima a beneficiare di un contratto conforme alle aspettative maturate sulla base del contegno della controparte*"<sup>755</sup>.

La responsabilità precontrattuale assumerebbe, nel suo carattere polifunzionale, il ruolo di rimedio manutentivo che consente alla parte lesa di ottenere un perfetta corrispondenza<sup>756</sup> fra ciò che aspirava legittimamente ad ottenere e ciò che ha ottenuto<sup>757</sup>.

---

<sup>755</sup>Così T. FEBBRAJO, op. cit., p. 221 e ss.

<sup>756</sup>Del resto sul punto si è osservato che proprio dando adeguato risalto al rapporto fra l'art. 1337 e l'art. 1440 c.c. si potrebbe sostenere che "la norma in materia di responsabilità precontrattuale potrebbe svolgere un ruolo assai pregnante: quello di aprire la via ad un correzione [...] dei risultati economici pregiudizievoli di un regolamento di interessi, pur validamente stipulato, ma che, in ragione di un contegno sleale e scorretto di una delle parti, si rileva in qualche misura squilibrato e comunque lesivo dell'interesse dell'altra parte": così M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedi risarcitori*, cit., p. 25 e ss.

<sup>757</sup>Ciò in perfetta linea con le logiche di contrattualizzazione del comportamento e delle informazioni preliminari alla stipula che emergono nel contesto del diritto privato europeo; a riguardo basta un riferimento al *Draft Common Frame of Reference* che all'art. 3:109 rubricato *Remedies for breach of information duties* del libro II *Model Rules* prevede per il caso di violazione dei doveri d'informazione a cui sia seguita

Questo nuovo ruolo della responsabilità precontrattuale è stato di recente sottolineato dalla dottrina che ha coniato l'espressione "responsabilità pericontrattuale" al fine di ricollegare a questa fattispecie "tutti i fatti lesivi intervenuti intorno al contratto (non importa se prima o dopo la sua conclusione), ma non identificabili con l'inadempimento della prestazione contrattuale, e per i quali la vittima soffra danni in relazione al contratto stesso"<sup>758</sup>.

La buona fede precontrattuale avrebbe pertanto, oltre che il ruolo di regola di condotta, quello di elemento inseparabile dalla disciplina unitaria del negozio e del rapporto giuridico, sulla base non soltanto del canone di lealtà e di correttezza, ma anche dei principi di affidamento e autoresponsabilità<sup>759</sup>.

Al contempo e in conclusione la tendenza all'ampliamento dell'area di incidenza della figura deriverebbe da una lettura assiologica degli istituti giuridici frutto dell'impostazione personalistica e solidaristica espressa dall'introduzione della Carta Costituzionale e dei suoi principi e pertanto dall'influenza di questo portato sulle figure privatistiche.

---

comunque conclusione del contratto che "the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information".

<sup>758</sup>Cfr. V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità pericontrattuale. Dialogo con Giorgio de Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 16 e ss.

<sup>759</sup>G. PERLINGIERI, Introduzione a, *La responsabilità precontrattuale di F. BENATTI*, cit., p. XIII.



## Bibliografia

N. ABRIANI, *Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto*, in *Giur. Comm.*, II, 2000, p. 167 e ss.

A. ADDANTE, *Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di Regolamento per un “diritto comune europeo della vendita”*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2014, p. 31 e ss

G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008

G. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura dalle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in *Danno e responsabilità*, 2009, p. 469 e ss.

M. ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede (analisi della giurisprudenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 1051e ss.

R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 340 e ss.

G. ALPA, *Precontractual liability. Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law*, 1991, Denver, p. 195 e ss

G. ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire*, prefazione a G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it., Milano, 1999

G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, vol.I, t. 1, Torino, 1999, p. 515 e ss.

G. ALPA, *Principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2006

G. ALPA, G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell’Acquis Communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 141 e ss.

G. ALPA, *Presentazione*, in *Il Draft Common Frame of Reference nel diritto privato europeo*, a cura di Alpa, Iudica, Perfetti, Zatti, Milano, 2009.

