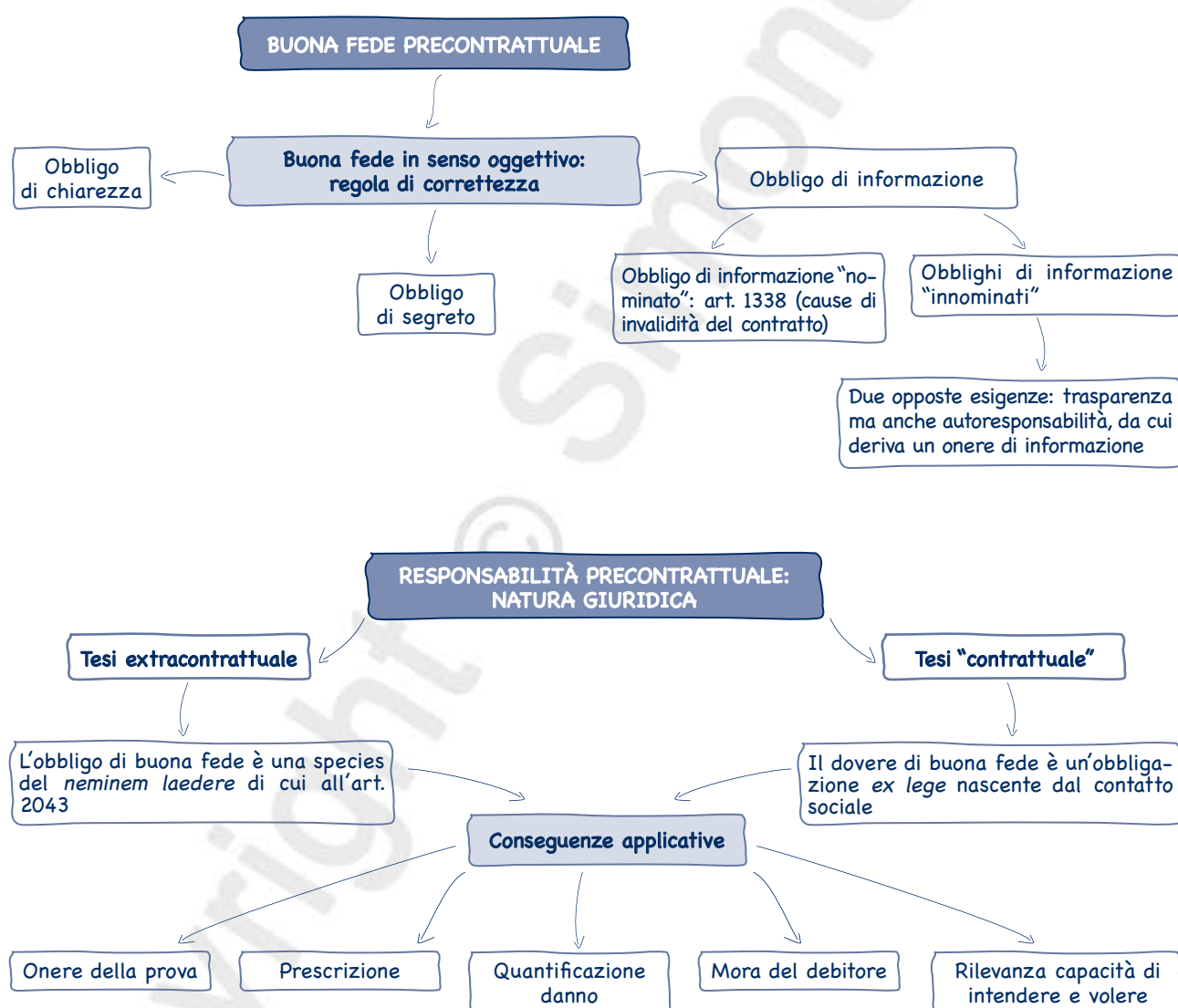


LEZIONE

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

di Marco Rinaldi [1]

La lezione approfondisce il tema della responsabilità precontrattuale. Dopo un inquadramento generale della materia, la trattazione si concentra sulle singole fattispecie di responsabilità, con particolare riguardo a quella di recente emersione giurisprudenziale che si configura in caso di stipulazione di un contratto valido, ma sconveniente.



[1] Magistrato Tar.

1 Nozione e ambito applicativo.

La **responsabilità precontrattuale**, anche nota come **culpa in contrahendo** ("prima della conclusione del contratto"), è la responsabilità derivante dalla lesione dell'altrui libertà negoziale realizzata mediante un comportamento doloso o colposo ovvero mediante l'*inosservanza del precetto di buona fede* [2].

Essa sanziona la violazione del dovere di buona fede, nella fase delle trattative e della formazione del contratto (1337 c.c.), nonché il comportamento della parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne dà notizia all'altra parte (1338 c.c.).

L'interesse tutelato dagli artt. 1337 e 1338 c.c. è quello alla libera e corretta esplicazione della libertà negoziale.

Il suo **ambito applicativo** è molto esteso e racchiude tre gruppi di fattispecie:

- 1) *responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto (cd. **recesso ingiustificato dalle trattative**);*
- 2) *responsabilità precontrattuale per conclusione di un contratto invalido o inefficace;*
- 3) *responsabilità precontrattuale per conclusione di un contratto valido ed efficace, ma sconveniente.*

Prima di esaminare le singole fattispecie di responsabilità precontrattuale, soffermiamoci su alcune questioni comuni all'intera materia: il dovere di buona fede (con particolare riferimento ai doveri informativi), la natura giuridica, il danno risarcibile.

2 Il dovere di buona fede.

Secondo l'art. 1337 c.c. "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*".

Il fulcro attorno al quale ruotano le varie ipotesi di responsabilità precontrattuale è il dovere di buona fede: **la buona fede va qui intesa in senso oggettivo**, come regola di condotta o canone comportamentale; essa è sinonimo di correttezza e non va confusa con la buona fede in senso soggettivo, la quale è invece sinonimo di ignoranza di ledere l'altrui diritto (art. 1147 c.c.).

La buona fede precontrattuale è una regola di comportamento di origine etica, che esprime il *principio della solidarietà contrattuale* e impone a ciascuna

parte di attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio.

