



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Andrea Maria Garofalo

## **Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale**

**Numero XI Anno 2018**

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*



Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Ceccarelli Morolli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



# IL RUOLO DELL’AFFIDAMENTO NELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

**SOMMARIO:** *Sezione I: Profili storico-comparatistici – 1. Introduzione – 2. L’emersione della responsabilità precontrattuale e il suo nesso con l’affidamento nella scienza giuridica tedesca nel XIX secolo – 3. Gli sviluppi della responsabilità precontrattuale nei primi cinque decenni del Novecento: esigenze di supplenza, ricerca del fondamento e collegamento con il Vertrauen – 4. La teorizzazione della ‘culpa in contrahendo’ come Vertrauenshaftung negli scritti di Claus-Wilhelm Canaris – 5. La (parziale) recezione della Vertrauenshaftung per mezzo della Schuldrechtsmodernisierung – 6. La responsabilità precontrattuale sino al 1942: timide apparizioni dell’affidamento e modernità del codice vigente – 7. La responsabilità precontrattuale e il suo legame con l’affidamento nella giurisprudenza italiana meno recente – 8. Le critiche della dottrina; l’idea di un rapporto precontrattuale derivante dall’affidamento nella lealtà altrui; moderni orientamenti giurisprudenziali – Sezione II: Profili ricostruttivi – 9. L’atto di assenso alla situazione affidante come perno della responsabilità precontrattuale – 10. L’affidamento soggettivo e le scorrettezze: a) l’errore sulla propensione altrui a concludere il contratto – 11. b) l’errore sull’oggetto, in senso lato, della trattativa e del contratto: I) errore sulla validità – 12. II) errore di merito. La libertà e i limiti ermeneutici e dogmatici dell’interprete nella ricostruzione del sistema – 13. II) errore di merito. Le fattispecie. – 14. Sulla necessità di ricercare nell’ordinamento una forma giuridica adeguata per il rapporto precontrattuale. – 15. L’interesse legittimo pretensivo negativo e l’affidamento oggettivo. – 16. Conclusione e ulteriori prospettive di indagine.*

## SEZIONE I: PROFILI STORICO-COMPARATIVI

### 1. *Introduzione*

Le questioni che occupano gli interpreti dediti allo studio della responsabilità precontrattuale sono svariate: basti pensare al problema della sua natura, al novero di obblighi o doveri di cui essa si compone, al rapporto con i vizi del consenso. Tutte, però, in qualche modo si collegano a un quesito teorico generalissimo: quale sia il fondamento di questa specifica forma di responsabilità<sup>1</sup>.

Solo rispondendo a tale domanda prodromica, infatti, è possibile comprendere quella specificità di questo istituto, da cui, come corollari, discendono i suoi altri connotati. Giacché, poi, si è soliti collegare la responsabilità precontrattuale all'affidamento (pur declinato, a seconda delle ricostruzioni, in modo molto vario), si può sin d'ora ipotizzare una connessione tra l'una e l'altro: e, così, indagare il fondamento della *culpa in contrahendo* tramite l'analisi del ruolo, in essa, dell'affidamento.

Nel farlo, però, risulta anzitutto necessario verificare come tale rapporto sia stato impostato nella storia della responsabilità precontrattuale: in quella tedesca, anzitutto, dove questo istituto è stato forgiato, e poi in quella italiana. Di qui, si potrà passare a formulare un'ipotesi, che sia valida per l'attuale diritto italiano.

---

<sup>1</sup> Anche il grande clamore del dibattito sulla natura della *culpa in contrahendo*, oggi come in passato, si spiega difficilmente alla luce della semplice qualificazione della responsabilità come contrattuale o extracontrattuale (a prescindere dalla tesi che si segua, in ordine alla reale distanza di queste forme di responsabilità). In realtà, tale discussione nasconde l'esigenza di ricostruire la responsabilità precontrattuale nel suo fondamento, per comprendere esattamente come essa funzioni e, soprattutto, quale sia la sua reale estensione.

## 2. L'emersione della responsabilità precontrattuale e il suo nesso con l'affidamento nella scienza giuridica tedesca nel XIX secolo

Lo scopritore – e il termine non è casuale<sup>2</sup> – della responsabilità precontrattuale è stato, come noto, Rudolf von Jhering<sup>3</sup>.

Ad animare lo studioso era la necessità di sovvenire a talune esigenze di tutela, fortemente avvertite<sup>4</sup>, ma rispetto alle quali restava sordo il diritto al tempo vigente, specie ove si fosse aderito alla *Willenstheorie*<sup>5</sup>. Si trattava, in particolare<sup>6</sup>, dei casi in cui un soggetto creava l'apparenza di un contratto concluso, e concluso validamente, mentre in realtà non ne veniva perfezionato alcuno, o alcuno di valido: perché alla manifestazione di volontà non corrispondeva una volontà del dichiarante<sup>7</sup>, perché l'oggetto era

---

<sup>2</sup> Il riferimento va alle *juristische Entdeckungen* di cui ha parlato H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Juristentages*, 2, Tübingen, 1959.

<sup>3</sup> Cfr. R. VON JHERING, '*Culpa in contrabendo*' oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jb. Jb.*, 1861, 1 ss.; v. anche la traduzione italiana di F. PROCCHI – dal titolo *Della 'culpa in contrabendo' ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005 – con sua *Nota di lettura*, nonché ID., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *TSDP*, 2010, e ID., '*Licet emptio non teneat*'. *Alle origini delle moderne teorie sulla cd. 'culpa in contrabendo'*, Padova, 2012, spec. 5 ss. e 189 ss.

<sup>4</sup> H.-P. HAFERKAMP, *Pandektistik und Gerichtspraxis*, in *Quad. fior.*, 2011, 204 s.

<sup>5</sup> A proposito della quale v. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 3 ss. Poi, *ex multis*, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup>, I, Frankfurt a.M., 1887, 186 e 218 ss., nonché ID., *Wille und Willenserklärung*, in *AcP*, 1880, spec. 98 s.

<sup>6</sup> V. anche C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrabendo' (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, 165 ss.

<sup>7</sup> Per la *Willenstheorie*, in linea tendenziale, era nullo il negozio viziato da errore, sia che questo attenesse al contenuto del negozio, sia che esso fosse relativo alla difettosa trasmissione della dichiarazione. Ancor oggi in Germania (pur in un contesto non ispirato solo alla *Willenstheorie*: v. § 3) non si distinguono gli errori in motivo e ostativo, ma in *Inhaltsirrtum* e *Motivirrtum* (sul contenuto e sui motivi: quest'ultimi errori solo in taluni casi produttivi di *Anfechtbarkeit*), ponendovi accanto la *falsche Übermittlung* (cfr. §§

‘inidoneo’ (ad esempio, la *res* era incommerciabile o era perita) o il soggetto incapace, perché, nei contratti conclusi *inter absentes*, la proposta era stata revocata o il proponente era deceduto. Nella prima ipotesi, che atteneva ai casi di errore, la tutela auspicata – si badi – era di chi riceveva la dichiarazione, e non tanto dell’errante: il quale, nella prospettiva della *Willenstheorie*, creava solo un’apparenza di negozio, e non già un negozio esistente e valido, anche laddove l’errore fosse stato irricognoscibile. In tale ultimo caso emergeva la necessità di proteggere il controinteressato destinatario della dichiarazione.

Jhering, avendo notato che queste ipotesi presentavano dei tratti in comune, si era messo alla ricerca di una forma giuridica che le abbracciasse, giustificando la nascita di una pretesa risarcitoria a favore del soggetto che inopportuno si era fidato della conclusione di un contratto (valido) e a carico di chi, invece, tale parvenza aveva creato colposamente. A dire il vero, tale *culpa – in contrabendo* – si rivelava, in svariati casi, nulla più che una  *fictio* volta a non smentire il dogma per cui *keine Verantwortlichkeit ohne Schuld*: basti pensare, di nuovo, alle ipotesi di errore, e in particolare al caso di errore nella trasmissione di un dispaccio telegrafico, da cui il giurista prendeva spunto per la sua riflessione, in relazione al quale egli si trovava costretto ad affermare che l’utilizzo, per la conclusione di contratti, di un mezzo rischioso come il telegrafo concretasse sempre e comunque una condotta colposa.

Il giurista rinveniva la risposta ai suoi interrogativi nelle fonti romane: in particolare, egli prendeva in considerazione la compravendita (nulla) di cose sacre e quella (parimenti nulla) di un’eredità inesistente, per evidenziare come già in diritto romano il venditore venisse considerato responsabile per non aver

---

119 s. BGB; in dottrina R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*<sup>4</sup>, Tübingen, 2016, 319 ss.).

informato la controparte della grave patologia del contratto<sup>8</sup>. Di qui, il giurista concludeva nel senso che la responsabilità precontrattuale per *culpa in contrahendo* sarebbe stata sanzionata con un'azione *ex contractu*: infatti il contratto, seppur nullo, avrebbe fatto nascere *Verbindlichkeiten anderer Art*<sup>9</sup>. L'oggetto di questa responsabilità doveva essere limitato all'interesse 'negativo', cioè a quanto perso per aver creduto nell'avvenuta conclusione di un (valido) contratto; per la precisione, si trattava delle spese sostenute e delle occasioni perse a causa di tale erronea credenza.

La tesi di Jhering non trovò accoglimento in dottrina: ma le esigenze cui si proponeva di far fronte erano reali, per cui, semplicemente, gli autori successivi cercarono una forma giuridica diversa per tenerle in adeguato conto<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> I passi centrali, valorizzati dall'autore, erano Mod. 5 *reg. D.* 18.1.62.1, I. 3.23.5 e Ulp. 25 *ad ed. D.* 11.7.8.1, nonché Iavol. 2 *ex Plaut. D.* 18.4.8 e Paul. 33 *ad ed. D.* 18.4.9.

<sup>9</sup> R. VON JHERING, '*Culpa*', cit., 29 e 32.

<sup>10</sup> Su queste varie tesi cfr. soprattutto F. PROCCHI, '*Litel*', cit., 239 ss. (della cui ricchissima esposizione ci si è ampiamente avvalsi). Tutto il Novecento tedesco, così come i primi anni del nuovo millennio, sono percorsi da innumerevoli opere dedicate alla responsabilità precontrattuale in cui figurano sintesi delle diverse tesi formulate in dottrina: v. ad esempio W. BROCK, *Das negative Vertragsinteresse*, Berlin, 1902, 149 ss.; H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes*, Berlin-Leipzig, 1931, 38 ss. e 50 ss.; R. EHRLICH, *Die Entwicklung der Lehre von der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß im spätgemeinen und im bürgerlichen Recht*, Berlin-Neukölln, 1933, 7 ss.; G. DÖMPKE, *Die Grundlage und der Umfang der Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen*, Breslau-Neukirch, 1933, 2 ss.; E. SCHMITZ, *Dritthaftung aus 'culpa in contrahendo'*, Berlin, 1980, 31 ss.; D. MEDICUS, *Zur Entdeckungsgeschichte der 'culpa in contrahendo'*, in '*Iuris professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*', Wien-Köln-Graz, 1986, 169 ss.; J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB. *Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von M. Schmoekel, J. Rückert, R. Zimmermann, II, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil. §§ 241-432*, Tübingen, 2007, 1543 ss.; C. RINALDO, *Die Haftung Dritter in Deutschland und Italien. Eine handelsrechtliche Untersuchung zu Ratingagenturen und PartG*, Berlin, 2017, 19 ss. In ottica comparatistica sulla responsabilità precontrattuale v. G. ALPA, *Responsabilità precontrattuale - II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 1 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition*, in *Mistake, Fraud and*

Alcune ricostruzioni risolvevano una parte dei problemi che Jhering si poneva senza bisogno di ricorrere alla teorizzazione di una *culpa in contrahendo*. Esse, infatti, superavano già a monte la *Willenstheorie*, ponendo a fondamento del negozio non la volontà, ma la dichiarazione o l'affidamento (*Erklärungstheorie*<sup>11</sup> e *Vertrauenstheorie*<sup>12</sup>). Pur nella loro varietà, queste tesi toglievano lo spazio a quel risarcimento che, per lo stesso Jhering, era dovuto in caso di inaffidabilità della dichiarazione (discrepanza dalla volontà); tuttavia, esse non risolvevano altre questioni, come quelle sorte in conseguenza alla conclusione di contratti nulli per inidoneità dell'oggetto o al mancato perfezionamento di un contratto per revoca della proposta o decesso del suo autore.

Conviene, però, soffermarsi sulla vera e propria *culpa in contrahendo* e su quelle tesi che, allontanandosi dalle idee del suo 'scopritore', rinvenivano la fonte delle corrispondenti pretese risarcitorie non già nel contratto da concludere o concluso ma nullo<sup>13</sup>, ma in un diverso negozio, e per la precisione in un autonomo contratto che avrebbe affiancato quello 'principale', oppure direttamente in un fatto ritenuto idoneo *ex lege* a far sorgere tali pretese.

---

*Duties to Inform in European Contract Law*, ed. by R. Sefton-Green, Cambridge, 2005, 62 ss.

<sup>11</sup> V. per tutti W. RÖVER, *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostock, 1874, 17 ss.; O. BÄHR, *Ueber Irrungen im Contrahiren*, in *Jb. Jb.*, 1875, 401 (che, nondimeno, si avvicina molto alla *Vertrauenstheorie*).

<sup>12</sup> Così, in particolare, G. HARTMANN, *Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens*, in *AcP*, 1888, 215 ss.

<sup>13</sup> Da tenere distinta, rispetto alla ricostruzione di Jhering, è la tesi di F. KOEPPEN, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, in *Jb. Jb.*, 1871, 283, per il quale, ben più radicalmente, «der Consens ist ... kein Requisit für den Abschluß des Vertrages, sondern nur für die Existenz oder für den Bestand des Rechtsverhältnisses, welches in dem fertigen Vertrage als gewollt erklärt ist» (sebbene da ciò venisse fatta derivare la risarcibilità di un interesse negativo, e non positivo; cfr. 282 ss., testo e nt. 288).

Tra quanti sostenevano che la responsabilità precontrattuale trovasse fonte in un autonomo negozio è da annoverare Windscheid: il quale, nella quinta edizione delle sue Pandette<sup>14</sup>, ipotizzava l'assunzione di una garanzia da parte di *jeder Vertragsschließende* per mezzo della stessa *Erklärung* e con riguardo ai pregiudizi subiti a causa dell'affidamento nella (valida) venuta a esistenza del contratto.

Chi, invece, escludeva la connessione tra *culpa in contrahendo* e contratto (fosse questo l'accordo 'finale' o un apposito patto 'precontrattuale'), si trovava di fronte a una scelta: imboccare la strada della responsabilità aquiliana<sup>15</sup> oppure rinvenire nell'ordinamento una ulteriore e diversa fonte legale. Le tesi che prediligevano quest'ultima sistemazione sono, ai nostri fini, le più interessanti: giacché esse finivano per valorizzare proprio la *bona fides* e l'affidamento (il *Vertrauen*).

---

<sup>14</sup> Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>5</sup>, II, Stuttgart, 1879, 175 s., testo e nt. 5 («er muss für die Folgen dieses Vertrauens eintreten, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt, weil er ihn dazu bestimmt hat, durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben»). Cfr. anche, su questa linea benché non senza importanti differenze, la tesi di F. DRECHSLER, *Ueber den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen*, Würzburg, 1873, 61 s. (secondo cui la garanzia sarebbe «keine Fiction», giacché «sie liegt in der Natur der Sache»). Una costruzione del tutto diversa, ma pur sempre basata su un ulteriore contratto concluso tra le parti dello stesso accordo per così dire 'principale', era anche quella offerta, prima ancora dello studio di Jhering, da A. VON SCHEURL, *Vertragsabschluss unter Abwesenden*, in *Jb. Jb.*, 1858, 274, per risolvere uno dei problemi abbracciati dall'originaria teoria della *c.i.c.*: secondo l'autore ogni proposta contrattuale avrebbe contenuto un incarico al destinatario, di talché questi, ove avesse accettato l'offerta senza essere al corrente della sua revoca, avrebbe potuto agire per i danni tramite un'*actio mandati contraria*.

<sup>15</sup> Ad esempio F. MOMMSEN, *Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen*, Braunschweig, 1879, 175 ss., aveva ritenuto che l'*actio de dolo* potesse essere esperita, in funzione sanzionatoria di un illecito precontrattuale, anche in presenza di una semplice *culpa lata*.

A tal riguardo va ricordata, anzitutto, l'evoluzione del pensiero di Windscheid<sup>16</sup>, il quale nella sesta edizione della sua opera ammetteva di aver inquadrato erroneamente la responsabilità precontrattuale e sosteneva che l'obbligo risarcitorio non sorgesse *ex voluntate*, ma semmai, e più semplicemente, *ex lege*<sup>17</sup>.