G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012,

G. ALPA, G. IUDICA (a cura di), *Draft Common Frame of reference (DCFR), What For?*, Milano, 2013

- G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2014
- C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Liber amicorum per F. D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 390 e ss.
- C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012
- A. AMATUCCI, *La scuola di diritto commerciale di Alessandro Graziani e le situazioni soggettive dell'azionista di Enzo Buonocore*, in *Giur. Comm.*, 2012, p. 291 e ss
- F. ANELLI, *Il fondamento ed i limiti della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Riv. Trim. App.*, 1991, p. 171 e ss.
- L. ANTONIOLLI, *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato*, in *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, S'Antarcangelo di Romagna, 2014, p. 13 e ss.
- L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2010, p. 255
- A. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1991
- T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952
- P.S. ATIYAH, *The rise and Fall of Freedom of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, *passim*
- P. S. ATIYAH, *An introduction to the law of contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995
- P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 480 e ss.
- M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006
- H. BEALE, *The impact of the Decisions of the European Courts on English Contract Law: The Limits Voluntary Harmonization*, 18 *ERPL* 2010, p. 501 e ss.
- H. BEALE, W. RINGE, *Transfer of Rights and Obligations*, in *The Common European Sales Law in context. Interactions with English and German Law* (edited by G. Dannemann

e S. Vogenauer), Oxford, 2013, p. 521 e ss

L. A. BEBCHUK, O. BEN SHAHAR, *Precontractual liability*, in *Journal of Legal Studies*, 2001, p. 423 e ss.

A. BELELLI, *Il principio di conformità fra proposta e accettazione*, Padova, 1992

F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, FP, 1962, I, p. 1357 e ss.

F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, *passim*

F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. Impr.*, 1987, p. 285 e ss.

V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, 2012

L. BERTINO, *Le trattative precontrattuali e i terzi*, Milano, 2009

M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1972, p. 962 e ss.

E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, II edizione, 1950

E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1953

E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971

C.M. BIANCA, *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1964, I, p. 478 e ss.

C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, p. 205 e ss.

C. M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, Milano, 1984

L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo della pubblica amministrazione e terzi*, FI, 1962, I, 1165 e ss.

L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Scritti in memoria di Ballarino*, Milano, 1982

L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Pric.*, Torino, 1988

L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Milano, 1994

L. BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*,

Milano, 1998, p. 780 e ss.

L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1 \*\*, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987.

B. A. BLUM, A.C. BUSHAW, *Contracts: cases, discussions, and problems*, New York, 2003

N. BOBBIO, *L'analogia nella logica giuridica*, Torino, 1938

N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 e ss.

M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, G. Alpa, M.J. Bonell, D. Corapi, L. Moccia, V. Zeno-Zencovich, A. Zoppini, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 3<sup>a</sup> ed., 2010, Roma-Bari

U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991

M. BRIDGE, 'Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?', 9, *Canadian Business Law Journal* 1984, p. 385 e ss,

R. BROWNSWORD, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Contract Law*, in R. BROWNSWORD, N. J. HIRD, G. HOWELLS (ed. By), *Good Faith in Contracts – Concept and Context*, Ashgate – Dartmouth, 1999, p. 13 e ss.

F. D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e atto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e Impresa*, 1991, p. 551.

G. CALABRESI, *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*", 70 *Yale L. J.* 499, (1961)

L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d.

F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione fra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, II, 1912, p. 743 e ss.

G. CARRARA, *La formazione del contratto*, Milano, 1915

F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e Commerciale Cicu-Messineo* 1987, Milano

- J. CARTWRIGHT, *Misrepresentation*, London, 2002
- J. CARTWRIGHT, *Contract law: an introduction to English Law of contract for the civil lawyer*, Oxford, 2013
- J. CARTWRIGHT, M. HESSELINK, *The problem of precontractual liability*, in, *Precontractual liability in European Private Law*, a cura di Cartwright, Hesselink, Cambridge, 2008
- J. CARTWRIGHT, *The English Law of Contract: Time for Review?*, in *Eur. Rev. Priv. Law.*, 2009, p. 157 e ss
- D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993
- C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1986, p. 21 e ss.
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 148 e ss.
- C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e Diritto e Privato*, 2008, p. 322 e ss.
- C. CASTRONOVO, *Informational Duties and Precontractual Good Faith*, 17, *European Review of Private Law*, 2009, p. 599 e ss.
- C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 1 e ss
- C. CASTRONOVO, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 304 e ss.
- C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2013, p. 906 e ss.
- A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009
- G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore nell'adempimento*, Milano, 1968