La buona fede precontrattuale si specifica nei canoni della lealtà e della salvaguardia e impone alle parti di osservare nella fase delle trattative e della formazione del contratto una "serie aperta" di obblighi, tra i quali spiccano gli **obblighi di chiarezza, segreto e informazione**.

La buona fede precontrattuale impone alle parti di osservare nella fase delle trattative una serie di obblighi, tra i quali quello di chiarezza, di segreto e di informazione.

L'**obbligo di chiarezza** impone a ciascuna parte di utilizzare nella fase delle trattative un linguaggio chiaro e comprensibile.

L'**obbligo di segreto** impone ai partecipanti di astenersi dal divulgare a terzi notizie riservate apprese durante la fase delle trattative.

L'**obbligo di informazione** impone alla parte di comunicare all'altra le circostanze rilevanti ai fini dell'affare: la sua violazione può consistere in una dichiarazione inesatta o in una reticenza sleale.

Uno *specifico obbligo informativo*, riguardante gli elementi in grado di incidere sulla validità del contratto, è espressamente previsto dall'art. 1338 c.c. che sancisce la responsabilità precontrattuale della parte che, conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto, non ne dà comunicazione all'altra parte, inducendola così a riporre un falso affidamento sulla validità del contratto concluso: la norma è comunemente intesa come una specificazione dell'obbligo di correttezza precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.

Dal generale precetto di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. *nascono, tuttavia, obblighi di informazione diversi e ulteriori rispetto a quello tipizzato dall'art. 1338 c.c.*: quali e quanti essi siano non è agevole a dirsi, essendo molteplici le categorie informative che possono astrattamente venire in considerazione nella fase delle trattative (ad es. informazioni sulla convenienza economica del contratto, informazioni su vizi e difetti della cosa o sui pregi e qualità, informazioni sulle proprie condizioni economiche, informazione su circostanze relative alla propria prestazione, informazioni sulle condizioni di mercato, informazioni circa la volontà di concludere contratto, ecc.).

La latitudine dei doveri informativi "atipici o innominati" – cioè la quantità e qualità di informazioni che debbono essere "trasferite" alla controparte in base alla clausola generale di buona fede di cui all'art.

[2] BIANCA, Diritto Civile, 3, Il contratto, ed. 2000, p.157

1337 c.c. (e non in virtù di specifiche previsioni di legge) – non è definibile a priori, ma varia a seconda delle peculiari circostanze del caso concreto e della tipologia di contrattazione. Una cosa è però certa: *non ogni reticenza è illecita*, dovendo l'interprete distinguere tra reticenze lecite e illecite, cioè tra omissioni informative consentite o innocue e reticenze sleali.

Nel delimitare ragionevolmente l'ampiezza dei doveri d'informazione, messa in guardia e protezione di diritti e interessi della controparte si devono contemporaneamente due opposte esigenze riconducibili ai principi di trasparenza e autoresponsabilità.

E invero se da un lato, l'esigenza di trasparenza, sempre più avvertita dai mercati e dalla moderna società, spinge per un ampliamento dei doveri d'informazione chiara e veritiera, dall'altro lato, occorre tuttavia evitare di premiare l'ignoranza o la pigrizia di chi, con atteggiamento parassitario, attende di ricevere da controparte informazioni che avrebbe potuto e dovuto procurarsi autonomamente. Occorre, pertanto, anche *"proteggere" il possessore delle informazioni da pretese informative esagerate e ingiuste di controparte*, specie quando l'acquisizione dell'informazione abbia richiesto costi economici o un particolare impegno personale di studio o di ricerca.

Il dovere di informazione, espressione del generale principio di buona fede precontrattuale, **trova**, dunque, **un limite nell'onere di informazione, espressione del principio di autoresponsabilità**, che grava su ciascun soggetto che avvia una trattativa (se la parte non assolve al suo onere di autoinformazione non può ottenere protezione). In altri termini, se da un lato il dovere di correttezza (1337 c.c.) impone di mettere a disposizione della controparte l'informazione di cui si è in possesso e la cui conoscenza potrebbe incidere sulla conclusione o sulle condizioni del contratto, dall'altro lato la libertà di iniziativa economica consente a chi quella informazione si sia procurato sostenendo costi (economici o personali) di utilizzarla a suo vantaggio.

Il punto di equilibrio tra queste due contrapposte esigenze (trasparenza e autoresponsabilità, obbligo d'informazione di una parte e onere di autoinformarsi dell'altra), come anticipato, non è determinabile in astratto, a priori e una volta per tutte: esso dipenderà dalle peculiari circostanze del caso concreto. I doveri di informazione saranno più o meno intensi ed estesi a seconda che il contratto sia standardizzato o individualizzato, impersonale o *intuitu perso-*

nae, lungamente negoziato o no, intercorra fra parti con eguali conoscenze o competenze nella materia del contratto o fra parti con asimmetrie informative, e così via.

La buona fede precontrattuale impone alle parti un obbligo di informazione molto ampio, tuttavia non ogni "reticenza" è illecita, dovendosi distinguere tra omissioni informative consentite e reticenze "sleali".

Ciò posto in ordine all'ampiezza degli obblighi informativi devono ora esaminarsi le conseguenze della loro violazione: occorre cioè chiedersi **quali rimedi l'ordinamento metta a disposizione della parte che, a causa del contegno sleale dell'altra, abbia concluso un "accordo non informa-**

to" (o non adeguatamente informato).

Il tema è stato affrontato dalle Sezioni Unite nelle sentenze gemelle n. 26724 e 26725 del 2007, sul cd. **contratto valido ma svantaggioso**, nelle quali il Supremo Consesso ha chiarito che nel sistema del codice civile vige il *principio di distinzione tra regole di validità* (attinenti alla struttura o al contenuto del contratto oppure alla stessa possibilità di stipularlo) e *regole di comportamento* (relative al contegno che le parti devono tenere nella fase delle trattative), sicchè **la violazione di norme imperative c.d. di comportamento non può mai comportare la nullità**, strutturale o virtuale, del contratto, **ma solo costituire fonte di responsabilità** [3].

La violazione di norme imperative c.d. di comportamento – che prescrivono cioè regole di condotta e obblighi di comportamento nella fase precontrattuale, ad es. imponendo a operatori professionali modelli comportamentali "comunicativi e trasparenti" al fine di superare l'asimmetria informativa esistente tra le parti – non determina, in particolare, la nullità virtuale [4] del contratto, ma è solo fonte di responsabilità precontrattuale.