Tra le tesi in parola debbono poi annoverarsi quelle di Eisele e di Unger. Il primo argomentava in questo senso: se da un lato i contratti si basano sulla comunicazione di una volontà a un altro soggetto, dall'altro il commercio richiede che ciascuno dei contraenti possa confidare sulla conformità della dichiarazione all'interno volere<sup>18</sup>; da ciò, e in particolare dalla buona fede, sarebbe derivato – continuava l'autore – un principio idoneo a reggere tutto il traffico giuridico, che l'ordinamento avrebbe recepito, facendo nascere una garanzia legale per tutelare l'affidamento in parola (nei limiti, come per Jhering, dell'interesse negativo). Unger, dal canto suo, partendo da postulati simili, finiva per ritenere che il dichiarante, pur non potendo mai essere legato da una manifestazione del volere non conforme al suo intento, dovesse essere considerato responsabile allorché fosse stato deluso il *Vertrauen* della controparte<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup>, II, Frankfurt a.M., 1887, 183 ss., nt. 5 («die Entschädigungspflicht des Urhebers der Willenserklärung beruht nicht auf seinem Willen, sondern das Recht legt sie ihm ohne seinen Willen auf. Das Recht ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß auf sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne bez. daß durch sie ein Vertrag zu Stande gekommen sei»).

<sup>17</sup> Cfr. però anche L. GOLDSCHMIDT, *Recensione a F. REGELSBERGER, Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen*, Wien, 1868, in *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1869, 335, secondo il quale sarebbe stato sufficiente rifarsi al «Postulat der *bona fides*».

<sup>18</sup> F. EISELE, *Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten*, in *Jb. Jb.*, 1887, spec. 472 s.

<sup>19</sup> J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*<sup>3</sup>, Jena, 1904, 30 s.: «die Sicherheit des Verkehrs fordert, daß der gutgläubige Empfänger einer

Già in queste ultime ricostruzioni si può notare il comparire di un intreccio, che vedremo più e più volte riaffacciarsi nella storia della *culpa in contrahendo*: quell'affidamento, che connota la fattispecie quale elemento della fattispecie e quale oggetto di tutela, veniva reso anche fulcro e ragione della protezione giuridica. Tale accavallamento si sarebbe manifestato in modo ancor più evidente dopo l'entrata in vigore del codice tedesco.

3. *Gli sviluppi della responsabilità precontrattuale nei primi cinque decenni del Novecento: esigenze di supplenza, ricerca del fondamento e collegamento con il Vertrauen*

Il BGB si fece carico dei problemi menzionati e cercò un compromesso tra le varie posizioni, sia in sede di disciplina del negozio, ove mediò tra teorie volontaristiche e dichiarazionistiche<sup>20</sup>, sia con più precipuo riferimento alla *culpa in contrahendo*.

Con riguardo all'errore, il codice civile tedesco ammetteva che la dichiarazione di volontà fosse produttiva di effetti pure là dove non coincidesse con il volere del dichiarante<sup>21</sup>, così aderendo

---

Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß dieselbe dem Willen des Erklärenden entspricht» (ma già ID., *Handeln auf eigene Gefabr. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurfs*, in *Jb. Jb.*, 1891, 381 s.).

<sup>20</sup> Su questa 'mediazione' v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 55 s. La dottrina tedesca aderirà in seguito alle posizioni della *Geltungstheorie* (vicina, ma solo entro certi limiti, al precettivismo italiano): v. K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Leipzig, 1930, 34 ss.

<sup>21</sup> Tra l'altro, deve sottolinearsi anche come nel sistema tedesco non vi sia molto spazio per l'errore riconosciuto o riconoscibile, salvo che questo non cada sui motivi e sia rilevante (senza essere inglobato dalle garanzie contrattuali). E, questo, proprio perché il più delle volte i problemi sono superati già in sede di interpretazione (tramite la *normative Auslegung* o il canone *falsa demonstratio non nocet*).

alla *Erklärungstheorie*. Sennonché, negli esiti non ci si distaccava molto dalla *Willenstheorie*, giacché era poi attribuita al dichiarante la facoltà di annullare (in senso atecnico) il negozio frutto di un errore, pure quando la dichiarazione fosse rivolta a un controinteressato (ad esempio, la controparte del contratto)<sup>22</sup>.

Ove, poi, quest'ultimo avesse avuto a subire un danno a causa del venir meno della *Willenserklärung*, avrebbe potuto chiedere un risarcimento, a patto che l'errore del dichiarante non fosse stato riconosciuto e non fosse stato nemmeno riconoscibile. Né il § 122 richiedeva la *culpa* del dichiarante: tanto che la dottrina successiva avrebbe parlato non già di un'ipotesi di *culpa in contrabendo*, ma di una garanzia.

Accanto al § 122, ancora oggi in vigore in questi esatti termini, il BGB sanciva – e sancisce tuttora – in modo analogo un obbligo risarcitorio a carico del *falsus procurator* che, anche senza colpa, non avesse avvertito del difetto di rappresentanza, e a favore di chi avesse invece confidato senza colpa in quest'ultima (§ 179). Nella versione originaria, precedente alla riforma del 2002, il codice tedesco prevedeva inoltre che l'aver taciuto, ma in questo caso dolosamente o colposamente, la nullità del contratto derivante da impossibilità della prestazione o da contrarietà a una norma imperativa comportasse il risarcimento del danno verso la controparte, salvo questa non conoscesse o dovesse conoscere l'invalidità (§§ 307 e 309).

In ultimo, e con riferimento ai problemi posti dalla revoca della proposta, il BGB prevedeva semplicemente che essa fosse

---

<sup>22</sup> Più in là si spinge, ancor oggi, il § 118 BGB, secondo cui «eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist *nichtig*» (corsivo aggiunto).

irrevocabile, salvo volontà contraria delle parti (§ 145, anch'esso oggi in vigore senza mutamenti)<sup>23</sup>.

Queste scarse disposizioni non esaurivano il potenziale campo della responsabilità precontrattuale<sup>24</sup>: il cui studio, tra l'altro, fu propiziato nei primi decenni del Novecento dalle lacune che proprio il BGB presentava in altre materie.

Il riferimento va soprattutto ai limiti rigorosi che la responsabilità aquiliana incontrava, e ancora incontra, in quel sistema, tanto come individuazione dei beni protetti (§ 823 I), quanto come addebito del fatto degli ausiliari (§ 831).

Quanto al primo punto, si notava che ogni danno derivante, già durante le trattative o comunque in virtù della conclusione del contratto, da una mancata informazione non avrebbe colpito i beni tassativamente protetti in via aquiliana. Per tale ragione, esso sarebbe stato un danno meramente patrimoniale (arrecato, cioè, a quel bene indifferenziato che è il patrimonio<sup>25</sup>) e, quindi, stato

---

<sup>23</sup> Di recente su questo tema A.M. BENEDETTI-F.P. PATTI, *La revoca della proposta: atto finale? La regola migliore, tra storia e comparazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1299 ss., cui si rinvia anche per la bibliografia.

<sup>24</sup> Nei *Motive* al BGB si demanda espressamente alla dottrina il compito di valutare la natura della responsabilità precontrattuale (B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, *Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil*, Berlin, 1899, 460). A dire il vero, poi, il codice tedesco conteneva altre disposizioni che si sarebbero potute riferire al *Verschulden beim Vertragsschluß* (cfr. R. EHRLICH, *Die Entwicklung*, cit., 13) e che furono valorizzate come tali proprio al fine di rinvenire un supporto legislativo per la dottrina della *c.i.c.*; passarle in rassegna, però, condurrebbe fuori tema la trattazione.

<sup>25</sup> Su questa nozione v. per tutti F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien-New York, 2009, 1409 ss.; AA.VV., *Pure economic loss in Europe*, ed. by M. Bussani and V.V. Palmer, Cambridge, 2003; nella dottrina italiana cfr. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale, in Europa e dir. priv.*, 2008, 349 ss.; A. DI MAJO, *Discorso generale sulla responsabilità civile*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV.3, Milano, 2009, 27 ss.; G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano*, in *Danno resp.*, 1998, 729 ss. In ottica comparatistica v. F. TORTORANO, *Il danno meramente patrimoniale (Percorsi giurisprudenziali e comparazione giuridica)*, Torino, 2001.

irrisarcibile (salvo nei casi di condotta perpetrata in violazione di una norma di protezione specificamente individuata o di condotta dolosa contraria ai buoni costumi: § 823 II e 826 BGB)<sup>26</sup>.

Con riferimento al secondo, basti ricordare come i danni subiti dai clienti entrati in un esercizio commerciale (ad esempio per la caduta di oggetti) non fossero addebitabili, in un folto numero di casi, al titolare dello stesso, giacché costui si sarebbe potuto avvalere della amplissima prova liberatoria prevista, nel caso di pregiudizi arrecati dagli ausiliari, dalla disciplina dell'illecito extracontrattuale<sup>27</sup>.

Di fronte a queste opacità, pareva necessaria la ricostruzione di una più ampia responsabilità precontrattuale, al fine di tutelare adeguatamente chi fosse stato coinvolto in una trattativa inutile, chi avesse concluso un contratto in realtà non desiderato (pur senza che vi fosse un dolo contrattuale), chi avesse subito un danno alla persona o ai beni durante la fase delle negoziazioni.

E, per un caso singolare, pure la struttura dogmatica entro cui collocare la *culpa in contrahendo* fu rinvenuta, dalla dottrina, nell'ambito di uno studio con cui ci si proponeva di porre rimedio a una ulteriore lacuna del BGB. In quel caso, il problema pratico

---

<sup>26</sup> Il sistema tedesco di responsabilità aquiliana è strettamente tipico: sono risarcibili (§ 823 BGB) i danni arrecati a beni tassativamente enumerati oppure prodotti in violazione di una legge di protezione (nonché nel caso di cui al § 826 BGB). V. H. KÖTZ e G. WAGNER, *Deliktsrecht*<sup>A2</sup>, München, 2013, 45 ss. Essenziale l'opera di E. VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, II, im Auftrage der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages hrsg. von Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn und Richard Lange, Karlsruhe, 1960, 49 ss.

<sup>27</sup> Il § 831 BGB ammette una prova liberatoria più ampia di quella prevista dall'omologo § 278 BGB in materia contrattuale. V. C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, trad. it. di A. di Majo e M.R. Marella, 802. Il problema si poneva al Reichsgericht anzitutto con il noto *Linoleumrollenfall*, deciso con sentenza RG 7 dicembre 1911, in *RGZ*, Bd. 78, 239 ss. (ma tra i *Warenhausfälle* sono rimasti famosi anche il *Gemüseblattfall* e il *Bananenschalenfall*).

riguardava la disciplina della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione, nel cui ambito il codice tedesco prendeva a quel tempo in considerazione l'impossibilità della prestazione e il ritardo nella sua esecuzione, lasciando scoperta l'ipotesi della condotta positiva del debitore che avesse leso i beni del creditore.

La letteratura tedesca di inizio Novecento aveva allora elaborato la dottrina delle *positive Vertragsverletzungen*<sup>28</sup>: e, di qui, aveva poi sviluppato il concetto di rapporto obbligatorio 'complesso'<sup>29</sup>, ossia inclusivo di una pluralità di obblighi oltre a quello primario di prestazione e, in particolare, di una serie di obblighi di protezione (volti a tutelare l'interesse del creditore all'integrità dei suoi beni preesistenti)<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Tale teoria era stata elaborata all'indomani dell'approvazione del BGB da H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904 (ma già H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, Berlin, 1902; l'edizione del 1904 è stata tradotta in italiano da G. Varanese, con il titolo di *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001). Ci si è, invece, congedati dalle *positive Vertragsverletzungen* con il testo del § 280 BGB in vigore dal 2002: cfr. W. ERNST, sub § 280 BGB, in *Münchener Kommentar*<sup>7</sup>, München, 2016, Rn. 2; C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del 'Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts'*, a cura di G. De Cristofaro, Padova, 2003, 21. Per la letteratura italiana sulle *pVV* cfr. M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, 49 ss., e A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 563 s.

<sup>29</sup> L'idea dell'obbligazione come *Organismus* deriva da H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903, ed è stata ripresa soprattutto da Hein. STOLL, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, in *LZ*, 1923, 544. V. anche W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 23; J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, 8 s., e, per lo *Schuldverhältnis als Gefüge und als Prozeß*, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I<sup>14</sup>, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, 26 s., testo e nt. 39. V. pure L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072, testo e nt. 5; G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 498.

<sup>30</sup> Sulle *Schutzpflichten* Hein. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1932, 258 (ma il concetto è ripreso da H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen*

Proprio la nozione di rapporto obbligatorio complesso appariva come perfettamente confacente a dare forma giuridica alla relazione nascente con l'ingresso delle parti nelle trattative: si osservava come tale relazione, pur presentandosi priva dell'obbligo primario di prestazione, fosse dotata di tutti quelli di protezione (e di quelli secondari di prestazione: *id est*, risarcitori).

Tramite l'individuazione *ex fide bona* di una pluralità di obblighi di protezione si superava al tempo stesso il problema del danno meramente patrimoniale (che per definizione non si pone là dove si tratti di violazione di un obbligo) e quello del danno commesso da ausiliari (giacché il § 278, in tema di responsabilità contrattuale e di fatto degli ausiliari, non consentiva e non consente quell'ampia prova liberatoria prevista invece dal § 831 nell'ambito del danno aquiliano).

---

*Schuldrechts*, München, 1929, 578 ss.; v. inoltre, *ex multis*, W. THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, in *JZ*, 1967, 649 ss.). Il testo, come il titolo eloquentemente lascia intendere, è impostato su di una vasta critica alla teoria delle *positive Vertragsverletzungen*, cui Stoll intendeva sostituire il concetto di *Schutzpflichten* (v. pure Hein. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, 26 ss., e ID., *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1936, 125 s.). Sennonché, in Germania il riferimento alle *pVV* è, fino al 2002, rimasto costante e la teoria di Staub si è, semmai, accostata a quella delle *Schutzpflichten* (avendo l'una e l'altra ambiti di incidenza non del tutto coincidenti; v. già Hein. STOLL-W. FELGENTRAEGER, *Vertrag und Unrecht*<sup>4</sup>, II, Berlin, 1944, 175 ss.). Cfr. J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 27, Heidelberg, 1993, 133 s. e 143 ss.; C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzungen' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei wichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, 479, nt. 38; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln, 1981, 736 ss.; A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 322; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 30 ss. Oggi la sussistenza di *Schutzpflichten* è espressamente ammessa dal § 241 II BGB (v. G. BACHMANN, sub § 241 BGB, in *Münchener Kommentar*<sup>7</sup>, München, 2016, Rn. 2, nonché R. SCHWARZE, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, 356 ss.). In Francia, per la ricostruzione delle obbligazioni di *sécurité*, v. M. FEOLA, *Le obbligazioni di 'sécurité'*, Torino, 2012, 107 ss., 122 ss. e 143 ss., e già A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 418, nt. 113.

Quanto, infine, alla fonte della responsabilità, nella prima metà del Novecento si affiancavano i due gruppi di tesi già menzionati: quelle, cioè, che ritenevano perfezionato un autonomo ‘negozio di garanzia’ all’inizio delle trattative e quelle, invece, che preferivano addurre una fonte legale. Entrambe si adattavano alle nuove teorizzazioni, rinvenendo nell’uno o nell’altra la fattispecie costitutiva di obblighi di protezione.

Siber e Hildebrandt, ad esempio, sostenevano che le parti, iniziando una trattativa, concludessero un vero e proprio contratto. Queste ricostruzioni, eredi di quelle che rinvenivano in un apposito negozio la fonte di una garanzia circa l’esistenza del contratto ‘principale’, mostravano ormai tutta la maturità della riflessione, supponendo che il contratto ‘accessorio’ facesse più latamente nascere veri e propri obblighi di ‘conservazione’ della sfera giuridica delle parti<sup>31</sup>.

Un’evoluzione simile avveniva anche per le tesi fondate sull’affidamento: le quali finivano per costruire proprio attorno all’affidamento un rapporto obbligatorio, basato sul, e connotato dal, *Vertrauen*.