- G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971, p. 614 e ss.
- F. CEPPI, *La responsabilità precontrattuale: antiche e nuove questioni*, in *Il codice civile tra Costituzione e ordinamento comunitario*, Atti del Convegno Università per stranieri di Perugia, 9 marzo 2012, Napoli, 2012, p. 127 e ss.
- G. C. CHESHIRE, C.H.S. FIFOOT, *Central London Property Trust Ltd v. High Tree House, Ltd*, in *63 L Quart. Rev.*, 1947, p. 283 e ss.
- N. COHEN, *Pre-contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in J. BREATSON e D. FRIEDMANN (ed. By), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, p. 25 e ss.
- H. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1997
- G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *I contratti*, 2010, p. 713 e ss
- G. CONTE, *Della causa del contratto, Commento sub. Art. 1344*, in *Codice Civile Commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, Milano, p. 471 e ss
- J. COOKE, D. OUGHTON, *Common Law of Obligations*, Londra, 2000
- R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999
- D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970
- M. COSTANZA, *La dichiarazione di accettazione fra regole di forma e principio di conformità*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1068 e ss.
- L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 721 e ss.
- P. CRAIG, *Administrative Law*, Londra, 2003.
- R. CRASWELL, *Offer, Acceptance, and Efficient Reliance*, 48 *Stan. L. Rev.*, 481 (1996)
- C. CRAVETTO - B. PASA, "The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts", in *Europ. rev. priv. law*, 2011, 6, p. 762 e ss.
- G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 717.
- A. D'AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, Napoli, 2003, *passim*

G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996

G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza, I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, p. 429 e ss

G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1704 e ss.

G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sui Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione*, in *I Contratti*, 2012, p. 611 e ss.

G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 197 e ss.

A. DE CUPIS, *La natura della responsabilità*, Milano, 1966

B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964

D. DE MASI, *L'avvento post- industriale*, Milano, 1987

A. DE MAURO, F. FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2002

G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, 10 e ss.

A. DE VITA, *Buona fede e common law (Attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, p. 251 e ss.

R. C. DEL CONTE, *Responsabilità per ingiustificata rottura delle trattative*, in *I contratti*, 2004, p. 16 e ss.

A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 1983, p. 122 e ss.

F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002

F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, p. 1 e ss.

F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giurico tardo-liberale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, p. 38 e ss.

L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, p. 1061 e ss.

A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982

- A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna e Roma, 1988, p. 284 e ss.
- A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, Alpa e Bessone (diretto da), *I contratti in generale*, I, aggiorn. 1991-1998, in *Giur. Sist. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1999, p. 26 e ss.
- F. DI MARZIO, *Introduzione. Verso il nuovo diritto dei contratti*, in ID (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti – Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 1 e ss.
- N. DI PRISCO, *Il principio di conformità fra proposta e accettazione nella costruzione del diritto contrattuale europeo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, II, p. 483 e ss.
- J. P. DAWSON, *The general clauses, viewed from a distance*, *Rabels Zeitschrift*, 1977, p. 441 e ss.
- H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958
- E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Milano, 1962
- P. DUVIA, *Il principio di conformità nella conclusione del contratto*, Milano, 2012
- J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1974
- J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione*, trad. it., di Patti, Zaccaria, Napoli, 1983
- G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906
- G. FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Giur.*, 1909, p. 128 e ss.
- E. A. FARNSWORTH, *Precontractual liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, in *87 Col. Law Rev.*, 217, 1987
- E. A. FARNSWORTH, *Problems of Unification of Sales Law from the Standpoint of the Common Law Countries*, in *7 Digest of Commercial Laws of the world*, 1980
- T. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 195
- J. M. FEINMAN, *Critical Approaches to Contract Law*, in *30 Ucla L. Rev.*, 1983, p. 854 e ss.



- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966
- G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1969, I, p. 187 e ss.
- F. FERRO LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova, 1999
- L. FERRI, *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1987
- F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto Privato*, 2013, p. 412 e ss
- F. FORTINGUERRA, S. TOMMASI, A. DE MAURO (a cura di), *La responsabilità precontrattuale*, Padova, 2007
- L. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003
- M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contratto e impresa europa*, 2012, p. 350 e ss
- M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale come laboratorio: l'interesse contrattuale positivo*, in *Contr. e Impr.*, 2013, p. 284
- M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"*, in *Contr. Impr.*, 2013, p. 290
- D. FRIEDMAN, *Law's order*, Princeton, 2000
- A. FRIGANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale – Diritto comparato e prassi commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 161 e ss
- L. L. FULLER, W.R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damage*, in *46 Yale L.J.*, 1936-1937, p. 373
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2002
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004
- F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 2010, Urbino, 2010
- P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, I, p. 478 e ss.