[3] Precisano, infatti, le Sezioni Unite (occupandosi delle conseguenze della violazione degli obblighi informativi posti a carico degli intermediari finanziari nella fase che precede la stipula dei contratti d'investimento) che nel sistema del codice civile "ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità".

[4] Nullità virtuale del contratto (per contrarietà a norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c.), si ha soltanto ove vengano violate norme imperative concernenti il contenuto del contratto ovvero la possibilità stessa di stipularlo in assenza di determinate condizioni o requisiti, ad es. autorizzazioni amministrative o iscrizioni in albi.

I ipotesi di nullità derivanti dalla violazione di regole di comportamento possono, tuttavia, essere previste dalla **legislazione speciale**: circostanza che sempre

più spesso si verifica, specie nella legislazione di derivazione comunitaria. Ad es. nei contratti tra professionista e consumatore il legislatore presidia espressamente l'inadempimento dell'obbligo informativo con la sanzione della nullità (testuale): comportamenti scorretti tenuti nella fase precontrattuale vengono qui sanzionati con norme c.d. di validità; trattasi, tuttavia, di ipotesi tassative, riconducibili al terzo comma dell'art. 1418 c.c. (e non alla nullità virtuale di cui al primo comma), che richiedono, dunque, una previsione normativa espressa in termini di nullità. In conclusione la violazione degli obblighi informativi *posta in essere nella fase di formazione del contratto rileva, di regola, come illecito precontrattuale e consente alla vittima della scorrettezza di chiedere il risarcimento del danno ex art. 1337 e 1338 c.c.* Ove la reticenza informativa causi un *errore essenziale* o, nel concorso con altri elementi, integri gli estremi del dolo determinante, la parte caduta in errore o ingannata potrà, altresì, chiedere l'*annullamento del contratto*.

La violazione dei doveri d'informazione non può, invece, mai determinare *nullità virtuale del contratto*: la scorrettezza precontrattuale può essere sanzionata con la nullità solo da una specifica disposizione di legge, ma in tal caso si è in presenza di una nullità testuale.

3 La natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

Da sempre discussa è la natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

Secondo la **tesi tradizionale** essa **ha natura extracontrattuale** e costituisce una *species* del *genus* del torto aquiliano (art. 2043 c.c.): trattasi nient'altro che di un fatto illecito, la cui particolarità è quella di essere commesso nello specifico contesto dello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale non discende da un previo rapporto obbligatorio tra soggetti determinati, ma costituisce un dovere generico della vita di relazione che "preesiste alle trattative" e s'impone a tutti i conso-

ciati in virtù del precetto generale del *neminem laedere*, al fine di tutelare la libertà negoziale contro le ingerenze di terzi volte ad alterarne l'esercizio.

Il dovere di buona fede, dunque, non nasce con le trattative, ma preesiste ad esse e s'impone *erga omnes*, mirando a tutelare un interesse della vita di relazione che è quello al libero e corretto svolgimento della libertà negoziale: la sua violazione costituisce un danno ingiusto.

La natura aquiliana della responsabilità precontrattuale appare

del resto comprovata dalla considerazione che la responsabilità contrattuale consegue alla violazione di un rapporto obbligatorio preesistente: nella fase delle trattative, tuttavia, non si è ancora instaurato un vincolo contrattuale o, più in generale, un vincolo obbligatorio, con la conseguenza che fonte dell'obbligazione risarcitoria non può che essere l'altrui comportamento doloso o colposo (fatto illecito).

Sul fronte della extracontrattualità è tuttora attestata la prevalente giurisprudenza di legittimità (come conferma Cass. n. 21255/2013): anche la Corte di Giustizia, in causa 334/00 del 17.9.2002, Tacconi, ha affermato la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale (per recesso ingiustificato dalla trattativa).

Altra tesi, che riscuote sempre maggiori consensi in dottrina e inizia a trovare eco in qualche sentenza della S.C. (Cass. n. 27648/2011 e n. 24438/2011), ritiene, invece, che il **c.d. dovere di buona fede** non sia una semplice declinazione del generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., ma **rapresenti, al contrario, una obbligazione ex lege, nascente dal contatto sociale** (fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c.) che s'instaura tra le parti con l'avvio delle trattative, il cui inadempimento genera quindi una **responsabilità contrattuale**.

Dal contatto sociale ovvero dal fatto giuridico dell'instaurazione delle trattative negoziali – durante le quali non esistono estranei o passanti, ma soggetti in una relazione qualificata [5] volta alla conclusione del contratto – discenderebbe *ex lege* l'obbligazione di buona fede oggettiva, il cui ina-

[5] La trattativa, si osserva, "personalizza" la relazione: non a caso l'art. 1337 c.c. parla di "parti", cioè di soggetti determinati, proprio ad evidenziare che un rapporto giuridico è già sorto.

dempimento integrerebbe responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

A sostegno dell'assunto si osserva che, nel sistema aperto delle fonti delle obbligazioni delineato dall'art. 1173 c.c., le obbligazioni non nascono soltanto da contratto o da fatto illecito, ma anche da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico": ciò premesso, si afferma che il contatto sociale che s'instaura tra le parti con l'inizio delle trattative segna la nascita di un rapporto obbligatorio che vincola le parti (soggetti determinati e non semplici passanti o estranei) al rispetto dell'obbligazione legale di buona fede (1337 c.c.), che si specifica ulteriormente in obblighi di avviso, informazione, chiarezza, custodia: obblighi a contenuto positivo (diversi e distanti dal semplice dovere negativo di astensione tipico della responsabilità aquiliana), il cui inadempimento genera responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

In altri termini, l'art. 1337 c.c., nel prevedere che nella fase delle trattative e della formazione del contratto "le parti devono comportarsi secondo buona fede", pone a carico di soggetti determinati (le parti) obblighi specifici di comportamento attivo (agire secondo buona fede, avvisare, informare ecc.): *dal fatto giuridico delle trattative nascerebbe, dunque, un rapporto obbligatorio qualificato dalla regola di condotta della buona fede e dalle sue molteplici gemmazioni.*

La particolarità dell'obbligazione legale di buona fede gravante sulle parti nella fase delle trattative sarebbe quella di configurare un "obbligo di protezione puro", senza obbligo primario di prestazione: **la responsabilità precontrattuale rappresenterebbe, anzi, l'archetipo della categoria della "obbligazione senza prestazione"**, atteso che nella fase delle trattative, per definizione, non vi è ancora una prestazione a carico del soggetto e possono configurarsi solo obblighi di protezione dell'altrui sfera giuridica.