Lo si percepisce già dalla lettura del manuale di Enneccerus, la cui undicesima edizione, nel tomo sul rapporto obbligatorio a

---

<sup>31</sup> Cfr. H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, *Jh. Jb.*, 1921, 258 ss. (sulla scorta di un’interpretazione condotta ai sensi del § 157 BGB, ossia secondo il significato sociale – e sostanziale –, e al fine di dar spiegazioni a casi quale il *Linoleumrollenfall*). V. anche H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., 118 ss., spec. 132, e 225 ss. (il quale, limitando la *culpa in contrahendo* ai soli obblighi informativi, sentiva la necessità di ricorrere a un *Erhaltungsvertrag* quanto alla difesa dei beni e della persona di chi prendeva parte alla trattativa). Secondo Hein. STOLL, *Haftung*, cit., 543 s., nelle trattative sarebbe sorto, in virtù di una dichiarazione unilaterale (non tramite un contratto, ma pur sempre per mezzo di un negozio), un rapporto obbligatorio: il quale, definito come *Organismus*, sarebbe sopravvissuto alla conclusione del contratto, sebbene modificandosi in parte (*contra* K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’ bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*, in *AcP*, 1950-1951, 505).

firma anche di Lehmann<sup>32</sup>, parteggiava per la nascita «aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen» di un «vertragsähnliches Vertrauensverhältnis»<sup>33</sup>. Ma a essere significative, anche per la loro profonda influenza sulla dottrina tedesca successiva, sono le pagine iniziali di un noto saggio di Ballerstedt<sup>34</sup>, ove la responsabilità precontrattuale veniva costruita come violazione di un particolare rapporto obbligatorio sorto in virtù dell'ingresso delle parti nelle trattative. In particolare, secondo l'autore sarebbe sorto un *Rechtsgeschäft*, e tramite questo un *vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*, non già da una dichiarazione di volontà, ma in virtù di una fattispecie diversa, composta da una condotta di una parte che nel suo significato sociale appariva adatta a far sorgere un affidamento e da una condotta della controparte che 'concedeva' questo affidamento (ossia, si fidava). Si trattava, con le parole di Ballerstedt, della «Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens».

Proprio l'importanza di questo saggio, e l'adesione che riscosse, segnarono un importante punto a favore delle tesi fondate sull'affidamento, che raggiunsero con le opere di Canaris la loro teorizzazione più limpida e compiuta.

#### 4. *La teorizzazione della 'culpa in contrahendo' come Vertrauenshaftung negli scritti di Claus-Wilhelm Canaris*

La centralità dell'affidamento è un portato evidente degli scritti, finanche di quelli più recenti, di Canaris, dedicati alla

---

<sup>32</sup> L. ENNECCERUS-H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*<sup>11</sup>, Marburg, 1930, 169.

<sup>33</sup> Ma allora v. pure la decisione RG 1° marzo 1928, in *RGZ*, Bd. 120, 249 ss.

<sup>34</sup> K. BALLERSTEDT, *Zur Haftung*, cit., 501 ss., spec. 507 s.

responsabilità precontrattuale<sup>35</sup>. Tali scritti hanno, tra l'altro, in buona parte influenzato la recente riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, su cui oltre ci intratterremo.

La responsabilità precontrattuale era, per lo studioso, costruita di regola sulla *Vertrauenshaftung*: essa si sostanziava in un rapporto di protezione di fonte legale, che nasceva dalla «Inanspruchnahme» e dalla «Gewährung» del «Vertrauen» e che trovava un appiglio normativo nel § 242 BGB<sup>36</sup>.

Tale *Schutzverhältnis* si distingueva, secondo l'autore, dal *Leistungsverhältnis*<sup>37</sup>, senza che quest'ultimo sostituisse il primo nemmeno a far data dall'avvenuta – seppur valida – conclusione di un contratto: le due 'parti' convivevano nell'ambito dell'unitario rapporto obbligatorio, che pur poteva constare anche della sola 'protezione'. Allo *Schutzverhältnis* si collegava una responsabilità che non era né contrattuale, né aquiliana, ma 'da affidamento': un terzo

---

<sup>35</sup> V. in particolare C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., spec. 477; ID., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, *passim* (la monografia prende in considerazione anche molteplici fattispecie di affidamento, per così dire, positivo, tutelato non solo con un risarcimento del danno – parametrato sull'interesse negativo –); ID., *Norme*, cit., spec. 802 ss. e 821 ss.; ID., *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre Bundesgerichtshofs. Festgabe aus der Wissenschaft*, hrsg. von C.-W. Canaris et alii, I, München, 2000, 171 ss.

<sup>36</sup> Pur dovendo essere ricostruita per analogia a partire dalle ipotesi espressamente previste nel codice tedesco: così C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Bankrecht - Schwerpunkte und Perspektiven. Festschrift für Herbert Schimansky*, hrsg. von N. Norr, H.-J. Lwowski und G. Nobbe, Köln, 1999, 50 ss. Va notato come per ID., *Die Vertrauenshaftung*, cit., 171 s., i §§ 122 e 179 non rientrassero nella vera e propria *culpa in contrahendo*, non presupponendo una colpa: essi costituivano casi di *Erklärungshaftung kraft Risikozurechnung*, e non di *Vertrauenshaftung wegen Schutzpflichtverletzung*. Parlava, a tal proposito, di *reine Vertrauenshaftung* K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I<sup>4</sup>, 107 ss., il quale aggiungeva che le singole fattispecie legali di *culpa in contrahendo* erano così rare e disomogenee che si doveva ammettere l'elaborazione di tale istituto solo in via giurisprudenziale e dottrinale e la sua natura (prima del 2002) di *Gewohnheitsrecht* (oggi v. J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB, cit., 1556).

<sup>37</sup> Ma v. già Hein. STOLL, *Vertrag*, cit., II, 125 s.

tipo di responsabilità, in virtù della sua peculiare fonte e disciplina (una «dritte Spur»).

L'affidamento, dunque, nasceva da una dichiarazione idonea a stimolarlo<sup>38</sup> e si concretizzava in un vero e proprio stato di fiducia (un atto di fiducia), anche se l'ordinamento poteva in qualche misura tipizzarlo e oggettivizzarlo, facendolo divenire una categoria normativa e non psicologica (sebbene plasmandolo sempre su un normale stato psicologico)<sup>39</sup>.

In taluni casi, però, Canaris ammetteva che la responsabilità non discendesse pianamente dall'affidamento, ma semmai dall'accresciuta possibilità di intromissione nella sfera giuridica altrui (accresciuto pericolo di lesione dell'integrità personale o di altri beni). Così, al fine di salvare un'idea tecnica di affidamento, egli forzava consapevolmente la configurazione del *Schutzverhältnis* come *Vertrauensverhältnis*, ritenendo che, in queste ipotesi, non si trattasse di *Vertrauenshaftung*, ma di *Anvertrauenshaftung* e che la responsabilità derivasse dal fatto che i trattanti affidano l'uno all'altro i propri *Rechtsgüter*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> La *Vertrauensstatbestand* (C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 491 ss.).

<sup>39</sup> C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 503 ss. Questa complessiva sistemazione, spesso passata sotto silenzio e oscurata dal generico riferimento alla *Vertrauenshaftung*, appare essere tra le più equilibrate in tema di responsabilità da affidamento, coniugando profili soggettivi e oggettivi (v. *infra* nel testo). Cfr. anche S. BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, 1989, 47 ss.

<sup>40</sup> C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 540; ID., *Norme*, cit., 827 s. Oggi il BGB accoglie positivamente questa ricostruzione (§ 311 II n. 2 BGB; E.A. KRAMER, *Einleitung zu §§ 241-432 BGB*, in *Münchener Kommentar*<sup>5</sup>, München, 2007, Rn. 91): ma per lungo tempo si è ritenuto che le *Erhaltungspflichten*, a differenza delle *Aufklärungspflichten*, fossero da ascrivere alla responsabilità aquiliana e solo per ragioni contingenti, dettate da limiti positivi contrastanti con esigenze equitative, a quella contrattuale (o da affidamento). Giudizio molto negativo in Ha. STOLL, *Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel*, in *AcP*, 1976, 151, nt. 21 (secondo cui l'ascrizione di certe forme di tutela alla responsabilità contrattuale o da affidamento

Quest'ultimo punto nasconde un passaggio fondamentale. L'affidamento, per questa via, perdeva ogni portata 'soggettiva' e diventava necessariamente 'oggettivo': un generico affidamento alla correttezza altrui.

A ben vedere, anche l'affidamento puntuale e soggettivo, il vero e proprio *Vertrauen* inteso in senso tecnico, sorgeva in virtù di un affidamento oggettivo, che consentiva di fidarsi<sup>41</sup>: per quanto si richiedesse, a sua volta, la stimolazione concreta dell'affidamento soggettivo e l'effettiva 'concessione' di questo affidamento.

Seguendo tutto quest'itinerario, risulta evidente in che senso l'intreccio tra ruoli differenti dell'affidamento, che prima si è indicato, si fosse intricato ancor di più nel corso del Novecento: il *Vertrauen*, lungi dal ridursi a essere un elemento di una fattispecie o un oggetto di tutela, magari combaciando con il semplice affidamento nella conformità della dichiarazione al volere, finiva

---

avrebbe rappresentato «kein Ruhmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik»); sottolineava la necessità di aggirare il § 831 BGB (finché non modificato) E. VON CAEMMERER, *Wandlungen*, cit., 57 s.; sosteneva la necessità di una riforma D. MEDICUS, 'Culpa in contrabendo', in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 575. Diversa, e assolutamente insostenibile, era l'idea per cui gli obblighi di conservazione afferivano a un vero affidamento: come se fosse sorta una certa fiducia nell'idoneità altrui a non ledere certi beni.

<sup>41</sup> Anzi, secondo un'opinione il primo (affidamento puntuale) si confondeva il più delle volte con il secondo (affidamento generico). Cfr. K. LARENZ, *Bemerkungen zur Haftung für 'culpa in contrabendo'*, in *Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975*, hrsg. von W. Flume, P. Raisch, E. Steindorff, Berlin, 1975, spec. 401 s., 414 s. e 419, ove si sosteneva la tesi per cui l'affidamento sotteso alla *culpa in contrabendo* è quello generico alla 'lealtà', salvi i casi in cui di un vero e proprio specifico affidamento si poteva parlare (il che non sarebbe avvenuto a fronte di ogni obbligo di informare, ma, ad esempio, ove si rivalesse un segreto manifestando fiducia nell'altrui riservatezza), e a parte le ipotesi di *reine Vertrauenshaftung*.

per essere inteso<sup>42</sup>, ben più latamente, come fonte e *ratio* della protezione giuridica.

In altri termini, l'affidamento non era collegato solo a un *fatto*, ma anzitutto a un *können*, un *potersi fidare*. Di qui, tale facoltà (in senso lato) si era scissa dal fatto-fiducia: ci si accontentava dell'affidamento nella correttezza altrui, ossia di un affidamento obiettivo e molto generico che non richiedeva di essere prestato nel concreto.

Non è un caso, allora, che nella dottrina tedesca si sviluppasse in pari tempo una tendenza volta a collegare tutto il rapporto precontrattuale a tale 'affidamento' obiettivo e molto generico<sup>43</sup>, ampliandolo sino a comprendere ogni affidamento fatto sorgere dalla controparte e, così, sino a sovrapporlo alla semplice 'fiducia' nel rispetto altrui della buona fede.

Da un punto di vista parzialmente diverso, questo facile slittamento di piani aveva indotto, già a metà del Novecento, a collegare il *Vertrauensverhältnis* a qualsiasi 'contatto sociale'

---

<sup>42</sup> Anche se v., in tempo più recente, W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II<sup>3</sup>, cit., 129, testo e nt. 36a, secondo cui, nonostante vada riconosciuto che la *culpa in contrahendo* è «zum Teil ... Vertrauenshaftung», l'affidamento non era la fattispecie, che era rappresentata dalla condotta del responsabile (mentre l'affidamento era definito come normale presupposto dei danni). L'autore tra l'altro riteneva la responsabilità di cui ai §§ 122 e 307 BGB «rechtsgeschäftlicher Art», ritornando a una tesi vicina a quella originaria jheringhiana.

<sup>43</sup> G. HOHLOCH, 'Vertrauenshaftung' - *Beginn einer Konkretisierung?*, in *NJW*, 1979, 2369; E. SCHMITZ, *Dritthaftung*, cit., 36; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I<sup>14</sup>, cit., 106 (anche se v. 112). Costruzione opposta in Ha. STOLL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für 'culpa in contrahendo'*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H.C. Ficker et alii, Tübingen, 1978, 455 ss., secondo cui la responsabilità precontrattuale si collegava all'affidamento solo nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative (i casi jheringhiani classici, invece, avrebbero riguardato una responsabilità derivante dal contratto, seppur nullo; v. però pure 460 ss., sulla responsabilità per aver creato l'aspettativa di ottenere una certa prestazione, invece non contrattualmente dovuta, nonché 467 ss., su un'analogia responsabilità nei casi di contratto in senso lato asimmetrico).

meramente connotato da questa genericissima ‘fiducia’<sup>44</sup>: il che, con tutta evidenza, si prestava a critiche, poiché aumentava in modo smisurato e incontrollabile l’ambito in cui si sarebbe potuto rinvenire un rapporto obbligatorio di protezione<sup>45</sup>. Il tema va oltre i limiti di questo contributo: per cui basti dire che i fautori delle tesi esposte – e tra questi in particolare Canaris – avevano osteggiato questa proposta, ritenendo che la *Vertrauenshaftung* e la *Anvertrauenshaftung* potessero nascere solo in virtù della ‘partecipazione al traffico negoziale’ (così, tracciandone un perimetro oggettivo)<sup>46</sup> e che non si estendessero oltre i partecipanti, in senso lato, alle trattative (coincidenti con le parti del futuro contratto, con coloro che le accompagnano fisicamente e con tutti gli altri soggetti che entrano nelle trattative suscitando un affidamento ed esercitando un’influenza notevole)<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Sull’idea di un semplice ‘contatto sociale’ H. DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, 73 ss.

<sup>45</sup> Sostituiva il ‘contatto sociale’ con il ‘contatto negoziale’, sorto «auf der ebene des Geschäftsverkehrs», K. LARENZ, ‘*Culpa in contrahendo*’. *Verkehrssicherungspflicht und ‘sozialer Kontakt*’, in *MDR*, 1954, 517 s.; ID., *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in *JuS*, 1965, 378.

<sup>46</sup> C.-W. CANARIS, *Ansprüche*, cit., 478, nt. 26. Sui tentativi di recuperare l’idea del ‘contatto sociale’, pur aggiornata e variamente limitata, v. W. THIELE, *Leistungsstörung*, cit., 651 (che parla di contatto *gezielt* e *gewollt* tra *bestimmte Personen*, includendovi pure taluni *Gefälligkeitsverhältnisse*), P. SCHWERDTNER, *Der Ersatz des Verlustes des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung - Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Gefälligkeitshandlungen und Rechtsgeschäften*, in *NJW*, 1971, 1675, e W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II<sup>3</sup>, cit., 84 ss. (il quale distingue posizioni di garanzia e obbligo di diligenza nelle cortesie); in critica, e seppur con una posizione di parziale apertura rispetto alle prime tesi di Larenz, C.-W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, in *Großkommentar HGB*<sup>4</sup>, hrsg. von C.-W. Canaris, W. Schilling und P. Ulmer, Berlin, 2005, 9, ma già ID., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 444, nonché ID., *Norme*, cit., 827 s. (sulla più semplice «partecipazione al traffico negoziale» e sul contatto non diretto ma comunque «orientato’ ... verso l’esterno»; il punto va letto allora in connessione con l’estensione soggettiva su cui subito nel testo).

<sup>47</sup> Sulla responsabilità precontrattuale dei ‘terzi’ v., in vario senso, L. DIERS, *Ersatzansprüche Dritter bei ‘culpa in contrahendo*’. *Kann eine Haftung für Verschulden bei*

La replica sembrava idonea a restringere e giustificare proprio quello *Schutzverhältnis* che impone alle parti anzitutto di fornire le informazioni di volta in volta necessarie e dovute e poi anche di adempiere altri obblighi pur sempre di protezione (di conservazione)<sup>48</sup>. Restava però aperta, nella dottrina tedesca, la questione dell'affidamento: ossia, se esso non fosse altro che un'etichetta di una peculiare forma di responsabilità, tutta basata, più che su uno stato psichico effettivo o normale, su una *Sonderverbindung* tra le parti<sup>49</sup>.

Di certo, il richiamo del *Vertrauen* sottolineava l'importanza relativamente maggiore degli obblighi di informazione<sup>50</sup> rispetto agli altri doveri che rientravano in quello che, con espressione dovuta a Larenz, si era venuti denominando *Schuldverhältnis ohne*

---

*Vertragsverhandlungen auch gegenüber weiteren an den Verhandlungen nicht unmittelbar beteiligten Personen begründet sein?*, Münster, 1962, 2 ss. La casistica richiamata da C.-W. CANARIS (ad es. in *Norme*, cit., 809 ss.) riguarda, oltre alle trattative in senso stretto, la responsabilità del mediatore, di certi professionisti, per false informazioni e la *Prospekthaftung*.

<sup>48</sup> In altri termini: la responsabilità sorge pur sempre *ex lege*; vero è che ciò avviene là dove vi sia un 'affidamento', il che potrebbe riproporre il quesito se ogni affidamento fa sorgere una responsabilità: ma vero è anche che la legge delimita in base a un altro e differente criterio l'ambito della *culpa in contrahendo*, e cioè restringendola ai rapporti precontrattuali.