- P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 239 e ss.
- P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, I, p. 295 e ss.
- P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 487 e ss.
- F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970
- A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e Impr.*, 2003, p. 710 e ss.
- A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, p. 393 e ss
- J. GHESTIN, *Traité de droit civil, 2, Les obligations, Les contrat: formation*, 2 ed., Paris, 1988
- G. GHIDINI, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970
- G. GIAMPICCOLO, voce *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 235 e ss.
- M. S. GIANNINI, *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione*, Studi Jemolo, III, Milano, 1963, p. 263 e ss.
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993
- E. GILIBERTI, *Il lodo Mondadori, la fine della guerra di Segrate e l'incerto limite della responsabilità aquiliana*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 31 e ss
- P. GILIKER, *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *European Review of Private Law*, 2013, 83 e ss.
- G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it., Milano, 1999
- M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951
- G. GITTI, *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, I, p. 115 e ss.
- D. M. GODERRE, "International Negotiations Gone Sour: Pre-contractual Liability under the United Nations Sales Convention", 66 *U.Cincinnati Law Review* (1997), p. 258 e ss
- A. B. GOETZ, H.V. SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of*

- Contract*, in 89 *Yale L. J.*, 1980, p.1266 e ss.
- G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955
- G. GORLA, (voce) *Consideration*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 176 e ss.
- G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale d'informazione*, Napoli, 1990
- G. GROSSO, *Buona fede (Premesse romanistiche)*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959
- A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto, Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 1988, p. 403 e ss.
- R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004
- T. HASSAN, *The Principle of Good Faith in the Formation of Contracts*, in *Suffolk Transnational L. J.*, 1980, vol. 5, p. 1 e ss.
- S.D. HENDERSON, *Promissory Estoppel and traditional Contract Doctrine*, (1969), *Yale Law Journal*, p. 359
- M. HESSELINK, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, *Tulane LR*, 2009, p. 919
- M. HESSELINK, *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission Proposal for a Regulation*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 195 e ss.
- E. HONDIUS, *Towards an optional Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, p. 709 e ss.
- G. HOWELLS, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, 32 *Journal of Law and Society*, 2005, p. 349 e ss.
- R. von JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861
- ID, *Della culpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Trad. a cura di F. Pirocchi, Napoli, 2005
- M. JIMENEZ, *The many faces of promissory estoppel: an empirical analysis under the restatement (second) of contracts*, consultato sul sito <http://ssrn.com/abstract=1373861>, 1, 43
- C. L. KNAPP, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, in *Hasting Law Journal*, vol 49, 1998, p . 1191.

- A. T. KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and the Law of Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, VII, 1978, p. 4 e ss.
- T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., (I ed., 1962; II ed., 1970), Torino, 1999
- O. LANDO, *Comments and questions relating to the European Commissions proposals for a Regulation on Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2011, p. 711 e ss.
- O. LANDO, H. G. BEALE, *Principles of European Contract Law*, Parts 1 and 2, The Hague, 1999
- A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica – Profili comparatistici*, Torino, 2009
- A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 1 e ss.
- M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011, p. 360 e ss.
- N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. Trim.*, 2003, p. 873 e ss
- N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *I contratti*, 2010, p. 704 e ss.
- N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013
- M. L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975
- E. LUCCHINI GUASTALLA, *Marketing and pre-contractual duties nel Draft Common Frame of reference*, in *Il Draft Common Frame of reference nel diritto privato europeo*, a cura di Alpa, Iudica, Perfetti, Zatti, Milano, 2009, p. 135 e ss.
- A LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 794
- C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990,
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996
- F. MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in

*Dem. e dir.*, 1997, p. 191 e ss.

F. MACARIO, *La vicenda del diritto privato europeo*, in *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, a cura di Macario, Lobuono, Padova, 2010, p. 296 e ss.

F. MACARIO, *Commento sub. Art. 1375 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navaretta e Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 730 e ss.

F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, p. 139 e ss.

P. MACMAHON, *Good faith and fair dealing as an underforced legal norm*, in *Minnesota Law Review* (99), 2014, p. 3 e ss.

M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003

U. MAGNUS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2004, p. 680 e ss.

U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958

U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli, 1965

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

M. MANTOVANI, *Commento sub. art. 1337 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Orestano, Navaretta, in *Trattato diretto da Gabrielli*, Torino, 2011

M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediale dei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2013, p. 35 e ss.