La qualificazione della responsabilità precontrattuale in termini di responsabilità aquiliana (2043 c.c.) o responsabilità contrattuale (1218 c.c.) ha importanti **conseguenze applicative** in tema di onere della prova, prescrizione, quantificazione del danno risarcibile, mora del debitore, incapacità naturale. Si rammenta infatti che (si veda anche *infra* il Focus che segue):

1 **Onere della prova:** nel modello generale di responsabilità aquiliana delineato dall'art. 2043 c.c.

è il danneggiato a dover provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, compresa la colpa (o il dolo) del danneggiante; viceversa nel caso di responsabilità contrattuale [6] l'*onus probandi* è limitato alla prova della fonte o titolo dell'obbligazione e alla mera allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento: la colpa del debitore si presume (1218 c.c.).

2 **Prescrizione:** la durata del termine di prescrizione per esercitare l'azione extracontrattuale è quinquennale (2947 c.c.), mentre in ipotesi di responsabilità contrattuale è decennale (2946 c.c.). Nei giudizi in materia di responsabilità precontrattuale accade sovente che la parte convenuta per aver violato il dovere di buona fede, trascorsi cinque anni dal fatto, qualifichi questo tipo di responsabilità come aquiliana ed eccepisca l'intervenuta prescrizione, mentre controparte sostenga trattarsi di responsabilità da inadempimento per sfuggire alla prescrizione;

3 **Quantificazione del danno:** alla responsabilità aquiliana non si applica l'art. 1225 c.c. e il risarcimento dei danni è esteso anche a quelli imprevedibili; nella responsabilità contrattuale, invece, al di fuori dei casi di dolo, il danno risarcibile è limitato ai soli danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione;

[6] Da notare che secondo Cass. 27648/11: "In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c."

La sentenza non appare del tutto coerente con la qualificazione prescelta: essa, infatti, pur affermando la natura contrattuale della *culpa in contraendo*, sembra porre, in alcuni casi, a carico del danneggiato l'onere di provare (e non solo allegare) la violazione dell'obbligo di correttezza ad opera della controparte, così discostandosi dai principi enunciati dalle Sezioni Unite nella nota sentenza n.13533/2001. Non è chiaro, inoltre, quando la vittima della scorrettezza precontrattuale possa limitarsi ad "allegare" l'inadempimento dell'obbligo di buona fede secondo lo schema della responsabilità contrattuale e quando, invece, pur trattandosi di responsabilità da contatto, debba anche "provarlo": la distinzione non è di poco conto se si considera che dal riparto degli oneri di allegazione e prova spesso dipende la sorte della causa.

- 4 **Mora del debitore:** nella responsabilità extracontrattuale la mora è automatica o *ex re*. Nella responsabilità contrattuale, invece il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto (art. 1219 c. c.);
- 5 **Rilevanza della capacità d'intendere e di volere:** nella responsabilità aquiliana l'incapace d'intendere e di volere è esonerato da responsabilità (art. 2046 c.c.); l'incapacità naturale non è invece causa di esonero da responsabilità contrattuale.

Per completezza espositiva si rammenta che, secondo un **terzo orientamento interpretativo**, la responsabilità precontrattuale non sarebbe ascrivibile né alla responsabilità contrattuale, né alla responsabilità aquiliana, integrando essa un **tertium genus**. Tale tesi, volta ad attribuire autonomia concettuale alla *culpa in contraendo*, è tuttavia rimasta assolutamente minoritaria in dottrina (escludendo la maggior parte degli autori la configurabilità di un terzo genere di responsabilità al di fuori dell'alternativa tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) e non ha avuto seguito in giurisprudenza a causa delle incertezze applicative cui essa avrebbe dato luogo, non offrendo all'interprete sicure indicazioni circa la disciplina applicabile, se quella dettata per l'illecito contrattuale o quella prevista per il torto aquiliano.

4 Il danno risarcibile.

Nella responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto o per conclusione di un contratto invalido o inefficace il **danno risarcibile è commisurato all'interesse negativo**.

L'**interesse negativo** è l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative inutili o a non stipulare contratti invalidi o inefficaci: nel risarcirlo, occorre mettere la parte che è rimasta vittima del contegno sleale in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovata se non avesse iniziato la trattativa inutile o stipulato un contratto invalido o inefficace.

L'interesse negativo, al pari di quello positivo, è formato da due componenti: **il danno emergente** o, secondo l'espressione dell'art. 1223 c.c., la **perdita subita, e il lucro cessante o mancato guadagno**.

Il danno commisurato all'interesse negativo è, dunque, il danno da affidamento sulla conclusione o sulla validità del contratto ovvero il pregiudizio che il soggetto subisce per aver confidato, a seconda dei casi, nella futura conclusione del contratto o nella validità del contratto concluso: **esso comprende le spese inutilmente sostenute** (danno emergente) **e le favorevoli occasioni perdute nel corso della trattativa** (lucro cessante).

Spese inutilmente sostenute durante la trattativa inutile o in vista della conclusione di un contratto, poi rivelatosi invalido o inefficace sono, ad es. quelle concernenti viaggi, redazione di progetti, consulenze, assistenza legale, atto pubblico, imposte, altre spese di approntamento ecc.

La **perdita di favorevoli occasioni contrattuali** riguarda le alternative di affari che la parte non ha coltivato "a causa" dell'inutile trattativa o stipulazione (contratti che la vittima della correttezza precontrattuale avrebbe stipulato con terzi se non si fosse dedicata alla trattativa infruttuosa): la prova di tale voce di danno non è agevole da fornire per le difficoltà

legate alla dimostrazione del nesso di causalità, tant'è che nella prassi spesso è raggiunta solo la prova del danno emergente.