<sup>49</sup> In un tempo a noi vicino, ma precedente alla riforma del 2002, P. KREBS, *Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten*, München, 2000, 167 s., ha distinto casi in cui è centrale la «freiwillige und zweckgerichtete Begründung des Rechtsverhältnisses» e casi in cui «Grundlage der Sonderverbindung» è la «objektive Situation».

<sup>50</sup> Dovuta in particolare all'importanza relativamente più profonda degli obblighi di informazione (H. HILDEBRANDT, *Erklärungshaftung*, cit., 132): ma, in un certo senso, collegata anche alla centralità, nella *culpa in contrahendo*, delle ipotesi di *Vertrauenshaftung* rispetto a quelle di *Anvertrauenshaftung* (C.-W. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht*, cit., 56 ss.).

*primäre Leistungspflichten*<sup>51</sup> (obbligazione senza doveri primari di prestazione).

### 5. *La (parziale) recezione della Vertrauenshaftung per mezzo della Schuldrechtsmodernisierung*

La *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002<sup>52</sup> ha sancito la sussistenza di un rapporto obbligatorio di protezione nelle trattative tra i partecipanti alle stesse, ammettendolo pure in ogni caso di contatto «pseudo-negoziale»<sup>53</sup> e largheggiando nell'individuazione dei soggetti toccati dal rapporto (cfr. § 311 II e III BGB).

Conviene riportare il testo del § 311 II e III<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> V. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I<sup>4</sup>, cit., 106; l'idea compare a partire dalla quinta edizione.

<sup>52</sup> Un affresco della *culpa in contrabendo* prima e dopo la riforma è offerto da H. HEINRICH, *Bemerkungen zur 'culpa in contrabendo' nach der Reform - Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB*, in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, I, hrsg. von A. Heldrich, J. Prölss, I. Koller et alii, München, 2007, 422 ss.

<sup>53</sup> Il problema riecheggia quello dei contatti fonte di un rapporto di protezione. Esso è risolto in vario modo, dalla dottrina, proprio con riferimento al «contatto pseudo-negoziale» che figura al n. 3 del nuovo § 311 II BGB (mentre più semplice è comprendere il significato dei nn. 1 e 2, sulle vere e proprie trattative e sulla *Anbahnung* di un contratto, che ripropone quell'ingresso, finanche in senso fisico, in una prospettiva negoziale). Cfr. V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 48 s.

<sup>54</sup> Nella traduzione che si può trovare in *Codice civile tedesco. Bürgerliches Gesetzbuch*, Milano, 2005, a cura di S. Patti, 175. Il testo originale suona così: «ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte. Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch

«Un rapporto obbligatorio con obblighi di cui al § 241, comma 2, sorge anche mediante: 1. l'avviamento di trattative contrattuali, 2. l'avvio di un contratto nel quale, in vista di un eventuale rapporto negoziale, una delle parti concede all'altra la possibilità di produrre effetti sui suoi diritti, beni o interessi, o le affida questi ultimi o 3. simili contatti negoziali». E ancora: «un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al § 241 comma 2 può sorgere anche verso soggetti che non devono diventare essi stessi parti contrattuali. Un rapporto obbligatorio sorge in particolare se il terzo desta affidamento su di sé in misura notevole e con ciò influenza in modo rilevante le trattative contrattuali o la conclusione del contratto».

Con l'ingresso delle parti nelle trattative nasce, dunque, un rapporto obbligatorio, composto da più obblighi di protezione. Non solo: un tale rapporto sorge anche nel caso di semplice 'intradamento' verso un contratto (è il caso dei clienti di un supermercato che entrano nei suoi locali). Infine, lo stesso vale nel caso di contatti pseudo-negoziali: categoria aperta, che non dovrebbe riguardare le vere e proprie cortesie, ma quei rapporti che vedono l'esecuzione di una prestazione al di fuori di un contratto semplicemente perché realizzati contestualmente al loro sorgere (difettando, quindi, lo spazio per una vera e propria promessa: è l'ipotesi dei consigli delle banche).

Inoltre, si stabilisce espressamente che la responsabilità precontrattuale può toccare anche soggetti terzi rispetto alle parti del futuro contratto, purché si trovino in posizioni particolari (ad esempio, gli esperti che danno pareri all'una o all'altra parte circa il contenuto del futuro contratto).

---

nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst».

La riforma non ha invece, com'era prevedibile, detto alcunché a proposito della responsabilità per affidamento: così che oggi, in Germania, l'esistenza di un rapporto obbligatorio di protezione durante le trattative è imposta positivamente, ma è, inevitabilmente, in larga parte demandata alla dottrina la collocazione dogmatica della *culpa in contrahendo* e in particolare la sua relazione con l'idea di affidamento<sup>55</sup> (sebbene le nuove previsioni legislative superino per molti profili il dibattito). Una situazione, insomma, vicina – salva l'espressa preferenza per la natura contrattuale<sup>56</sup> – a quella sancita già dal 1942 dal nostro ordinamento.

6. *La responsabilità precontrattuale sino al 1942: timide apparizioni dell'affidamento e modernità del codice vigente*

Prima di occuparci del codice civile ancora in vigore, non sarà inutile guardare alla precedente evoluzione della responsabilità precontrattuale in Italia.

Tra quelle sollevate da Jhering in Germania<sup>57</sup>, le questioni che più avevano interessato la dottrina italiana di fine Ottocento e

---

<sup>55</sup> J.D. HARKE, sub § 311 II, III BGB, cit., 1558, testo e nt. 165, parla oggi di *culpa in contrahendo* come *Inanspruchnahme potentiellen Vertrauens*, ove esso richiama il semplice affidamento nella lealtà della controparte. Secondo V. EMMERICH, sub § 311 BGB, cit., Rn. 41, non sarebbe più possibile oggi rinvenire un solo fondamento unitario per la *culpa in contrahendo*, non potendo nemmeno richiamarsi unicamente il *Vertrauensgedanke* (ma questo, in realtà, perché si rileva il ruolo attuale anche di altri principi generali, come «der Verbraucherschutz, der Anlegerschutz sowie in Ausnahmefällen der Schutz wirtschaftlich Schwächeren»).

<sup>56</sup> Cfr. § 241 II.

<sup>57</sup> Questioni riprese tutte da L. COVIELLO, *Della cosiddetta 'culpa in contrahendo'*, in *Filangieri*, 1900, 728 ss., ove tra l'altro si parla di responsabilità per aver violato «la ragionevole fiducia dell'altro contraente» (sebbene, *de iure condito*, la si colleghi al vigente art. 1151 c.c. del 1865).

inizio Novecento erano state quella del contratto viziato da errore ostativo, specie se ciò fosse stato da ascrivere alla comunicazione telegrafica tra persone lontane<sup>58</sup>, e quella della responsabilità per il ritiro della proposta<sup>59</sup>.

Entrambe le tematiche avevano, poi, trovato una disposizione di riferimento nel codice del commercio del 1882: la prima, nell'art. 46, secondo il quale il mittente di un telegramma si presumeva esente da colpa se aveva «curato di farlo collazionare o raccomandare secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici», non dovendo risarcire il danno subito dalla controparte che avesse confidato nella conclusione del contratto; la seconda, nell'art. 36, comma 3, che sanciva la revocabilità di proposta e accettazione, imponendo però il risarcimento del danno ove la revoca fosse giunta a notizia dell'altra parte dopo che essa avesse iniziato l'esecuzione della prestazione.

A prescindere da questi punti, la dottrina italiana aderiva anche rispetto ad altri profili alla *culpa in contrahendo*, ritenendo – ad esempio – che nel caso di contratto nullo la parte che aveva fatto affidamento sulla validità potesse chiedere un risarcimento per

---

<sup>58</sup> F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, Pavia, 1862, 120 ss., spec. 152 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III<sup>7</sup>, *Fonti delle obbligazioni - Contratti*, Firenze, 1925, 361 ss.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2<sup>3</sup>, *Dei contratti in generale*, Padova, 1939, 125 ss.

<sup>59</sup> L. COVIELLO, *Nota a Cass.* Firenze, 16 aprile 1895, in *Giur. it.*, 1895, I, 1, spec. 826 ss.; A. CANDIAN, *Revoca delle dichiarazioni contrattuali di volontà*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, 472, e già ID., *In tema di contratti fra persone lontane*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 193 ss.; U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, II, *Parte seconda: diritto delle obbligazioni*, Milano-Torino-Roma, 1914, 155 ss.; L. BOLAFFIO, sub *artt. 36 e 37*, in *Comm. Bolaffio-Rocco-Vivanté*, Torino 1937, 169 ss., e già ID., *Nota a App. Venezia*, 14 maggio 1886, in *Foro it.*, 1886, I, 440 ss. In quel sistema la revoca della proposta era configurata come atto non recettizio. Di recente Cass. 15 aprile 2016, n. 7543, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 361, ha ripristinato l'antica tesi, oggi però davvero poco convincente. V. ampiamente A.M. BENEDETTI-F.P. PATTI, *La revoca*, cit., 1299 ss.

responsabilità extracontrattuale<sup>60</sup>. Era questa, infatti, la qualificazione verso cui ci si orientava, pur all'interno di un panorama che restava assai frastagliato e in cui lo stesso riferimento alla *culpa in contrahendo* non aveva una portata univoca.

Certo, non erano mancati studi più ampi sulla responsabilità precontrattuale, benché molto più rari che in Germania.

In particolare, in tema di interruzione delle trattative – tema, si badi, al tempo avveniristico, tanto più che gli studiosi più autorevoli tendevano a negare o comunque a limitare fortemente una responsabilità precontrattuale in questo ambito<sup>61</sup> – un autore era venuto a elaborare una delle prime forme, in Italia, di connessione tra *culpa in contrahendo* e affidamento. Si tratta della

---

<sup>60</sup> V. ad esempio E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*<sup>5</sup>, a cura di G. Venzi, IV, *Parte speciale. Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1927, 471, richiamando anche la teoria della non annullabilità del contratto in caso di errore inescusabile (ma su questo v. A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 19, nt. 2, e 131 s., nt. 3; l'autore, tra l'altro, era un deciso propugnatore della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, a suo avviso da qualificare tale escludendo pure che la scusabilità dell'errore fosse un requisito per l'annullamento; il risultato cui si giungeva così, va sottolineato, era diverso da quello del § 122 BGB, che non fonda la risarcibilità del danno su una responsabilità colposa o dolosa); F. BERIO, *La 'culpa in contrahendo' - l'errore - e la invalidità del negozio giuridico*, in *Foro it.*, 1933, I, 1515, ritenendo annullabile anche il contratto viziato da errore inescusabile; R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*<sup>7</sup>, Messina-Milano, s.d. (ma 1935), 125 (che ritiene «il più spesso» aquiliana la responsabilità). Segue invece la teoria della garanzia G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*<sup>2</sup>, Torino, 1925, 77. Una tesi diversa, è più complessa, in V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano. Corso di lezioni*, I, *Generalità - Elementi costitutivi delle obbligazioni - Obbligazioni naturali, alternative a termine - Effetti delle obbligazioni in generale - Caso, dolo, colpa contrattuale, mora e relativa liquidazione dei danni*, Padova-Verona, 1899, 308 ss.

<sup>61</sup> V. G. SEGRÉ, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 633 ss., spec. 641, ove l'autore scrive: «una dottrina siffatta [quella del risarcimento per recesso dalle trattative senza giustificati motivi] viene a ferire profondamente, dal punto di vista giuridico e pratico, quella libertà di contrattazione, che la parte si era o le parti si erano riservate». La soluzione dello studioso era, piuttosto, quella di ricercare un eventuale accordo cui riferire l'avvenuta conclusione del contratto o un diverso obbligo positivo.

nota ricostruzione di G. Faggella<sup>62</sup>, il quale, nel distinguere tre «periodi precontrattuali», individuava una responsabilità solo là dove fosse sorto un «affidamento» di una parte sulle determinazioni dell'altra. Nella tesi dell'autore tale responsabilità era strettamente connessa a un tacito accordo precontrattuale volto ad «autorizzare la trattativa».

Tuttavia, è evidente come nell'opinione dominante la *culpa in contrabendo* radunasse soltanto alcune ipotesi particolari e definite, per le quali ancora non si parlava di affidamento (o, se lo si faceva, si adottava questo termine solo a fini descrittivi).

A fronte di un tale contesto, in cui la *culpa in contrabendo* non godeva dell'ampio spazio che le era in quello stesso torno di anni riconosciuto in Germania (anche per le ragioni pratiche di cui s'è detto) e per lo più non si legava a generali doveri di informazione o di conservazione<sup>63</sup>, il legislatore italiano del 1942 si mostrò parecchio evoluto<sup>64</sup>, sancendo in via generale che «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» (art. 1337 c.c.).

A dire il vero, nel nuovo codice sopravvivevano disposizioni analoghe a quelle del codice del commercio poc'anzi richiamate. Entrambe, però, nel venire trasposte nel nuovo ordine sistematico davano vita a norme di scarsissima importanza, mostrando di

---

<sup>62</sup> G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, spec. 298 ss. (e v. pure ID., *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1909, 149). Su tale tesi v. pure E. ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, in *Dir. comm.*, 1910, II, 50 ss.

<sup>63</sup> Con qualche apertura verso l'informazione, ma negando i doveri di conservazione (che si ritenevano attratti alla *culpa in contrabendo* in Germania solo per ragioni tecniche: cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 175 ss., nt. 2).

<sup>64</sup> R. DI RAIMO, *Dichiarazione, ricezione e consenso*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano, 2006, 179.

essersi ormai rinsecchite e soprattutto di non attenere più al problema della *culpa in contrahendo*, che aveva ormai spostato il suo baricentro.

All'art. 46 cod. comm. corrispondeva (e ancora corrisponde) l'art. 2706 c.c., secondo il quale «la riproduzione del telegramma consegnata al destinatario si presume, fino a prova contraria, conforme all'originale. Il mittente, se ha fatto collazionare il telegramma secondo le disposizioni dei regolamenti, si presume esente da colpa per le divergenze verificatesi tra originale e riproduzione». Una tale previsione appare oggi davvero un relitto storico, in virtù del fatto che il contratto viziato da errore ostativo, cui un tempo si faceva implicito riferimento con la stessa, si ritiene non già nullo, ma solo annullabile e solo se l'errore è riconoscibile. E difatti la dottrina ha ritenuto che oggi l'art. 2706 c.c. riguardi casi ben diversi da quelli originari di *culpa in contrahendo*: quello del «mittente che agisca quale mandatario di altri» o quello «in cui l'invio del telegramma comporti una responsabilità aquiliana»<sup>65</sup>.

L'art. 36, comma 3, del codice del commercio coincideva tendenzialmente l'attuale art. 1328 c.c. La disposizione, riferendosi a un «indennizzo» a carico di un soggetto, rende oggi evidente la sua distanza rispetto alla *culpa in contrahendo*: si tratta, infatti, di una responsabilità per atto lecito<sup>66</sup>. Risulta attualmente dubbio se tale indennizzo sia ammesso in ogni caso di revoca della proposta che giunga al destinatario dopo che questi abbia in buona fede iniziato l'esecuzione del contratto, o solo se gli giunga dopo la conclusione del contratto, pur essendo stata spedita prima di questo momento. Il punto, comunque, non ci tocca: possiamo lasciarlo aperto, sebbene la prima tesi appaia a prima vista preferibile (giacché la

---

<sup>65</sup> Così R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, 292.

<sup>66</sup> V. F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 74 s.; ID., 'Culpa in contrahendo', in *Contratto e impresa*, 1987, 292; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000, 268 ss.

revoca dovrebbe essere intesa come atto pienamente recettizio, che deve anche giungere, e non solo essere spedito, all'oblato prima della perfezione del vincolo contrattuale).

A fronte del modesto rilievo di queste previsioni, soprattutto con riguardo alla *culpa in contrahendo*, appaiono centrali nel nuovo codice gli articoli 1337, 1338 e 1398 c.c.<sup>67</sup>

La prima disposizione, sancendo il dovere di comportarsi secondo buona fede durante la fase delle trattative e nella formazione del contratto,<sup>68</sup> si candidava sin dal momento di approvazione del codice a essere il perno della responsabilità precontrattuale e a giustificare la nascita di un vero e proprio rapporto giuridico precontrattuale. Sennonché, come vedremo, mentre in Germania la giurisprudenza si affannava a dare vita a un *vertragsähnliches Vertrauensverhältnis* e in ciò dialogava con la dottrina, i giudici italiani per lungo tempo hanno svalutato l'art. 1337 c.c., riducendone la portata a singole ipotesi ben definite: e, ciò, un po' perché non sentivano il bisogno di teorizzare una vasta *culpa in contrahendo*, un po' per l'inevitabile senso di timore che le clausole generali suscitano (e, soprattutto, suscitavano in una dimensione culturale ben diversa da quella attuale)<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Ineriscono alla *culpa in contrahendo* però anche, tra le altre disposizioni, gli artt. 1892, 1893 c.c. (sugli obblighi di informazione in materia di assicurazione; v. G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, 757 ss.) e, per taluno, gli artt. 798, 1494, 1578, comma 2, 1812, 1821, comma 2 (tutti in materia di vizi, benché solo nell'art. 1494 figurino sia l'azione di risarcimento per i *Mangelschäden* e quella per i *Mangelfolgeschäden*; cfr. per tutti qui F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 14 s. e 71 s.).