F. MARINELLI, *Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 629 e ss

G. MARINI, *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995

U. MATTEI, T. RUSKOLA, A. GIDI, *Schelesinger's Comparative Law, Cases-Text-Materials*, Seventh edition, Foundation Press, New York, 2009

E. MCKENDRICK, *La buona fede tra common law e diritto europeo*, Manuale di diritto privato europeo, II, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 721

e ss

E. MELATO, F. PARISI, *A law ecomics perspecitve on precontractual liability*, in *Precontractual liability in European Private Law*, Cambridge, 2008, p. 431 e ss

M. MELI, *Proposta di regolamento - Diritto Comune Europeo della vendita*, in *NLCC*, 2012, p. 183 e ss.

L. MENGONI, *Metus causam dans e metus incidens*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, p. 50 e ss.

L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, p. 360 e ss.

L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 5 e ss.

F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001

G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002

G. MERUZZI, *La reposnsabilità precontrattuale tra regole di validità e regola di condotta*, in *Contr. e Impr.*, 2006, p. 959 e ss.

F. MESSINEO, voce *Contratto*, (*dir. priv.*), in *Enc. Dir.*, IX, 1961, p. 847 e ss

H. MICKLITZ, F. CAFAGGI, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, 2010

G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, IV, t. 2, Torino, 1980, *sub. art. 1337,1338 c.c.*, p. 113 e ss..

E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1987, p. 943 e ss.

F. MOMMSEN, *Zur Lehre vom Interesse*, Braunschweig, 1855

P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998

O. MORETÉAU, *Revisiting the grey zone between contract and tort: the role of estoppel and reliance in mapping out the law of obligations*, in H. KOZIOL – B. C. STEININGER (ed. by) *European tort law*, Vienna-New York, 2004, p. 60-80

R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, *passim*

- A. M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1998, XVIII, p. 396 e ss.
- A. NATTINI, *Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale*, in *Dir. Comm.*, 1910, I, 2, p. 235 e ss.
- R. NATOLI, *Il contratto adeguato*, Milano, 2012
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1974
- A. C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2002
- J. M. NGUGI, *Promissory estoppels: The life history of an ideal legal transplant*, (2007) 41 *U. Rich. L. Rev.* 425
- R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962
- L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 838 e ss.
- M. NUZZO, *Condizioni generali del contratto*, in *Dizionario del diritto privato. Diritto civile*, I, a cura di N. Irti, Milano, 1980, p. 3 e ss.
- S. PAGLIANTINI, *Una nullità virtuale di protezione? A proposito degli artt. 28 e 34 del c.d. "Cresci Italia"*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2012, p. 79 e ss.
- G. PALERMO, *Autonomia negoziale*, seconda edizione, Torino, 2014
- G. PANZA, *Buon costume e buona fede (1973)*, rist., Napoli, 2013
- E. PARESCE, voce *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1972, p. 152 e ss.
- P. PARDOLESI, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale: di paradossi e diacronie*, in *Foro It.*, 2004, p. 3010 e ss
- P. PARDOLESI, *Strabismo giuridico: il promissory estoppel*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, p. 479 e ss.
- P. PARDOLESI, *Promissory estoppel: affidamento e vincolatività della promessa*, Bari, 2009
- R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1987, p. 309 e ss.

- T. PASQUINO, *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 del codice civile*, in *NGCC*, 2013, p. 523 e ss.
- G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993
- S. PATTI, *Codice civile tedesco, Bürgerliches Gesetzbuch (Traduzione e presentazione a cura di S. Patti)*, Milano, 2005
- S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 266
- S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013
- C. PEDRAZZI, *Iganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955
- E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra trattazione e innovazione*, in *Liber Amicorum per F. D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 498 e ss
- U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005
- G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 del codice civile*, Napoli, 2003
- G. PERLINGIERI, *L'Inesistenza della differenza fra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013
- P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino-Napoli, 1971
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987
- P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006,
- P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 319 e ss.
- P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 159 e ss.
- I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 703 e ss.