Nell'ambito della responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto o per conclusione di un contratto invalido o inefficace **non è, invece, risarcibile la lesione del cd. interesse positivo**.

Per **interesse positivo** s'intende l'interesse della parte ad ottenere l'esecuzione del contratto (interesse all'adempimento della prestazione) ovvero ad essere messa nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato (validamente) concluso. Il danno commisurato all'interesse positivo comprende il "valore di mercato" della prestazione non eseguita (danno emergente) e i "mancati vantaggi o profitti ulteriori" che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto (lucro cessante), ad es. inserendo la prestazione non conseguita nella propria organizzazione imprenditoriale.

Entrambe le voci di danno non sono risarcibili in sede precontrattuale, poiché non essendo stato il contratto concluso (o essendo stato invalidamente stipulato) non vi è stata lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero sorti.

Nel caso di responsabilità precontrattuale il danno è commisurato all'interesse negativo, che comprende le spese inutilmente sostenute (danno emergente) e le favorevoli occasioni perdute (lucro cessante). Non è invece risarcibile l'interesse positivo a ottenere l'esecuzione del contratto.

Secondo un orientamento – desumibile da alcune massime giurisprudenziali e fondato sul principio che impedisce di collocare il danneggiato in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato senza l'illecito – la distinzione tra interesse negativo e interesse positivo non atterrebbe soltanto alla diversa "qualità del pregiudizio", ma si rifletterebbe anche sull'entità (*quantum*) del risarcimento: *il risarcimento del cd. interesse negativo non potrebbe, infatti, mai superare l'interesse positivo, ovvero ciò che la parte avrebbe conseguito dall'esatta, completa e tempestiva esecuzione del contratto.*

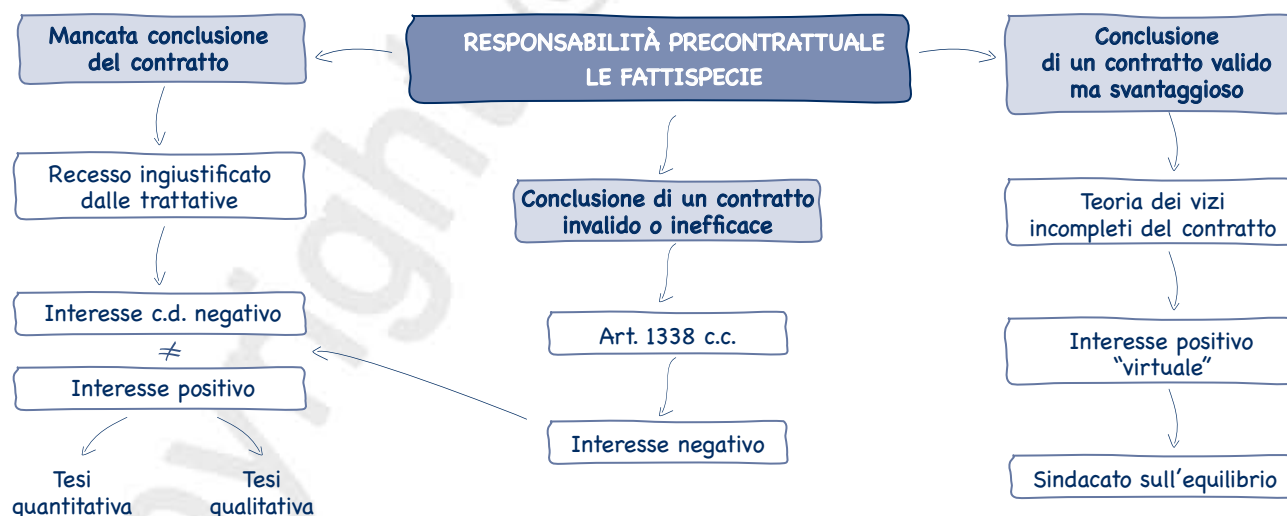
Tale orientamento è criticato da una parte della dottrina che evidenzia come la distinzione tra interesse positivo e interesse negativo attenga esclusivamente alla diversa "qualità del pregiudizio", lasciando impregiudicata la misura del risarcimento, la cui concreta entità dipenderà dalle peculiari circostanze del caso concreto, non potendosi escludere a priori – in base al principio di integralità del risarcimento del danno – che l'ammontare del risarcimento dell'interesse negativo possa talora eguagliare o finanche superare quello dell'interesse positivo.

La diversità tra danno precontrattuale e danno contrattuale sarebbe, esclusivamente, di tipo qualitativo, non già quantitativo, dovendosi applicare ad entrambe le tipologie di pregiudizio il principio di integralità del risarcimento del danno di cui all'art. 1223 c.c., in base al quale sono risarcibili tutti i danni che, in base

a un criterio di regolarità causale, possono dirsi derivanti dall'illecito.

Sin qui si è parlato del risarcimento del danno precontrattuale nei casi di mancata conclusione del contratto o di stipulazione di un contratto invalido o inefficace: danno, come si è visto, da commisurare all'interesse negativo (spese inutilmente sostenute e perdite di favorevoli occasioni contrattuali), con esclusione dei vantaggi o profitti che sarebbero derivati dalla regolare esecuzione del contratto.

Una particolare tecnica risarcitoria concerne, invece, la **terza fattispecie di responsabilità precontrattuale, quella integrata dal contratto valido, ma sconveniente** (perché stipulato a valle del contegno sleale di uno dei contraenti), figura ravvisabile, ad esempio, nel caso di illecito precontrattuale consistente nella violazione di obblighi informativi previsti da norme imperative cd. di comportamento e non presidiati da nullità testuale. In siffatta ipotesi il risarcimento del danno va commisurato al cd. **interesse positivo virtuale**, ovvero alla minore convenienza dell'operazione economica, *id est* al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti: il danno è cioè pari alla differenza (scarto di convenienza) tra le condizioni del contratto stipulato in virtù della scorrettezza precontrattuale e quelle del contratto che sarebbe stato stipulato senza tale scorrettezza.



5 La responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto.

La più ricorrente ipotesi di responsabilità precontrattuale deriva dalla mancata conclusione del contratto e va sotto il nome di **"recesso ingiustificato dalle trattative"**.