<sup>68</sup> R. DI RAIMO, *Dichiarazione, ricezione e consenso*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Milano, 2006, 179.

<sup>69</sup> V. J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, 66 ss. Basti ricordare che secondo Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro it.*, 1963, I, 1769, la violazione della buona fede non avrebbe alcuna conseguenza

Quanto poi agli artt. 1338 e 1398 c.c., con tali disposizioni il legislatore italiano richiamava i noti problemi jheringhiani del contratto nullo per inidoneità del bene, riversati già nel § 307 BGB, e del contratto inefficace perché concluso da un *falsus procurator*, disciplinati dal § 179 BGB<sup>70</sup>.

Nonostante il suo tenore testuale, è da escludere che l'art. 1338 c.c. volesse dar risposta alle esigenze di tutela sottese al § 122 BGB, ossia a quelle relative alla tutela di chi inopportuno confida nella validità di un contratto in realtà viziato per la discrepanza tra dichiarazione e volontà. E ciò per una ragione evidente: il codice del 1942, seguendo in larga parte le teorie precettivistiche<sup>71</sup>, rinveniva nel contratto un atto di approvazione di regole<sup>72</sup>. Rispetto a esso, quindi, la mancanza dell'interno volere poteva rilevare solo se riconosciuta o riconoscibile (salvo l'ulteriore requisito dell'essenzialità)<sup>73</sup>. Di talché, non residuava alcuno spazio per il risarcimento del danno della controparte dell'errante.

---

giuridica, salvi i casi in cui non avesse concretato la lesione «di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

<sup>70</sup> Secondo la dottrina, però, l'art. 1338 c.c. richiederebbe, sebbene implicitamente, la colpa del falso rappresentante: L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 280.

<sup>71</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, a cura di G. Crifò, Napoli, 2002, 54 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 9 ss.; ID., voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Napoli, 1969, 60 s.

<sup>72</sup> Vari sono i corollari, in punto di disciplina, che ne derivano. Più in generale, differente è il moto in cui viene intesa l'interpretazione del contratto in Italia (guardandosi spesso, anche se non sempre, all'accordo unitariamente e non come somma di più dichiarazioni, e in quest'ambito attribuendosi un rilievo particolare all'errore di comunicazione riconosciuto o riconoscibile), così come diversa è la disciplina dell'errore, tanto in punto di rimedi, quanto nella distinzione tra errore motivo e ostativo. Si tratta di temi su cui, però, non ci si può soffermare in questa sede.

<sup>73</sup> In taluni casi eccezionali, a dire il vero, potrebbe darsi anche in Italia una invalidità (nullità o annullabilità) per vizi o carenze della volontà, non riconosciute o non riconoscibili. Si pensi, ad esempio, a quella tesi, che ritiene nullo il contratto là dove chi

Giunti a questo punto dell'indagine, possiamo esaminare come tali dati positivi siano stati sistematizzati dalla giurisprudenza e dalla dottrina successive all'approvazione del codice.

7. *La responsabilità precontrattuale e il suo legame con l'affidamento nella giurisprudenza italiana meno recente*

Giurisprudenza e dottrina hanno escluso, dopo l'approvazione del nuovo codice, che la responsabilità precontrattuale fosse di fonte negoziale. A parte questo, le opinioni sono state del tutto divergenti con riguardo alla ricostruzione complessiva dell'istituto (con inevitabili riflessi sia sulla natura della responsabilità, sia sul novero di doveri ivi rientranti).

Nei primi decenni dopo il 1942 la giurisprudenza ha sposato una ricostruzione molto rigida<sup>74</sup>, ritenendo che la responsabilità precontrattuale potesse sorgere solo nei casi previsti da

---

ha emesso la dichiarazione non voleva in realtà prendere posizione su un assetto di interessi (cfr. V. PIETROBON, *Errori*, cit., 300). In tal caso la controparte, che non avesse riconosciuto, né avesse potuto riconoscere tale mancanza di volere, dovrebbe poter chiedere un risarcimento del danno. Altre ipotesi sono menzionate da F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458 (colui che è minacciato da un terzo non rivela entro un termine ragionevole tale circostanza, benché essa sia cessata durante la fase esecutiva del contratto); C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1749 ss. (responsabilità della p.a. che abbia dato vita a un provvedimento illegittimo favorevole); non rientra in questo novero l'art. 1426 c.c.

<sup>74</sup> In questo sospinta, per vero, anche dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Libro delle Obbligazioni del 1941 e dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, rispettivamente ai nn. 164 e 612. V. anche M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 10 s. e 51 s.; E. PELLECCCHIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, 497 s. V. anche C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 97 ss. e 117.

disposizioni espresse e, in particolare, dagli artt. 1338 e 1398 c.c., ossia nell'ipotesi di affidamento incolpevole nella validità del contratto, non corretto per dolo o per colpa della controparte. Tutt'al più, si è affermato che una responsabilità potesse emergere anche là dove una parte avesse fatto sorgere nell'altra un affidamento ragionevole nella conclusione del contratto, in virtù dello stadio avanzato delle trattative, e poi 'recedesse' dalle stesse senza giustificato motivo.

Così, la *culpa in contrahendo* veniva ridotta a due particolari ipotesi, ciascuna connotata da uno specifico affidamento rilevante che costituiva al contempo elemento della fattispecie e oggetto della tutela: lo stato di fiducia, incolpevole, nella validità del contratto concluso a causa di un'omessa informazione sulla causa di invalidità e quello, legittimo e ragionevole, nel perfezionamento del contratto, cui si collegava la responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative.

Il primo affidamento discendeva dall'avvenuta conclusione del contratto e sarebbe stato regolato dall'art. 1338 c.c.; il secondo sorgeva solo in una fase avanzatissima delle trattative.

Queste convinzioni, a dire il vero, rattrappivano la portata della clausola generale di buona fede rispetto all'ampiezza dei doveri precontrattuali cui essa avrebbe dovuto dare accoglienza. Anziché, infatti, collocare la buona fede precontrattuale in una struttura dogmatica adeguata e ampia, la riducevano – in nome di un certo positivismo strisciante – a due sole ipotesi.

Ma le criticità non stavano solo in questo. In realtà, già in sé e per sé considerate le due ipotesi di responsabilità precontrattuale erano, nella loro ricostruzione, poco persuasive (e lo sarebbero state ancora meno, a fronte di un rinnovamento del metodo giuridico che col tempo avrebbe aumentato i margini interpretativi dell'interprete).

Varrà la pena di indugiare sul punto: individuare le fallacie di questi orientamenti risulta, infatti, molto utile per l'indagine. D'altronde, benché il discorso venga ora svolto al passato (giacché molto mutato è oggi il generale approccio alla responsabilità precontrattuale da parte della giurisprudenza), va sin d'ora precisato come entrambe le ricostruzioni di cui si sta parlando resistano in modo ostinato nelle sentenze delle Corti italiane (e spesso anche negli scritti della dottrina).

Quanto al primo affidamento poc'anzi menzionato, ossia quello tutelato secondo i nostri giudici dall'art. 1338 c.c., è da sottolineare come allo stesso venissero fatte afferire problematiche distantissime da quelle jheringhiane e da quelle sottese al § 122 BGB (a cui l'art. 1338 c.c. in buona parte si ispirava): e ciò avveniva finanche forzando il testo della disposizione. In quegli anni, infatti, pareva preferibile interpretare estensivamente una previsione espressa (come l'art. 1338 c.c.), piuttosto che ricorrere direttamente alla clausola generale di buona fede, quasi che quest'ultima rimandasse a una sensibilità individuale dell'interprete priva di ogni riferimento normativo, e non già a una ricostruzione del sistema comunque dogmaticamente orientata<sup>75</sup>.

In particolare, all'art. 1338 c.c. venivano ricondotte anche le ipotesi di scorrettezze legate all'annullabilità del contratto e, in particolare, ai vizi del volere<sup>76</sup>. Il riferimento non andava però,

---

<sup>75</sup> Cfr. § 9.

<sup>76</sup> Tale capovolgimento delle teorie jheringhiane quanto a errore e risarcimento era già iniziato durante il vigore del vecchio codice, per una ragione semplice: ammessa la validità del contratto in caso di errore scusabile, l'unica responsabilità ipotizzabile era quella di chi aveva indotto l'errore stesso. V. infatti N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*<sup>A</sup>, Milano, 1929, 386. Cfr. pure D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., 178 s., con riguardo al caso di informazioni omesse che determinano la conclusione di un contratto indesiderato o parzialmente indesiderato, ma poi con soluzione al riguardo dubbiosa, salvi i casi di dolo determinante o incidente (*ivi*, 186, l'autore collegava affidamento e responsabilità precontrattuale).

come in astratto sarebbe stato del tutto accettabile, alla scorrettezza consistente nel non aver avvertito la controparte che il contratto che si sarebbe concluso o che veniva contestualmente concluso era invalido (in quanto nullo o in quanto annullabile e poi effettivamente annullato). Come s'è già chiarito, nel sistema italiano in nessun caso di vizio del consenso (o di incapacità) chi annulla il contratto è tenuto a risarcire la controparte (la quale o si poteva accorgere del vizio, o se n'era accorta, o comunque deve subire l'annullamento, come nel caso di violenza del terzo)<sup>77</sup>.

Al contrario, la giurisprudenza riteneva che a risarcire il danno *ex art.* 1338 c.c. fosse il soggetto contro cui veniva chiesto l'annullamento per errore o per dolo o per violenza<sup>78</sup>. Sono i casi, ad esempio, di chi minaccia un soggetto per fargli concludere un contratto; di chi inganna la controparte facendole credere di concludere un contratto diverso; di chi non corregge l'errore altrui che ha riconosciuto<sup>79</sup>.

Senonché, è evidente che le ipotesi di scorrettezza poc'anzi richiamate – oltre a essere del tutto estranee alla teorizzazione di Jhering – potevano, e possono, rientrare nel tenore dell'art. 1338 c.c. solo a forza<sup>80</sup>: nel caso di violenza la scorrettezza di chi minaccia non sta certo nel tenere nascosta la causa di invalidità, né ha ad oggetto l'affidamento nella validità del contratto. Nell'ipotesi di dolo, poi, è sicuramente scorretto ingannare, e non certo non rivelare la successiva annullabilità del contratto (che si atteggia

---

<sup>77</sup> V. P. SIRENA, *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi*, in *L'attuazione della direttiva Mifid*, a cura di L. Frediani e V. Santoro, Milano, 2009, 102.

<sup>78</sup> Si tratta, come preannunciato, di un orientamento che è sopravvissuto all'evoluzione giurisprudenziale, volta ad allargare l'ambito di operatività dell'art. 1337 c.c. Cfr. Cass. 28 maggio 1954, n. 1731, in *Giust. civ.*, 1954, 1269 (seppur in un *obiter dictum*).

<sup>79</sup> Su quest'ultima ipotesi v. però meglio *infra*, nel § 11.

<sup>80</sup> Ricorrendo all'*escamotage* di sostituire al 'dovere di informazione' il 'dovere di non dar causa all'invalidità'. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 175 e 826.

semmai a rimedio). Anche nel caso di errore, a ben vedere, non vi è un soggetto che confida nella validità del contratto: l'affidamento sta, semmai, nel supporre di concludere un diverso contratto.

Ma non è tutto: se si ammette che nelle ipotesi di violenza dolo ed errore possano emergere scorrettezze di controparte, va anche accettata l'idea che esse possano concretarsi pure durante le trattative, e non solo al termine delle stesse. Si tratta di una inevitabile proiezione di queste scorrettezze alla fase delle negoziazioni: anche una trattativa in cui compare un errore riconosciuto e non corretto o addirittura un inganno dev'essere fonte di responsabilità<sup>81</sup> che, quanto meno per coordinamento con le altre ipotesi, va ricostruita come precontrattuale<sup>82</sup>. Ciò è ancora più palese, non appena si pensi alla violenza perpetrata senza addivenire al perfezionamento di un contratto (o anche addivenendovi: il danno derivante dalla trattativa subita sopravvive certamente alla conclusione del contratto).

In questi casi, in breve, non è facile sostenere che si abbia a che fare con un affidamento 'sulla validità di un contratto':

---

<sup>81</sup> F. CARRESI, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 716.

<sup>82</sup> A dire il vero, in un ordinamento come quello tedesco, in cui la *culpa in contrabendo* si è sviluppata in gran parte per aggirare i limiti di cui al § 823 BGB, per un certo tempo i problemi del dolo sono rimasti autonomi rispetto alla responsabilità precontrattuale: proprio per il fatto che essi trovavano sanzione risarcitoria già in base alle norme sull'illecito aquiliano (del resto, il § 122 BGB non richiama il § 123 sull'*arglistige Täuschung*; v. M.J. SCHERMAIER, sub §§ 116-124, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, hrsg. von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, I, *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, Tübingen, 2003, 491 s. – ma v. pure 496 –; W. FLUME, *Allgemeiner Teil*, II<sup>3</sup>, cit., 532). Più di recente, si è compiuta un'attrazione alla *culpa in contrabendo* (pur in concorso con l'illecito extracontrattuale). Tutta la dottrina tedesca è comunque unanime nel ritenere che, nel caso di dolo o violenza, la violazione della buona fede stia nel fatto stesso di aver ingannato o minacciato, e non nell'aver taciuto la causa di invalidità o aver causato la stessa: si realizza, cioè, una piena autonomia tra le fattispecie e, quindi, tra l'impugnazione per dolo e la responsabilità precontrattuale, dandosi anche conto del diverso bene tutelato. Cfr. R. SINGER-B. VON FINCKENSTEIN, sub § 123 BGB, in *Staudingers Kommentar*, Berlin, 2011, 692 s.

l'affidamento è semmai sul fatto di condurre una trattativa relativa a un certo contratto (ed è lesa allorché una parte non rivela all'altra, scorrettamente, che il contratto per cui si sta trattando è differente) oppure genericamente sul fatto di non subire danni (così nel caso di violenza, in cui a esser tutelato non è uno stato di fiducia psichica).

Per queste ragioni, la convinzione per cui le scorrettezze informative collegate a errore, dolo e violenza fossero disciplinate dall'art. 1338 c.c. non era e non è persuasiva: esse, semmai, sono direttamente ospitate nell'art. 1337 c.c. Dal che si traggono alcuni corollari: l'informazione precontrattuale non riguarda sempre l'affidamento nella validità del contratto concluso (o da concludere); essa non si appunta inevitabilmente sull'art. 1338 c.c. (o sull'art. 1398 c.c.); l'art. 1337 c.c. non si riduce, quanto all'informazione precontrattuale, a un mero richiamo dell'art. 1338 c.c.

Non è tutto.

Anche l'altra ipotesi tipizzata di responsabilità precontrattuale – quella da rottura delle trattative giunte al termine – lasciava (e lascia), per com'era costruita, aperti alcuni dubbi. Non era molto convincente, infatti, il collegamento con un affidamento ragionevole nella conclusione del contratto<sup>83</sup>: da un lato, per l'evidente difficoltà di ricostruire un 'affidamento' nella 'conclusione' del contratto che fonda una responsabilità per 'recesso senza giusta causa', quasi che le parti si siano già vincolate a concludere il contratto salvo un giusto motivo di recesso<sup>84</sup>; dall'altro, per la necessità di far rispondere le parti delle trattative anche in caso di trattativa maliziosa: ossia, in un'ipotesi che non può venire descritta richiamando un affidamento ragionevole nella

---

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 11 dicembre 1954, n. 4426, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, 489.

<sup>84</sup> Cfr. F. FERRO-LUZZI, *L'imputazione precontrattuale. Il preliminare, le trattative*, Padova 1999, 84 (il quale declassa poi l'affidamento a semplice parametro risarcitorio).

conclusione del contratto derivante dallo stadio avanzatissimo delle negoziazioni<sup>85</sup>.