- M. PIERS, C. VANLEENHOVE, *The Common European Sales Law. A critical assessment of a valuable initiative*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2012, p. 427 e ss
- S. PIATTONI, *The Theory of Multi-level Governance - Conceptual, Empirical and Normative Challenges*, Oxford, 2010
- V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990
- G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999
- A. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 981 e ss.
- V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915
- G. B. PORTALE, *Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero*, in *Rivista delle Società*, 2013, p. 326 e ss
- R. POSNER, *Gratuitous Promises in Economics and Law*, *6J. Legal Stud.*, 411 (1977)
- R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7° ed., New York, 2007
- P. J. POWERS, “*Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, in *18 Journal of Law and Commerce* (1999) p. 333-353
- F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 953 e ss.
- S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1941, I, p. 197 e ss.
- S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Dir. Civ., Metodo Teoria e Prassi (saggi)*, Milano, p. 119 e ss.
- A. PUTIGNANO, *Obbligo di buona fede durante le trattative e contratto svantaggioso*, Commento a Cass. Civ., sez. IV, 2013, n. 23873, in *I contratti*, IV, 2014, p. 341 e ss.
- G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966
- A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, Milano,

1974

- P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. It.*, 1968, IV, p.224 e ss.
- P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 539 e ss.
- P. RESCIGNO, (voce) *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc del Dir.*, XXIX, Milano, 1978, p. 198 e ss.
- A. RICCIO, *La tendenza generalizzatrice del principio dell'apparenza del diritto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 520 e ss.
- S. RODOTA', *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, 1283 e ss.
- S. RODOTA', *Il tempo della clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1981, p. 709 e ss.
- S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, p. 83 e ss.;
- S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969
- Salv. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001
- V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005
- V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradam dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. Impr.*, 2005, p. 896 e ss.
- V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità pericontrattuale. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2014, p. 16 e ss.
- H. RÖSLER, *Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, 4, p. 733 e ss.
- L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, 2, Torino, 2000, p. 361 e ss
- N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008
- R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Milano, 1992

- R. SACCO, *La trattativa*, in R. SACCO, G. DE NOVA (a cura di), *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Privato*, 2004, p. 503 e ss
- R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio. La parte generale del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Milano, 2005
- R. SACCO, voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto Discipline Privatistiche*, Aggiornamento, 2000, Torino, p. 922 e ss
- R. SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Milano, 2011
- C. SALVI, *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 e ss.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981
- C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Quaderni*, 1992, p. 68 e ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio fra contratto e torto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2007, p. 1253 e ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2008, p. 613 e e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1957, p. 277 e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1970, p. 200 e ss.
- O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1978, p. 309 e ss.
- F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A new Introduction to legal Reasoning*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2009
- L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, 2004, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing
- P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, p. 816 e ss.
- P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, in *Contr. Impr.*, 2012, p. 634 e ss

- A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, p. 16.
- A. SOMMA, a cura di, *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer, 2009.
- G. SMORTO, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 223
- M. SPENCE, *Australian Estoppel and the Protection of Reliance*, in *J. Contr. L.*, 1997, p. 203 e ss.
- P. STANZIONE, *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *I contratti*, 2012, p. 626 e ss.
- K. STEENSGAARDI, C. TWIGGER-FLESNER, *Precontractual Duties*, in *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, a cura di G. Dannemann e S. Vogenauer, Cambridge, 2013
- G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947
- N. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 163
- H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, Acp, 1932
- G. TARELLO, *Sullo stato dell'organizzazione giuridica*, Bologna, 1979
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980
- M.P. THOMPSON, *From Representation to Expectation: Estoppel as Cause of Action*, in *Cambridge L. J.*, 1983, 257, p. 260 e ss.
- A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937
- M. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge, 1993
- V.M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961
- S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005
- C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990
- C. TURCO, *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (Verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 165 e ss.
- D.VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of*

*forms* e il principio del *mirror image rule*, in *Contratto e Impresa*, 2010, p. 392 e ss.

W.V. VAN GERVEN, *The Case-Law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanization of Private Law*, in *Eur. Rev. of Private Law*, 1995, p. 367 e ss.

V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2010

V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica ed interpretazione estensiva*, in M. MANZIN - P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006, pp- 133-148

V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano, 2010

A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1947

G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972

G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 921 e ss.

W. WALLACE, H. WALLACE (edited by), *Policy Making in the European Community*, Oxford, 1983

B. WINDSCHIED, *Diritto delle pandette*, trad. e note a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, vol II, Torino, 1930

W.C. WHITFORD, *The function of Disclosure Regulation In Consumer Transactions*, *Wisconsin Law Review*, 1973, p. 400 e ss.

W. C. WHITFORD, S. MACAULAY, *Hoffman v. Red Owl Stores: The Rest of the Story*, in *Hastings Law Journal*, 2010, p. 81 e ss.

S. WHITTAKER, *The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, 7, *ERCL*, 2011, p. 371.

G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012

S. ZIMMERMAN, R. WITHAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000