Nel ricostruire tale fattispecie occorre, preliminarmente, ricordare che, durante la fase delle trattative, le parti sono libere di concludere o meno il contratto: il vincolo pattizio nasce solo con la conclusione del contratto, che suggella l'incontro delle volontà.

La trattativa, per definizione, non obbliga a concludere il contratto: la proposta semplice può, infatti, sempre essere revocata, salvo l'obbligo d'indennizzo ex art. 1328 c.c. ove l'accettante abbia in buona fede iniziato l'esecuzione del contratto. Anche l'accettazione è revocabile finché il contratto non è concluso (per impedire la conclusione del contratto la revoca dell'accettazione deve giungere a conoscenza del proponente prima dell'accettazione).

La libertà delle parti di concludere o meno il contratto, anche revocando le rispettive dichiarazioni contrattuali (proposta e accettazione), trova tuttavia un limite nella tutela del legittimo affidamento ingenerato nella controparte. Occorre, in altri termini, contemperare la libertà di contrarre con il dovere della parte di comportarsi secondo buona fede e non tradire l'affidamento riposto dall'altra nella conclusione del contratto.

In questo contesto si colloca la figura del recesso ingiustificato dalle trattative.

Secondo la giurisprudenza la rottura delle trattative è ingiustificata ed espone il recedente a responsabilità precontrattuale ricorrendo due condizioni:

- l'esistenza di un legittimo affidamento;
- e l'assenza di una giusta causa di recesso, esterna alla sfera del recedente.

La prima condizione è costituita dal **legittimo affidamento della parte che ha subito il recesso**: la trattativa deve essere "affidante" (non basta una mera presa di contatto), deve cioè essere seria e aver raggiunto uno stadio avanzato, tale da ingenerare nella controparte un legittimo affidamento (ragionevole convinzione) circa la futura conclusione del contratto.

L'esistenza del legittimo affidamento – il cui accertamento è riservato al giudice di merito e non è censurabile in Cassazione, se non sotto il profilo del vizio motivazionale – può essere desunta dalla qualità e quantità dei contatti intercorsi tra le parti, ovvero dalla frequenza degli incontri, dall'aver redatto una

minuta o puntuazione, dalla aver consegnato la cosa o versato parte del prezzo ecc.: in genere è considerata affidante la trattativa che ha riguardato tutti gli elementi essenziali del futuro contratto.

La seconda condizione è costituita dall'**assenza di una giusta causa** di recesso, esterna alla sfera del recedente: la parte che recede dalle trattative non incorre in responsabilità precontrattuale se sussiste una giusta causa di recesso; deve trattarsi di una circostanza esterna alla sfera del recedente, sopravvenuta nel corso della trattativa oppure preesistente ma da lui ignorata senza colpa. Costituisce, ad es., una giusta causa di recesso l'apprendere che il contratto che si intendeva stipulare è illecito o che la controparte versa in uno stato di insolvenza.

Non costituisce invece causa di esonero da responsabilità precontrattuale, purchè un affidamento meritevole di tutela sia già sorto, la rottura delle trattative determinata da un mero ripensamento o dalla sopravvenuta presa di coscienza che il contratto è superiore alle proprie possibilità economiche.

Si discute se costituisca una giusta causa di recesso la **ricezione di un'offerta più conveniente**.

Il recesso ingiustificato dalle trattative espone il recedente a responsabilità precontrattuale anche quando costui non versa in dolo, ma soltanto **in colpa**.

Il soggetto è in dolo quando inizia o porta avanti le trattative senza avere la reale intenzione di concludere il contratto, ad esempio al solo fine di carpire informazioni dalla controparte.

Il soggetto è in colpa quando inizia o prosegue le trattative con leggerezza o scarsa professionalità, ad esempio senza verificare le proprie possibilità di onorare il futuro contratto.

La colpa è, sovente, ritenuta dalla giurisprudenza implicita nella violazione del dovere di buona fede (cd. *culpa in re ipsa*: Cass. n. 9157/1995).

6 La responsabilità precontrattuale per conclusione di un contratto invalido o inefficace.

La seconda forma di responsabilità precontrattuale è quella in cui incorre la parte che, creando o tacendo una causa d'invalidità, induce l'altra a concludere un contratto invalido o inefficace.

Qui ad essere tutelato è l'**affidamento incolpevole riposto sulla validità del contratto** (e non sulla conclusione del contratto): il contratto infatti si conclude, ma inutilmente poiché invalido o inefficace.

Ricadono in questa fattispecie sia le ipotesi in cui la violazione del dovere di correttezza consiste nel

causare direttamente l'invalidità del contratto (es. una parte induce l'altra a stipulare un contratto mediante violenza morale, dolo determinante o colposa induzione in errore: la vittima potrà chiedere, oltre all'annullamento del contratto, il risarcimento del danno precontrattuale), sia le ipotesi, espressamente disciplinate dall'art. 1338 c.c., in cui la violazione dell'obbligo di buona fede s'invera nella mancata comunicazione di una causa di invalidità.

Alle cause d'invalidità (nullità e annullabilità) la dottrina equipara le cause di inefficacia del contratto, traendo spunto dall'art. 1398 c.c. (responsabilità del falsus procurator).

Affinchè sorga la responsabilità precontrattuale per omessa informazione su una causa d'invalidità ex art. 1338 c.c. la legge richiede che la parte lesa abbia confidato "senza sua colpa" nella validità del contratto: per questa ragione la giurisprudenza tradizionale ritiene che la responsabilità precontrattuale non sorga qualora la nullità del contratto derivi dalla violazione di una norma imperativa o da altre norme di legge e la causa di nullità sia nota a uno dei contraenti e da questi all'altro taciuta.

Si osserva che, in base al principio *ignorantia legis non excusat*, l'obbligo di conoscenza delle norme di legge – comprese quelle imperative o proibitive che danno luogo a nullità del contratto – fa capo a tutti i consociati e grava anche sul danneggiato, il quale deve ritenersi in colpa ove ignori l'esistenza di una causa di nullità prevista direttamente dalla legge [7]: egli, infatti, utilizzando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto avvedersi dell'esistenza della causa di invalidità.

Secondo questa impostazione, quindi, la mancata conoscenza di norme imperative [8] costituisce *in re ipsa* colpa ex art. 1338 c.c., che *esclude il diritto risarcimento del danno nonché l'obbligo della parte di comunicare all'altra l'esistenza della causa di nullità del contratto*.