Infine, è evidente che ammettendo l'inserimento, tra i doveri prescritti dall'art. 1337 c.c., di obblighi di altro genere, come quelli di custodia o segreto<sup>86</sup>, si sarebbe dovuta superare la ricostruzione tipizzante di cui s'è detto; del resto, in alcun modo tali doveri si sarebbero potuti ricondurre a un vero e proprio affidamento psichico. A dire il vero, la preferenza giurisprudenziale per la

---

<sup>85</sup> Già App. Roma 2 febbraio 1957, in *Mass. Giust. civ. App. Roma*, 1957, 26, la cui massima recita: «sussiste responsabilità precontrattuale quando una delle parti svolga trattative per la conclusione di un affare, avendo di mira maliziosamente non già di definirlo, ma di raggiungere altri scopi con danno dell'altra parte»; in dottrina v. spec. G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002. Un argomento analogo a quello di cui nel testo può farsi valere, richiamando quell'orientamento della Suprema Corte, ben più recente, secondo il quale nelle gare pubbliche l'obbligo di comportarsi secondo buona fede della p.a. verso i concorrenti sussiste già prima dell'aggiudicazione, non potendosi ritenere che costituisca condotta precontrattualmente scorretta solo la lesione dell'affidamento nella conclusione del contratto che sorge dopo l'aggiudicazione stessa (Cass. 3 luglio 2014, n. 15260, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratti pubblici*, n. 369). Di fatto, questa tesi mira a sanzionare l'ente aggiudicatore che faccia nascere un erroneo affidamento nell'utilità della gara per il privato, anche durante le more della stessa (la questione, che vede numerosi precedenti in senso contrario del Consiglio di Stato, pende oggi di fronte all'Adunanza Plenaria: cfr. Cons. Stato 24 novembre 2017, n. 5492, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>86</sup> Più nel dettaglio, v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 84; L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 278 (obblighi di comunicazione, informazione, custodia e conservazione); F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 42 (obblighi di informazione, custodia e segreto); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 77 (obblighi di informazione e di avviso, di custodia, segreto, conservazione, «di non condurre trattative parallele», «di non ritardare eccessivamente la trattativa senza motivo o adducendo ragioni pretestuose», «di non formulare *ex abrupto* proposte palesemente inaddebitabili al fine di indurre ... l'altra parte a recedere»); V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 169 ss. (obblighi di informazione, chiarezza, segreto e custodia); P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano 2006, 497 (obblighi di informazione, segretezza, collaborazione).

qualificazione della responsabilità precontrattuale come aquiliana rendeva poco saliente questo profilo<sup>87</sup>.

8. *Le critiche della dottrina; l'idea di un rapporto precontrattuale derivante dall'affidamento nella lealtà altrui; moderni orientamenti giurisprudenziali*

Mentre la giurisprudenza giungeva agli esiti che si sono indicati, discutibili non solo in sé e per sé, ma anche per l'indebito restringimento della responsabilità precontrattuale che ne derivava, oltre che per l'assenza di qualsiasi struttura dogmatica entro cui collocare i doveri precontrattuali, la dottrina intraprendeva uno studio più approfondito della *culpa in contrahendo*<sup>88</sup>.

Ciò portava la scienza giuridica, in particolare, a spostare l'oggetto dell'affidamento: che diveniva, genericamente, alla 'correttezza' della controparte<sup>89</sup>. In questa prospettiva

---

<sup>87</sup> Cfr. D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, 106 ss.

<sup>88</sup> A dire il vero, taluni autori restavano aderenti alle posizioni giurisprudenziali: cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 165, nt. 4, 168 e 172, secondo cui l'art. 1337 c.c. si sarebbe riferito alle sole scorrettezze fondate sul recesso dalle trattative e l'art. 1338 c.c. a quelle relative alla conclusione invalida del negozio. È ovvio, poi, che ancor oggi chi ritiene aquiliana la natura della responsabilità precontrattuale svaluti molto l'art. 1337 c.c. (cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 481 s.): ma, nel farlo, adotta posizioni molto aperte in tema di responsabilità extracontrattuale e ritiene (pur in vario modo) che l'art. 1337 c.c. detti un criterio per l'allocatione del danno.

<sup>89</sup> Cfr. Salv. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 684, secondo il quale «la buona fede riposa sulla legittimità dell'affidamento in questa osservanza di norme di correttezza». V. anche, con varietà di accenti, V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1269 s.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 125 e 259 s. (collegando la *culpa in contrahendo* alla tutela dell'interesse negativo alla libertà negoziale, ritenuto equivalente al *Vertrauensinteresse*); M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 153; V.

l'affidamento rilevante era, più che a un certo fatto futuro (o anche alla veridicità di un fatto passato o presente), alla generica 'lealtà' della controparte; seppur declinato in vario modo, esso era normalmente inteso in senso atecnico e oggettivo<sup>90</sup>.

In altri termini, la dilatazione della buona fede precontrattuale, e la predisposizione di un concetto di rapporto giuridico precontrattuale, conduceva ad abbandonare la sovrapposizione tra doveri di correttezza e di rispetto di due peculiari e ben definiti affidamenti psichici, per rinvenire nell'affidamento alla lealtà altrui il perno della *culpa in contrahendo*. Così, si passava da un concetto di affidamento psichico, come elemento di una fattispecie e come oggetto di tutela, a un affidamento come nota descrittiva del rapporto precontrattuale, connotato da una peculiare intensità delle regole da rispettare reciprocamente.

Ovviamente, questi risultati hanno assunto forme diverse nelle varie tesi sostenute in dottrina.

Alcuni autori hanno posto l'affidamento al fondo della responsabilità precontrattuale, nel senso che esso fonderebbe lo stesso dovere di buona fede, avente natura contrattuale<sup>91</sup>. Si è così,

---

BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, 2012, 72; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, 125 (e pure EAD., *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *'Liber amicorum' per Francesco D. Busnelli*, I, *Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, 391).

<sup>90</sup> M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 153, nt. 51.

<sup>91</sup> Notissima la ricostruzione di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 279, secondo il quale il rapporto precontrattuale nasce dall'affidamento di un soggetto «nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto». V. poi F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 20 s.; più di recente C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 462, nonché ID., *Vaga 'culpa in contrahendo': invalidità e responsabilità e la ricerca della 'chance' perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 19, e ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 127, nt. 92 (ove si critica l'opinione di B. HEIDERHOFF, *Vertrauen 'versus' Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, in *ZEuP*, 2008, 781, secondo cui la responsabilità per lesione dell'affidamento nasce sempre da una condotta specifica).

in parte, riprodotto quell'itinerario tedesco, per cui il *Vertrauen*, da soggettivo e specifico che era, diveniva oggettivo e generale e, da oggetto di protezione da parte di una disposizione particolare (l'art. 1338 c.c.) qual era, diventava fonte e *ratio* di un rapporto obbligatorio di protezione. L'ultima tappa di questo percorso ha ricostruito la relazione precontrattuale come 'obbligazione senza prestazione'.

A fronte di queste tesi, vi è stato chi ha continuato a far riferimento a un affidamento specifico, ma pur sempre ritenendo che esso, tanto se inteso come affidamento obiettivamente «ragionevole» nella conclusione del contratto, quanto come affidamento «incolpevole» nella validità del contratto, non costituisca che epifenomeno di volta in volta variabile di un rapporto legale di protezione, nel cui ambito le parti hanno un interesse protetto a «conoscere» pienamente una serie di circostanze necessarie per condurre le trattative<sup>92</sup>.

Altri, nel tempo a noi più vicino, ha ritenuto invece che l'affidamento abbia rilievo solo come stato di fiducia soggettiva, proprio di talune ipotesi di responsabilità precontrattuale (in relazione alle quali, comunque, assumerebbe «tinte differenti»). Viceversa, esso non darebbe in generale fondamento alla *culpa in*

---

Più in generale, tra gli autori che variamente ritengono contrattuale la responsabilità precontrattuale, si v. anche G. STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 1954, I, 1108; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, 1968, oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 102; G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 25; C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione*, cit., 1955 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 186 ss. V. pure A. DE CUPIS, *Il danno*<sup>3</sup>, I, cit., 120 s. Vari autori ritengono la disputa poco importante: v. G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, 1112 ss., ma già E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit. 83, e A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 208 s.

<sup>92</sup> G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 67 ss.

*contrabendo*, che discenderebbe semmai dalla «prossimità intenzionale» delle parti della trattativa<sup>93</sup>.

Consideriamo, a questo punto, come la giurisprudenza di legittimità sia stata influenzata da queste tesi.

Tra la fine del Novecento e i primi anni Duemila la Corte di cassazione ha riconosciuto che durante le trattative sorge una molteplicità di doveri di condotta, non riducibili a quelli per così dire tipici, enumerati in precedenza. Ciò è avvenuto, in particolare, nell'ambito di decisioni che hanno mostrato di condividere la tesi dei 'vizi incompleti' del consenso<sup>94</sup>, secondo cui si danno ipotesi di obblighi informativi anche là dove vi sia un contratto concluso validamente e, quindi, non annullabile per errore o per dolo (benché, in dottrina, si sia ritenuto che il plauso giurisprudenziale a questa tesi sia stato più apparente che reale<sup>95</sup>)<sup>96</sup>. Anche al di fuori, però, la giurisprudenza ha ritenuto che l'art. 1337 c.c. fondi il «dovere di trattare in modo leale», «il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa»<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale*, in *Pers. merc.*, 2017, 127 ss. L'autore conclude ritenendo che la situazione giuridica di vantaggio corrispondente all'obbligo di protezione è l'immunità.

<sup>94</sup> V. già PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990, 106; ID., *Il dovere generale di buona fede*, Padova 1969, 73 (in entrambi i luoghi, proprio con riguardo alla distinzione tra norme di validità e di responsabilità; v. pure V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1271, e già un cenno in F. CARRESI, *In tema*, cit., 458). Ampiamente M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit.

<sup>95</sup> G. D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano 2014, 419 ss.

<sup>96</sup> V. Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105, con nota di E. SCODITTI (dalla sentenza provengono le parole subito citate nel testo); Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di E. SCODITTI.

<sup>97</sup> Applica quest'idea all'ambito della rottura delle trattative Cass. 26 aprile 2012, n. 6525, in *Contr.*, 173; in tal senso, come rileva V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 85 s., nt. 3 s., vanno lette già alcune più risalenti decisioni che sanzionavano una condotta sleale perché volta a ritardare la stipula, pur avvenuta, di un contratto, nonché uno sparuto e temporalmente discontinuo gruppo di pronunce

A fronte di queste declamazioni sono residuati taluni dubbi.

Anzitutto, la Cassazione ha continuato anche dopo questo *revirement* a negare la natura contrattuale della responsabilità aquiliana, escludendo che durante le trattative nasca un vero e proprio rapporto giuridico tra le parti<sup>98</sup>. Tale assunto, che ridondava in una visione atomistica della *culpa in contrabendo*, si basava su un certo modo di intendere l'art. 2043 c.c. e il requisito, ivi previsto, di danno ingiusto.

E, difatti, mentre i danni arrecati ai beni preesistenti facenti capo a ciascuna parte delle trattative avrebbero seguito un normale binario aquiliano, quelli derivanti da una mancata o falsa informazione precontrattuale (comprensivi di quelli inerenti all'interruzione delle trattative) richiedevano di rendere risarcibile in via extracontrattuale il danno meramente patrimoniale, di fatto utilizzando il criterio della buona fede quale parametro per supplire

---

più antiche. Sul punto v. le note di I.L. NOCERA, *Responsabilità precontrattuale anche per sola violazione dell'obbligo di lealtà reciproca*, in *Dir. giust.*, 2012, 456 ss., e di F. DELLA NEGRA, *Tutela dell'affidamento e dichiarazioni precontrattuali*, in *Contr.*, 2013, 176 ss.

<sup>98</sup> V. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2012, n. 2926, in *Mass. Giust. civ.*, 2012 (ma, lì, si trattava di applicare le norme europee e dunque un concetto 'autonomo' di responsabilità precontrattuale: cfr. Corte Giust., 17 settembre 2002, in causa C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi s.p.a. c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1159, e art. 12, reg. CE 864/2007; in dottrina C. CASTRONOVO, *Sul significato di 'materia contrattuale' e 'materia di illeciti civili' nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, 517 ss.); Cass. 13 febbraio 2013, n. 3759, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 649, con nota di M.C. PENUTI, Cass. 20 marzo 2012, n. 4382, in *Foro it.*, 2012, I, 1754; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4802, inedita. Di recente T.A.R. Piemonte-Torino 28 luglio 2015, n. 1238. La tesi ha ricevuto il sostegno di parte della dottrina. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, Milano, 2000, 155; V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 179; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 481; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 45; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*<sup>2</sup>, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, 568; A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, 264 ss. (*ivi*, 287, l'autore accosta l'art. 1337 c.c. ad altre previsioni che costituiscono norme di protezione, richiamando anche gli interessi legittimi: *ivi*, 292); F. CARRESI, *Il contratto*, II, cit., 736; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, Torino, 2016, 1210 ss.

alla mancanza di un danno ingiusto e per appuntare la responsabilità sull'illiceità della condotta<sup>99</sup>.

A dire il vero non mancavano, e tuttora non mancano, voci in dottrina che sposano la tesi della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, ritenendo proprio che essa sanziona la lesione arrecata a beni di volta in volta individuati al fine di ritenere integrata anche la fattispecie dell'art. 2043 c.c. L'ampio margine dell'interprete nel rinvenire i beni tutelati in via aquiliana, che queste tesi pur in modo vario ammettono, rende irrilevante il problema del danno meramente patrimoniale. E, così, si pone al centro della *culpa in contrahendo* ora l'interesse alla libertà contrattuale, ora l'affidamento stesso<sup>100</sup>: anzi, i singoli affidamenti, necessariamente puntuali (in determinati fatti) che, in quanto sufficientemente fondati, assurgono a vera e propria situazione giuridica, così apparentemente tornandosi a ricostruire l'affidamento come 'soggettivo' e quale 'oggetto di tutela'<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> V. infatti F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, 190; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 168 ss.

<sup>100</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, IV-3, Milano, 2009, 252, secondo cui va riconosciuta la «rilevanza come situazione giuridica soggettiva dell'affidamento, che ha la sua matrice normativa proprio nella responsabilità precontrattuale».

<sup>101</sup> Apparentemente, giacché la selezione degli affidamenti tutelabili richiede di verificare *quando* ci si possa fidare. Ne deriva che, anche in via aquiliana, l'affidamento ha un ruolo come 'fonte e *ratio*', giacché l'art. 2043 c.c. fornisce solo la cornice, nel cui ambito la vicinanza delle parti della trattativa porta a far operare un criterio di bilanciamento (di allocazione dei danni) diverso da quello che vale tra estranei (precisamente, la buona fede, intesa in senso rigoroso). Ad ogni modo, si sono proposti dei criteri per individuare le condizioni di protezione degli affidamenti: cfr. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 539 ss. (in replica v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 498). Il saggio è oggi anche in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*<sup>3</sup>, Torino, 2013, 321 ss. Al riguardo v. pure E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 248 ss., e EAD., *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2425 ss.

Solo<sup>102</sup> recentissimamente la Cassazione ha cambiato la sua opinione, ammettendo in modo parrebbe «definitivo»<sup>103</sup> la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale<sup>104</sup>, ritenendo che nel suo ambito nasca un rapporto giuridico connotato dalla presenza di obblighi di protezione. Il percorso seguito dalla giurisprudenza è stato – come notato<sup>105</sup> – abbastanza bizzarro, se è vero che essa ha prima ripudiato la natura contrattuale della *culpa in contrabendo*, per poi ammettere l'esistenza di obbligazioni senza prestazione da contatto sociale qualificato al di fuori della responsabilità precontrattuale (che ne fungeva però da archetipo nelle ricostruzioni dottrinali), per poi giungere alla menzionata qualificazione della *culpa in contrabendo*, proprio in virtù del parallelo

---

<sup>102</sup> A. DI MAJO, *Il contatto sociale - la 'culpa in contrabendo' tra contratto e torto*, in *Giur. it.*, 2016, 2565, nt. 1.

<sup>103</sup> L'aggettivo è di C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura 'contrattuale' della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1515.

<sup>104</sup> Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Giur. it.*, 2016, 2565, con nota di A. DI MAJO. La decisione si diffonde in richiami romanistici, forse non del tutto corretti, su cui si v. I. ZAMBOTTO, *La Cassazione sulla natura della responsabilità precontrattuale: 'aliquid novi'?*, in *Dir. civ. cont.*, 2016. In precedenza per la natura contrattuale si era pronunciata Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. it.*, 2012, 2547, con nota di E. FASOLI, e ancor prima Cass. 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, 2662, con nota di M. RENNA-A. SPEZZATI. Su queste due decisioni v. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss. (e non è nemmeno un caso che le due sentenze ricalchino, in buona parte, gli avvertimenti in punto di natura della responsabilità che lo stesso C. SCOGNAMIGLIO, *Lesione*, cit., commentando Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594, in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di A. TRAVI, aveva svolto); C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 1234 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1377 ss. (ove si sottolineava chiaramente la contraddittorietà dell'atteggiamento giurisprudenziale che accoglie la costruzione dell'obbligazione senza prestazione solo per metà).