7 La responsabilità precontrattuale per conclusione di un contratto valido ed efficace, ma sconveniente e la teoria dei vizi incompleti.

La terza fattispecie di responsabilità precontrattuale si ha in caso di **conclusione di un contratto valido ed efficace, ma sconveniente** (o meno convenien-

te di quanto sperato) perché concluso a valle di un comportamento contrario a buona fede di uno dei contraenti: *vi rientrano due ipotesi*.

La prima ricorre nel caso in cui la scorrettezza precontrattuale abbia comportato **un sensibile ritardo nella stipulazione del contratto**, arrecando pregiudizio al contraente che ha subito il ritardo sleale.

La seconda si verifica qualora la violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative, pur non essendo stata di intensità tale da determinare l'invalidità del contratto, *abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la vittima del contegno scorretto*: il caso tipico è quello del **dolo incidente** (art. 1440 c.c.), ma vi rientrano anche **altri "vizi incompleti"** [9] del contratto ovvero situazioni di quasi annullabilità e di quasi rescindibilità, es. errore incidente, approfittamento dello stato di bisogno con lesione *infra dimidium*.

Entrambe le ipotesi sono di recente emersione giurisprudenziale e integrano quella che è stata definita la nuova frontiera della responsabilità precontrattuale.

Si configura un'ipotesi di responsabilità precontrattuale anche nel caso in cui una delle parti sia stata indotta a concludere un contratto invalido o inefficace.

La responsabilità precontrattuale però non sorge qualora la nullità del contratto derivi dalla violazione di norme imperative (in base al principio *ignorantia legis non excusat*).

[7] In quest'ottica si è, ad esempio, ritenuto che non meriti protezione l'affidamento maturato da un professionista sulla validità di un contratto d'opera professionale concluso oralmente con la PA (contratto nullo perché concluso in difetto di forma scritta prescritta *ad substantiam* dagli art. 16 e 17 R. D. n. 2440/1923, che si reputa dovessero essere conosciuti dal professionista in base all'ordinaria diligenza: cfr. Cass. n. 15486/2001).

[8] Secondo Cass. n. 2773/1998 "se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa precontrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse (Cass. 9 ottobre 1956 n. 3414 e 9 ottobre 1979 n. 5240 ex plurimis). L'esposto principio, ancorché criticato da parte della dottrina e da isolate pronunce di merito, va ulteriormente confermato, stante l'insufficienza delle argomentazioni adottate in contrario dal ricorrente, volte a pretendere, in luogo di un criterio generale ed assoluto, un'indagine caso per caso circa la conoscibilità della norma e la scusabilità dell'errore".

[9] **Vizi incompleti o incidenti** sono quelli che difettano dei caratteri richiesti per legittimare l'azione di annullamento o quella di rescissione (es. errore non essenziale, approfittamento dello stato di bisogno con lesione *infra dimidium*): essi non sono di gravità tale da consentire il rimedio demolitorio, ma sono ritenuti sufficienti per esperire il rimedio risarcitorio.

In passato la giurisprudenza aveva, infatti, escluso la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido, ritenendo che la slealtà commessa nella fase delle trattative fosse superata dall'accordo in prosieguo raggiunto dalle parti: si riteneva, in altri termini, che la valida conclusione del contratto assorbisse in sé le scorrettezze precontrattuali, tutti i possibili contegni contrari a buona fede tenuti durante le fasi delle trattative, salvo che la legge disponesse diversamente, come nel caso dall'art. 1440 c.c. (dolo incidente) considerato, tuttavia, alla stregua di una norma eccezionale.

Secondo la tesi tradizionale, dunque, la violazione della regola di comportamento di cui all'art. 1337 c.c. generava responsabilità precontrattuale solo quando si traduceva nella mancata conclusione del contratto (recesso ingiustificato dalle trattative) o portava alla conclusione di un contratto invalido: la valida stipulazione del contratto precludeva, invece, la possibilità di far valere le scorrettezze commesse nella fase delle trattative. *Una volta che il contratto fosse stato concluso, le scorrettezze precontrattuali perdevano, infatti, la loro rilevanza giuridica (restando "assorbite" nell'accordo) e non potevano più essere fatte valere, se non con le impugnative negoziali, ad es. con l'azione di annullamento del contratto ricorrendo gli estremi di un vizio del consenso.* In quest'ottica, l'art. 1440 c.c. (dolo incidente) – che prevede una specifica ipotesi di responsabilità precontrattuale da contratto valido, ma svantaggioso, stipulato in seguito ad un comportamento scorretto che non incide, tuttavia, sulla validità del contratto – era considerato come una deroga (non a caso espressamente prevista) a un principio generale di segno opposto.

Questo orientamento è stato di recente superato dalla giurisprudenza di legittimità.

Già nel 1998, con la sentenza n. 10249/1998, la S.C. aveva ammesso che la valida stipulazione di un contratto non fosse di ostacolo alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale nell'ipotesi di sensibile ritardo nella conclusione di un contratto da parte di un monopolista (*responsabilità precontrattuale per ritardata conclusione del contratto*).

Ma è a partire dal 2005 che la tesi della possibile coesistenza tra contratto valido e responsabilità pre-

contrattuale si afferma, con maggior nitore, in giurisprudenza.

In particolare, con le sentenze della Prima Sezione n. 19024 del 2005 e delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 2007 – tutte relative alle conseguenze derivanti dalla violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari – la S.C. abbandona il precedente indirizzo e afferma che non vi è motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola di buona fede posta dall'art. 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, **il danno trovi il suo fondamento** (non già nell'inadempimento un'obbligazione derivante dal contratto, ma) **nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto.**

Osserva, in particolare, la S.C. che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e

assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto.

L'esame delle norme positivamente dettate dal legislatore pone in evidenza che la violazione di tale regola di comportamento as-

sume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (artt. 1440 c.c.). In questa diversa ottica, *l'art. 1440 c.c. non viene più considerato come norma eccezionale, ma come applicazione di un principio generale destinato ad operare anche in situazioni diverse da quella tipizzata.*

Il nuovo orientamento recepisce la categoria concettuale dei **c.d. vizi incompleti del contratto**, con la quale una parte della dottrina designa una serie di

Secondo la tesi tradizionale, accolta in passato dalla giurisprudenza, era da escludere una responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido (salvo che la legge disponesse diversamente come nel caso del "dolo incidente" ex art. 1440 c.c.).

Ma ormai dal 2000 la Cassazione ammette la fattispecie della responsabilità precontrattuale per conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente.

fattispecie in cui, non essendo totalmente integrati gli estremi del vizio della volontà, ci si trova davanti ad un contratto validamente concluso, ma sorge ciò non di meno una responsabilità precontrattuale, poiché il contratto è comunque il frutto di una decisione in qualche modo deformata, in ragione dell'influenza spiegata dalla condotta sleale tenuta da una delle parti nella fase delle trattative.

Nel caso di responsabilità precontrattuale derivante dalla conclusione di un contratto valido, ma sconveniente (perché stipulato a valle di un comportamento scorretto dell'altro contraente) **mutano, tuttavia, i criteri di determinazione del danno risarcibile.**

È infatti evidente che, in detta ipotesi, il risarcimento, pur non potendo consistere nel ristoro del pregiudizio subito a causa della mancata esecuzione del contratto (il c.d. interesse positivo), non potrà essere commisurato al c.d. interesse negativo (a non essere coinvolti in trattative o stipulazioni inutili) per la decisiva ragione che, in questi casi, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato in assenza del comportamento scorretto.

Nelle ipotesi di contratto valido, ma sgradito il risarcimento del danno precontrattuale dovrà essere ragguagliato al "minor vantaggio o al maggiore aggravio economico" determinato dal contegno sleale di una delle parti, ovvero al **c.d. interesse positivo virtuale**, che implica un raffronto tra l'utilità economica del contratto virtuale – che sarebbe stato concluso senza la scorrettezza – e l'utilità economica del contratto realmente concluso.

8 segue: Le critiche dottrinali alla teoria dei vizi incompleti.

La teoria dei vizi incompleti – vizi che non sono tali da incidere sulla validità del contratto e tuttavia, evidenziando un'alterazione del suo percorso formativo, consentono di promuovere un'azione risarcitoria per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative – è stata criticata da parte della dottrina che ha messo in risalto i pericoli per la certezza e stabilità dei rapporti giuridici derivanti dal suo accoglimento.

Si è infatti osservato che – in assenza di criteri selettivi volti a definire e circoscrivere i comportamenti precontrattuali rilevanti *sub specie damni* – **la teoria dei vizi incompleti o incidenti**, attribuendo rilievo a non meglio precisate alterazioni della libertà nego-

ziale, **rischia di compromettere la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici** prestandosi a facili strumentalizzazioni: la parte insoddisfatta dall'assetto d'interessi risultante dal contratto potrebbe, infatti, invocare presunte scorrettezze precontrattuali al fine di ottenere dal giudice, sotto forma di obbligo risarcitorio, una somma di danaro tale da determinare una revisione a posteriori dei termini dello scambio; il rischio è, dunque, quello che la parte insoddisfatta dai termini dello scambio invochi presunte scorrettezze commesse nelle trattative per cercare di riscrivere a posteriori l'equilibrio contrattuale. Attribuendo rilevanza, anche solo a fini risarcitori, ai c.d. vizi incompleti (es. errore non essenziale) si finirebbe, inoltre, per creare aporie nel sistema del codice civile, ad esempio svuotando di significato il principio dell'irrelevanza dell'errore sui motivi.

Le sunteggiate critiche alla teoria dei vizi incompleti e alla possibilità di agire ex art. 1337 c.c. in caso di contratto valido, ma svantaggioso, benché suggestive, non hanno tuttavia persuaso la successiva giurisprudenza della S.C. che, in più occasioni, ha ribadito **il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità già affermato dalle Sezioni Unite** nel 2007: i due tipi di regole operano, infatti, su piani diversi e distinti e non possono entrare in contraddizione, sicché vi può essere risarcimento del danno anche in presenza di contratto valido.

Nella **sentenza sul lodo Mondadori** (Cass. n. 21255/2013) il giudice di legittimità ha, anzi, ritenuto che un'azione di risarcimento del danno (nel caso di specie ricondotta direttamente all'art. 2043 c.c.) per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative sia esperibile non solo in presenza di vizi incompleti o incidenti che non consentono l'invalidazione del contratto (contratto valido, ma svantaggioso), ma anche ove un vizio del consenso "pieno", ad es. il dolo determinante, sia effettivamente ravvisabile e tuttavia la vittima della scorrettezza precontrattuale non abbia potuto utilmente esperire l'azione di annullamento, perché della stessa non ricorrono (più) i presupposti, o abbia liberamente deciso di non attaccare il vincolo negoziale e intentare soltanto l'azione risarcitoria (contratto annullabile, ma non annullato): l'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma è desunta dall'art. 30 c.p.a. che, nel consentire al danneggiato di esperire l'azione risarcitoria contro la P.A. anche senza aver previamente impugnato il provvedimento lesivo, sancisce l'indipendenza tra rimedio risarcitorio e rimedio demolitorio.

9 Le scorrettezze precontrattuali tra regole di responsabilità e regole di validità.

A conclusione di questa lezione sulla responsabilità precontrattuale riteniamo opportuno fornire un breve **quadro riassuntivo dei rimedi esperibili dalla parte che rimane vittima di un contegno sleale nella fase delle trattative.**

- ▶ La regola generale è la seguente: **la violazione del dovere di buona fede nella fase che precede la conclusione del contratto è sanzionata con regole di responsabilità, non di validità;** ciò significa che la vittima della scorrettezza pre-

trattuale può sempre chiedere il risarcimento del danno (rimedio risarcitorio).

- ▶ **Nei soli casi previsti dalla legge**, ad esempio ove il contegno sleale abbia raggiunto gli estremi del vizio del consenso o sia prevista una nullità testuale, **la scorrettezza precontrattuale può anche tradursi in una causa d'invalidità del contratto:** in dette ipotesi l'interessato potrà chiedere, oltre al risarcimento del danno, l'annullamento o la dichiarazione di nullità del contratto (rimedio demolitorio): si tratta di una possibilità, non di un obbligo, potendo la parte decidere di conservare il contratto ed esperire soltanto l'azione risarcitoria.