<sup>105</sup> Da tutta la dottrina: ma v. in particolare A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per 'culpa in contrabendo' secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, 344 ss.

con le (altre) obbligazioni senza prestazione da contatto sociale qualificato.

Ad ogni modo, ammettendo la natura contrattuale della *culpa in contrabendo*, la giurisprudenza italiana ha accettato, in tutti i suoi riflessi, l'idea dell'esistenza di un rapporto giuridico precontrattuale imperniato sull'affidamento oggettivo.

Senonché, sotto un altro versante non si sono chiarite tutte le ragioni di perplessità: le quali, anzi, sono probabilmente aumentate.

In particolare, i giudici continuano tuttora a fare applicazione dei due orientamenti tipizzanti di cui s'è detto nello scorso paragrafo, legando all'art. 1338 c.c. la *culpa in contrabendo* per violenza, inganno e mancata correzione dell'errore (e quindi per scorrettezze corrispondenti a un vizio del consenso)<sup>106</sup> e ritenendo che sia scorretta la condotta di chi 'recede' senza motivo giustificato dalle trattative che hanno fatto nascere un affidamento nella conclusione del contratto<sup>107</sup>. Va anche ammesso, a parziale discolpa della giurisprudenza, che entrambi questi orientamenti sono stati solo sporadicamente criticati in dottrina<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Esplicitamente, sebbene in *obiter dicta*, Cass. 8 luglio 2010, n. 16149, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1065, con nota di M. MATTIONI. V. allora pure Cass. 30 luglio 2004, n. 14539, in *Foro it.*, 2004, I, 3009, con nota di R. PARDOLESI.

<sup>107</sup> Da ultimo Cass. 10 marzo 2016, n. 4718, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 336.

<sup>108</sup> Anzi, essi sono il più delle volte condivisi. Quanto al primo, v. R. SCOGNAMIGLIO, sub *art. 1338 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 221; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., 63; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 129; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 171; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 65; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 91; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 312 e 315 (negli ultimi tre autori il discorso è svolto con particolare riferimento all'errore). In generale sull'art. 1338 c.c. v. già M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 145 ss. Escludono dall'ambito di operatività dell'art. 1338 c.c. i casi di annullamento per errore, violenza e dolo G. PATTI, sub *art. 1338 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, 203, e soprattutto R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, cit., 1572. Tesi più variegate sono sostenute da C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa'*, cit., 8 (d'art.

Tuttavia, una volta ammessa l'immediata precettività dell'art. 1337 c.c. e soprattutto l'ampiezza di obblighi che ne derivano, sarebbe risultato più congruo rivedere entrambe queste opinioni: da un lato, legando le scorrettezze coincidenti con casi di dolo, violenza ed errore non già all'art. 1338 c.c. (in cui rientrano solo a forza), ma direttamente all'art. 1337 c.c.; dall'altro, ammettendo che non sia l'affidamento ragionevole nella conclusione del contratto, nascente a trattative ormai ultimate, a far sorgere una responsabilità, né che si richieda un 'recesso non giustificato', ma piuttosto che vi sia un altro affidamento, per tutta la durata delle trattative, che deve essere tutelato.

Non è difficile accorgersi dove conducano queste critiche: esse rendono improcrastinabile proprio l'approfondimento dell'affidamento precontrattuale, visto non solo nella dimensione oggettiva (fiducia nella lealtà), ma anche soggettiva<sup>109</sup>. Attraverso esso, infatti, appare possibile dare ordine sia agli obblighi informativi, sia agli altri obblighi che popolano la *culpa in contrabendo*.

Né si può obiettare che la frammentarietà e l'asistematicità di tali obblighi, e specialmente di quelli di informazione, sia un connotato tipico della responsabilità precontrattuale, ossia un riflesso inevitabile del fatto che la responsabilità precontrattuale è

---

1337 ... è sufficiente a sancire la responsabilità precontrattuale anche in ipotesi di vizi della volontà che ... non comportano obbligo di comunicazione), e da G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 60 s. (secondo cui l'art. 1338 c.c. è applicabile nel caso di avvenuta conclusione del contratto e viceversa l'art. 1337 c.c.). Soluzione, infine, aperta in P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 485. Con riferimento al secondo orientamento giurisprudenziale di cui al testo, v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 167 ss., mentre, in senso diverso e attribuendo maggiore rilievo alle circostanze concrete che abbiano fatto sorgere un affidamento nella 'prosecuzione' della trattativa, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1091 ss.

<sup>109</sup> Più in generale, sull'importanza di rivedere il concetto di affidamento nella *culpa in contrabendo*, v. A. ZACCARIA, *La natura*, cit., 344 ss.

dominata dalla clausola generale di buona fede: quest'ultima, infatti, tollera – e anzi richiede – una struttura dogmatica entro cui operare, non giustificando invece una decisione lasciata a una vaga sensibilità del giudice, non collocata in una categoria e veicolata da essa.

## SEZIONE II: PROFILI RICOSTRUTTIVI

### *9. L'atto di assenso alla situazione affidante come perno della responsabilità precontrattuale*

L'esposizione che precede lascia intendere la centralità che l'affidamento riveste nella responsabilità precontrattuale: tanto che – come si può già supporre – attorno a esso si coagula tutto questo istituto.

Alla ricostruzione della responsabilità precontrattuale va, però, premessa un'indicazione di metodo, relativa al ruolo da attribuire alla clausola generale di buona fede nella responsabilità precontrattuale<sup>110</sup>. Da tale premessa si trarrà la legittimità, e anzi l'urgenza, di un'operazione che superi i due orientamenti giurisprudenziali più volte citati e ricollochere le disposizioni di legge attinenti al nostro tema entro una categoria adeguata all'approccio sostanzialistico moderno al fenomeno giuridico.

Va, anzitutto, osservato che la buona fede, tanto nell'ambito precontrattuale quanto in quello contrattuale, ha un'origine sociale: in altri termini, essa dà vita già socialmente a regole di condotta (che, nel caso del contratto, si atteggiano a regole di interpretazione

---

<sup>110</sup> Si consenta di rinviare, per una più compiuta esposizione e per le necessarie indicazioni bibliografiche, a A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in corso di pubblicazione.

e di ricostruzione dell'accordo, tramite le quali è possibile trarre il senso complessivo dell'accordo e, di conseguenza, è possibile ricavare l'insieme delle regole di condotta approvate pattiziamente)<sup>111</sup>.

Queste regole sociali, però, non restano tali. E, infatti, in un certo momento storico si può avvertire, già socialmente, la necessità di sanzionare tramite la forza statale una certa condotta<sup>112</sup>. Questa percezione sociale si svilupperà in modo vago e ambiguo: spetterà allora all'ordinamento giuridico scegliere se dare o meno sanzione a questa regola (ove così avvenga, del resto, in parte potrà anche modificarsi la percezione sociale stessa)<sup>113</sup>.

La vaghezza, a dire il vero, non riguarda solo l'*an* della sanzione giuridica, ma anche il *quomodo*: infatti, pure nel suo contenuto la regola sociale risulta ambigua e richiede di essere precisata dall'ordinamento giuridico. E ciò avviene in un duplice senso: in uno più generale e in uno più particolare.

Da un lato, l'ordinamento giuridico individua e fa propri certi principi, che ritiene essere espressione della comunità sociale; così facendo, può mutare trasversalmente tutta la dimensione della buona fede che caratterizza una serie di rapporti. Ad esempio, oggi si ritiene che un principio generale sia la solidarietà tra privati (art.

---

<sup>111</sup> Non è casuale che uno scritto dedicato all'affidamento, come quello di G. VON CRAUSHAAR, *Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, München, 1969, si soffermi sul *Sozialcharakter* del *Vertrauen* (*ivi*, 5 ss. e 11 ss.).

<sup>112</sup> L'esempio più emblematico è dato proprio dalla *culpa in contrahendo* tedesca, recepita a livello dottrinale come diritto consuetudinario. V. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*<sup>6</sup>, Berlin-Heidelberg, 1991, 433.

<sup>113</sup> La buona fede, già nella sua dimensione sociale, si fa in un certo modo giuridica. In altri termini, la recezione non riguarda regole sociali, come potrebbero essere quelle di cortesia, che socialmente si percepiscono come totalmente aliene rispetto alla sfera giuridica: al contrario, attiene a regole che, per quanto sempre in modo vago, sono socialmente sentite come idonee alla giuridicità (là dove con giuridicità s'intende la normatività statale).

2 Cost.), la quale finisce allora per orientare in una certa direzione tutta la buona fede (senza deformarla, beninteso).

Dall'altro lato, le varie regole di buona fede debbono essere individuate in modo chiaro e netto, in relazione a ogni caso concreto (rispetto al quale non può certo restare un alone di ambiguità). Ciò avviene, nel sistema italiano, in due modi: il legislatore, dal canto suo, pone delle disposizioni; la dottrina, invece, crea delle categorie per razionalizzare il fenomeno sociale, abbracciando entro le stesse anche le norme che dalle disposizioni possono ricavarsi.

Queste succinte premesse sulla buona fede chiariscono le operazioni che siamo chiamati, ora, a svolgere: dovremo ricercare le disposizioni entro il cui steccato semantico deve muoversi l'opera ricostruttiva e, al tempo stesso, dovremo cercare di dare una forma giuridica adeguata alla razionalità della dimensione sociale (che è razionale proprio perché sociale).

Con più specifico riferimento al tema della responsabilità precontrattuale, ciò vuol dire che, una volta ammessa l'esistenza di regole di buona fede molto più numerose e ampie di quelle cui dava tradizionalmente applicazione la giurisprudenza, è necessario inserirle in categorie dogmatiche e interpretare le disposizioni, che la buona fede vogliono declinare (si pensi all'art. 1338 c.c.<sup>114</sup>), in modo congruo con la dimensione sociale da cui la buona fede stessa emana.

Esemplifichiamo. Nell'affermare che la buona fede precontrattuale corrisponde a un rapporto giuridico di protezione (comunque lo si voglia configurare dogmaticamente), va anche verificato se dietro a questa formula non vi siano altre categorie idonee a dare forma alla correttezza precontrattuale: e, questo,

---

<sup>114</sup> La cui «posizione sistematica derivata» è sostenuta ad esempio da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 150 s.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 111.

tenendo conto delle disposizioni di legge, ma ammettendo – ove ciò risulti necessario, in virtù di un contesto mutato rispetto alla data di approvazione del codice (soprattutto perché meno formalistico) – che sia possibile allontanarsi dall'interpretazione letterale e anche ridurre teleologicamente la portata delle disposizioni, onde collocarle in una categoria più adeguata al dato sociale.

Il primo riferimento che sovviene, nella ricostruzione che ci accingiamo a compiere, è ovviamente rappresentato dall'art. 1337 c.c. e dal dovere di rispettare la buona fede nel corso delle trattative.

Come si è visto, l'esito cui varie dottrine tendono a giungere è di ammettere l'esistenza di un rapporto giuridico precontrattuale tra le parti della trattativa, connotato dall'affidamento nella lealtà altrui.

Quest'intuizione ha un profilo di verità. Nelle trattative, per forza di cose, si crea una relazione tra due o più parti. E ogni relazione, già socialmente, è connotata da regole: basti pensare agli esempi più elementari, come quello di due amici che decidono quando incontrarsi per uscire a cena insieme.

La relazione precontrattuale si connota, proprio in virtù del suo collegamento con un futuro contratto, per essere 'd'affari'. Per tale ragione, le regole che la dominano non sono quelle dell'amicizia o della cortesia, ma sono regole che vengono percepite come giuridiche (che richiedono sanzione giuridica e che, una volta sanzionate dall'ordinamento, assorbono sul piano sociale il carattere di giuridicità)<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> A dire il vero, vi possono essere anche regole di sola cortesia. Si tratta di un intreccio che, comunque, non si presenta nelle trattative cui di regola si rivolge l'attenzione degli interpreti, per cui è bene non appesantire qui la trattazione. Si consenta di rinviare, su questo profilo, a A.M. GAROFALO, *Il problema del contatto sociale*, in corso di pubblicazione.

È per questo, a ben vedere, che si può ammettere la tutela giuridica di affidamenti soggettivi puntuali: proprio perché esistono delle regole in base alle quali può nascere uno stato di fiducia, la cui veridicità è in larga parte garantita da chi quello stato di fiducia ha creato.

Una relazione connotata dalla buona fede, e anzi da una buona fede che si proietta sulla giuridicità, può dirsi tale da creare un affidamento oggettivo nella lealtà altrui. Sul punto vanno però evitati gli equivoci: non è certo l'affidamento a creare il dovere di essere leali, ma è semmai la situazione di fatto che socialmente, e poi anche giuridicamente, fonda regole di correttezza (nel senso che corrisponde a una situazione astratta, che sul piano della coscienza collettiva è indicata come produttiva di tali regole).

Se generalmente si parla di affidamento, a ben vedere, non è certo perché vi sia la necessità di far riferimento a uno stato psichico<sup>116</sup>: semplicemente, si vuole differenziare questa situazione dal generale stato, per così dire, di calma aquiliana (in cui un soggetto può contare sul fatto che nessuno gli arrechi danno, ma senza che vi sia alcuna relazione attuale) e dall'ipotesi di vera e propria pretesa (in cui un soggetto può esigere che la controparte tenga una condotta: in altri termini, non v'è un semplice affidamento, ma proprio, e per l'appunto, una pretesa).

Senonché, se l'analisi si fermasse a questo stadio, ossia all'individuazione di tale affidamento oggettivo nella lealtà altrui, essa risulterebbe in parte carente.

L'idea, che troviamo ripetutamente nella storia della responsabilità precontrattuale, di un affidamento soggettivo, psichico (o per lo meno 'normalmente psichico'), ha infatti anch'essa un suo rilievo. Se si torna con la mente alle teorizzazioni

---

<sup>116</sup> Tant'è vero che A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 262, parla di «aspettativa che ha per oggetto esclusivamente la buona fede oggettiva della controparte in occasione di quel determinato contatto sociale».

tedesche di Ballerstedt e Canaris lo si comprende facilmente: nella *culpa in contrahendo* è centrale la concessione di un affidamento soggettivo da parte di un soggetto, a fronte della creazione di una situazione affidante da parte dell'altro soggetto (a dire il vero, di norma ciò accade secondo reciprocità).

Volendo adattare queste tesi all'esperienza giuridica italiana, si deve porre in luce come, in ogni trattativa, le parti del futuro contratto (a queste, infatti, si limiterà il riferimento nell'attuale sede) allorché entrano in relazione si fidano inevitabilmente del fatto che la controparte stia conducendo, o sia disposta a condurre, una trattativa.

Ciò vale, a ben vedere, anche nell'ipotesi di semplice *Anbahnung*, ove la si voglia ritenere coperta dal rapporto giuridico precontrattuale pure in Italia (e v., del resto, l'art. 1718, comma 4, c.c.)<sup>117</sup>: in tal caso la parte che entra in contatto si fiderà del fatto che l'altro soggetto, per essersi 'aperto al traffico', sia disposto a condurre una trattativa o comunque a perfezionare a certe condizioni un contratto<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Si pensi a questo esempio. Tizio cammina per strada accanto allo sconosciuto Caio. Non si può ritenere che Tizio si fidi del fatto che Caio non inciamberà colposamente facendo rovinare a terra anche lui: attribuire a Tizio un tale stato psichico sarebbe fittizio. Ma se Tizio, nella sua passeggiata, vede l'insegna 'supermercato' ed entra nel locale, si può ritenere (secondo normalità) che egli si fidi dell'informazione ottenuta, ossia che sta entrando in un locale ove potrà fare degli acquisti (ha compiuto una scelta sulla base di questo stato psichico); viceversa, non si potrà ritenere che si fidi del fatto che nel supermercato non verrà leso nei suoi beni, perché anche questo stato psichico sarebbe fittizio.

<sup>118</sup> Richiamando il caso di cui all'art. 1718, comma 4, c.c., si direbbe che chi invia beni a un potenziale mandatario (che esercita tale attività in modo professionale) si fida, anzitutto, del fatto che costui eserciti tale attività in modo professionale e sia disposto a concludere un qualche contratto. E, infatti, il potenziale mandatario, che esercita tale attività professionalmente, crea una situazione affidante: per quanto l'affidamento che ne nasce sia debolissimo, giacché il mandatario stesso non porrà in essere una condotta scorretta ove rifiuti per una qualsiasi ragione l'incarico stesso. Ma, da un lato, l'affidamento soggettivo vi è comunque; dall'altro, esso nasce nell'ambito, a voler usare

Non si creda, però, che tale affidamento sia per forza di cose tutelato (esso infatti potrebbe non corrispondere al reale, senza che ciò comporti responsabilità alcuna della controparte) o che abbia ad oggetto un fatto futuro o uno passato: esso riguarda il fatto (presente) che la controparte sia (attualmente) disposta a concludere un certo contratto o stia (attualmente) conducendo una trattativa.

Del resto, la dottrina insegna che l'affidamento soggettivo, in quanto tale, non può che attenersi a un fatto presente<sup>119</sup>. Per di più, si deve riconoscere che l'affidamento soggettivo perdura per tutta la trattativa, specificandosi via via più compiutamente.

Prendiamo, come esempio, una trattativa relativa all'acquisto di un certo bene. L'affidamento soggettivo sarà, inizialmente, inerente al fatto che controparte stia trattando per concludere un determinato contratto, molto vagamente individuato, con una certa (minima) propensione. Entrambe queste specificazioni sono necessarie: sia quella relativa all'oggetto su cui si tratta, sia quella afferente al grado di propensione della controparte al contratto (propensione che è ben diversa dalla 'probabilità' che questo venga concluso). Col tempo, tale contratto si specificherà e la propensione della controparte aumenterà (ovviamente potranno

---

le parole di L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 279, di una «relazione d'affari». Non confuta quest'idea l'opinione di E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, cit., 239, secondo la quale «la responsabilità precontrattuale presuppone la lesione di un affidamento, che di regola rileva in una fase successiva rispetto all'avvio delle trattative». Il fatto è che la responsabilità, in quanto legata a una scorrettezza giuridicamente rilevante (e non a «qualunque scorrettezza»), richiede che l'affidamento (soggettivo) non sia veridico: il che solitamente non avviene all'inizio delle trattative, giacché in tale momento l'affidamento (soggettivo) è di regola molto vago e ha ad oggetto una propensione minima di controparte a concludere il contratto (cfr. § 10).

<sup>119</sup> V. PIETROBON, *Errore*, cit., 175 ss.; ID., voce *Affidamento*, cit., 1; R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 353 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 64. Sull'apparenza, v. A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 685 ss.

esservi battute d'arresto o addirittura le parti potranno tornare sui loro passi).

L'affidamento soggettivo di cui si parla sorge, inevitabilmente, in virtù di una situazione obiettiva che un soggetto crea: di una situazione affidante cui corrisponde (proprio come scritto da Ballerstedt e da Canaris) un affidamento soggettivo. Quest'ultimo, poi, sarà il più delle volte veridico: ma potrebbe anche non esserlo, ad esempio perché le parti stanno trattando su un contratto diverso da quello che un soggetto crede o perché la controparte è meno o per nulla propensa a concludere il contratto.

Non sempre la non veridicità dell'affidamento comporta responsabilità di chi ha creato la situazione affidante<sup>120</sup>. Nondimeno, ogni responsabilità precontrattuale che assuma i tratti di una *Vertrauenshaftung* (e quindi sempre, se non connessa all'esposizione dei propri beni preesistenti a rischi), si collega alla non veridicità di questo affidamento.

E, infatti, tutte le scorrettezze legate all'informazione precontrattuale (comprenditive di quelle per trattativa maliziosa e interrotta) attengono a questo affidamento: per la precisione, tutte tali scorrettezze si possono ricondurre alla condotta di una parte della trattativa che, pur avendo cagionato un affidamento che sapeva, o che doveva sapere, essere non veridico, non l'ha corretto.

La scorrettezza per lesione dell'affidamento precontrattuale, cioè, deriva sempre e per forza di cose dall'aver cagionato tale affidamento (anche per non aver tempestivamente corretto quello erroneo). Essa si compie di momento in momento, attimo dopo

---

<sup>120</sup> Un diverso modo di pensare porterebbe a supporre che l'affidamento è ragionevole quando è tutelato, dal che deriverebbe l'impossibilità di rinvenire un affidamento nelle ipotesi di errore colposo, per lo meno se non riconosciuto (un approccio di questo tipo è condiviso, pur distinguendo tra gradi di colpa, da P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 764 ss.).

attimo, in virtù del fatto che sussiste un tale affidamento non veridico, posto in essere o mantenuto in essere slealmente.

A questo punto dell'indagine, e prima di procedere oltre nel comprendere il collegamento tra l'affidamento soggettivo di cui si parla e quello oggettivo di cui già s'era detto, converrà fermarsi e meglio descrivere proprio tale affidamento soggettivo, così chiarendo anche i vari dubbi che potranno essere sorti. Il tema che si apre è sconfinato: per cui si potranno solo tratteggiarne i lineamenti essenziali.

In conclusione di questo inquadramento generale, va sottolineato come, parlandosi di affidamento soggettivo, si intenda il più delle volte, ma non sempre e necessariamente, quello psichico. Per meglio dire, l'affidamento soggettivo corrisponde a quello psichico solo secondo un criterio di normalità (esattamente come la volontà contrattuale rilevante corrisponde a quella interiore solo secondo un criterio di normalità): il che, da un lato, consente di utilizzare un concetto *normativo* di affidamento soggettivo, dall'altro permette di ritenere che quest'ultimo non si riduca a una *factio*. L'affidamento soggettivo non sarà per forza di cose, come vedremo, quello effettivo, e anzi talvolta quello effettivo prevarrà su quello esteriorizzato (e ragionevole).

#### 10. *L'affidamento soggettivo e le scorrettezze: a) l'errore sulla propensione altrui a concludere il contratto*

Le ipotesi relativamente più semplici sono quelle di errore sulla propensione altrui a concludere il contratto<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Si tratta delle ipotesi di trattativa maliziosa o colposamente condotta e di interruzione ingiustificata delle trattative, di cui già si è parzialmente detto: così come s'è detto che l'idea ricorreva già in G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali*, cit., 299 ss. (in Francia lo studio del consigliere Faggella era ripreso da R. SALEILLES, *De la responsabilité*

Non si può parlare, a tal riguardo, di ‘probabilità’ di concludere un contratto<sup>122</sup>. Quel che un soggetto rivela alla sua

---

*précontractuelle. A propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, 697 ss., il quale, spec. 735 ss., evidenziava come la teoria in esame si lasciasse criticare solo, dal punto di vista pratico, per l'indeterminatezza della nozione di «recesso arbitrario»; notevole, ai nostri fini, è anche l'accostamento alla *théorie de l'abus de droit*). V. poi F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 51 ss. (con tesi molto restrittiva, per cui responsabilità vi sarebbe solo nella trattativa già *ex ante* programmata come inutile); L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 250 s. (molto ampiamente); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 167 ss. (secondo cui vi è un «limite delle trattative oltre il quale il contraente può confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto»); V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 173 s. (secondo cui la rottura è illecita «dopo che si sia consolidato il giustificato affidamento di controparte nella conclusione del contratto», e ove non vi sia «giusta causa»); R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 236 ss. (che richiamano le tesi giurisprudenziali); M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., 27 ss. (per cui si combinano, nella fattispecie, «assenza di una giusta causa o di un apprezzabile motivo» e «ragionevole affidamento»); G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 69 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, 20 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 486 ss.; G. PATTI, sub art. 1337 c.c., cit., 53 ss. Di recente G. AFFERNI, *Il 'quantum' del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 27 ss., nonché ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 470 ss., ha sostenuto che «dalla responsabilità precontrattuale da 'atto illecito'», che l'autore ricollega alla trattativa maliziosa (o a quella condotta colposamente), «[debba] essere distinta invece la responsabilità da recesso ingiustificato dalla trattativa. Questo diverso tipo di responsabilità sarebbe una responsabilità da atto lecito dannoso (o da affidamento)».

<sup>122</sup> Parla di probabilità, a dire il vero, D. CARUSO, *La 'culpa in contrahendo'. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 88 ss., ma in un senso vicino a quello di cui al testo (v. anche G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 253 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 79). Il tema è stato ampiamente studiato da autori di origine statunitense, dediti all'analisi economica del diritto, il più delle volte indagando il *promissory estoppel* e l'*efficient reliance*, ossia quell'affidamento efficiente, la cui lesione va – per ottenere un'allocazione efficiente – addebitata alla controparte (anche indipendentemente dalla sua colpa, e solo per stimolare la negoziazione, evitando al contempo il rischio di *overreliance*). Cfr. in particolare E.A. POSNER, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, in 112 *Yale L. J.*, 2003, 851 s.; da un punto di vista molto generale, riferito alla *enforceability* di tutte le promesse, J. GOETZ-R.E. SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 *Yale L. J.*, 1980, spec. 1274 ss.; E. CRASWELL, *Offer, Acceptance, and Efficient Reliance*, in 48 *Stanford L. Review*, 1996, 481 ss. (ove la

controparte non riguarda, infatti, la possibilità futura di concludere un contratto, ma la sua propensione a concluderlo. Altrimenti, sarebbe facile evitare ogni responsabilità: finché la trattativa non avesse permesso di ritenere certa la conclusione del contratto, residuerebbe una totale immunità da responsabilità (basterebbe che la parte che interrompe la trattativa affermasse: «non ho mai detto che era sicura la conclusione del contratto»).

---

questione è quella del rapporto tra regole di formazione del contratto e tutela dell'affidamento precontrattuale nella conclusione dello stesso, e l'indagine porta a rinvenire un atteggiamento della giurisprudenza statunitense volto a preferire, entro certi limiti, quest'ultima al rispetto delle prime); ID., *Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem*, in 17 *J. Legal Stud.*, 1988, 401 ss. (sempre dal punto di vista dell'erronea fiducia sulle possibilità di controparte di adempiere); ID., *Performance, Reliance and One-Sided Information*, 18 *J. Legal Stud.*, 1989, 365 ss., ove si dedica specifica attenzione al problema delle asimmetrie informative di cui può essere vittima o comunque degli errori in cui può cadere colui che presta affidamento su una promessa altrui (supponendo che le probabilità della *performance* siano più alte di quanto in realtà non risultino essere); J. SCOTT JOHNSTON, *Communication and Courtship: Cheap Talk Economics and the Law of Contract Formation*, in 85 *Va. L. Review*, 1999, 386 ss., che si sofferma sull'informazione che costituisce un *cheap talk* e sull'intreccio tra carenza di informazione, in particolare sulla probabilità dell'affare, e responsabilità legale, fondando la responsabilità precontrattuale sull'inizio dell'esecuzione della prestazione a carico di una delle parti; sulla connessione tra questi profili e sull'estensione del «model of reliance» a «promissory estoppel» e a «precontractual liability» ID., *Investment, Information and Promissory Liability*, in 152 *Penn. L. Review*, 2004, 1923 ss., ove si sostiene che, se nelle prime fasi delle trattative di norma il *cheap talk* è *informative*, e dunque è corretto che resti tale (*cheap*, quindi non collegato ad alcuna forma di responsabilità), così non è di regola nei *late stages* delle negoziazioni (lo scritto, oltre a riprendere le tesi già esposte, si propone – spec. 1938 – di confutare l'opinione espressa da O. BEN SHAHAR, *Contracts without Consent. Exploring a New Basis for Contractual Liability*, in 152 *Penn. L. Review*, 2004, 1829 ss.); O. BEN SHAHAR-L.A. BEBCHUK, *Precontractual Reliance*, 30 *J. Legal Stud.*, 2001, spec. 449 ss. per ricadute più strettamente giuridiche (gli autori sono favorevoli a una responsabilità precontrattuale che definiscono intermedia, ossia né inesistente, né troppo stretta); A. SCHWARTZ-R.E. SCOTT, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, in 120 *Harvard L. Review*, 2007, 662 ss., ossia quella per cui la responsabilità precontrattuale dovrebbe sorgere allorché vi è un accordo preliminare e una promessa, reciproca, di compiere su tale base investimenti precontrattuali simultanei.

Il grado di propensione riguarda, invece, le ragioni per cui la trattativa potrebbe interrompersi e il contratto non concludersi. All'inizio di una negoziazione, esse sono le più varie, potendo anche risultare arbitrarie o comunque molto soggettive (e, soprattutto, non dovendo essere rivelate). Più la trattativa si fa seria e procede, più di norma un soggetto mostra maggiore propensione e, soprattutto, mostra di non volerla abbandonare per ragioni che ormai si danno come superate.

A questo punto, una interruzione della trattativa potrà, alternativamente, risultare conforme all'affidamento preesistente, oppure contraddirlo.

Si avrà conformità all'affidamento preesistente in ogni ipotesi in cui l'interruzione o la mancata conclusione derivi da ragioni che non si fossero già escluse. Non ha senso, qui, parlare di dolo o di colpa, e nemmeno può richiamarsi il concetto di motivo legittimo di recesso: semplicemente, si dovrà verificare se, a partire da un certo momento, una parte poteva legittimamente ritenere che l'altra non avrebbe interrotto la trattativa o escluso la conclusione del contratto per una certa ragione.

Ove così sia, si ricadrà nel secondo caso. Quella che si denomina trattativa maliziosa e quello che in giurisprudenza va sotto il nome di recesso da una trattativa (allorché si sia creato un 'affidamento ragionevole' nella conclusione del contratto) non sono altro che epifenomeni di una realtà più complessa e ampia, sempre però riconducibile allo stesso schema di base: un soggetto crea un affidamento che non è veridico. A sua volta, la non veridicità può accertarsi solo *ex post*: ad esempio, allorché un soggetto scopre la malizia e per questa ragione recede dalla trattativa, addebitandone i costi a controparte, oppure allorché la controparte stessa interrompa la negoziazione o non concluda il contratto, adducendo una ragione che appare ormai necessariamente superata o comunque preclusa.

In quest'ultima ipotesi la non veridicità si concreta, in un certo senso, retroattivamente: essa retroagisce sino al momento in cui era divenuta non più attuale una certa ragione di interruzione delle trattative o di non conclusione del contratto.

Fulcro della responsabilità è, dunque, la contraddittorietà del comportamento di chi dice e poi non fa: contraddittorietà che, però, non rileva in forma per così dire positiva, rendendo inefficace o fonte di responsabilità 'in positivo' il comportamento posteriore (imponendo di risarcire il danno per non aver tenuto una condotta conforme all'affidamento soggettivo altrui), ma in forma negativa, obbligando a risarcire il danno per aver fatto nascere lo stesso affidamento soggettivo.

Ci si avvede, sin d'ora, come le regole di correttezza relative all'affidamento non diano luogo a un 'obbligo di condotta' inteso in senso positivo. Piuttosto, anche nel caso di cui s'è testé detto, la buona fede sanziona il fatto stesso che si sia compiuta una condotta difforme da un modello e che la si reiteri momento dopo momento: in questo caso, che si sia fatto sorgere un certo affidamento e che non lo si sia corretto successivamente<sup>123</sup>.

Ogni analisi relativa a dolo o colpa è, dunque, preclusa, per il fatto stesso che è già compiuta a monte, in sede di individuazione della condotta scorretta. La responsabilità deriva semplicemente dalla difformità della condotta concreta rispetto a quella astratta conforme a buona fede.

---

<sup>123</sup> È interessante l'accostamento con la *Verwirkung* (v. S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722 ss.; F. FESTI, *Il divieto di 'venire contro il fatto proprio'*, Milano, 2007, 133 ss.; F. RANIERI, *Rinuncia tacita e 'Verwirkung'. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971), in cui lo stesso affidamento riceve tutela reale e positiva: ossia, la prima condotta rende non più efficace o comunque vietata la seconda. Nel nostro caso, la seconda condotta (meglio: quella posteriore) rende scorretta la prima (meglio: tutte quelle poste in essere momento dopo momento, retroagendo sino al primo momento in cui appare la contraddittorietà e, quindi, la non veridicità dell'affidamento).

E, già da ora, si può notare come a questo modello di responsabilità sembri adattabile, più che l'art. 2043 c.c., l'art. 1218 c.c., potendosi ritenere che ogni violazione (perpetrata in ogni singolo istante) delle regole di buona fede (per loro natura sempre cangianti a seconda della situazione) imponga di risarcire un certo danno. La violazione della buona fede, in questo modello, corrisponde all'impossibilità di adempiere; giacché la violazione si concreta in ogni istante, essa crea di continuo un'impossibilità di adempiere.

Per andare esenti da responsabilità bisognerà dimostrare che si è tenuta la condotta sleale per una causa non imputabile. Sul punto v'è da evitare una possibile confusione: la non imputabilità non attiene – nemmeno questa – al dolo o alla colpa, che rientrano già nella fattispecie della regola di buona fede. Nell'ambito dei problemi relativi all'affidamento non veridico la non imputabilità attiene soltanto al caso fortuito o alla forza maggiore che hanno condotto a creare una situazione affidante non veridica: ad esempio, il fatto che un soggetto sia stato obbligato con una minaccia irresistibile da un terzo a creare un affidamento<sup>124</sup>. Si tratta, ovviamente, di ipotesi abbastanza irreali.

Quanto alla parte che subisce l'interruzione di una trattativa o la non conclusione del contratto, essa dovrà provare in giudizio la situazione di fatto in cui si trovava: ossia, tanto l'oggetto del suo affidamento, quanto la sua non veridicità. Né il fatto che si tratti – come s'è accennato – di responsabilità analoga a quella contrattuale può condurre a una mitigazione dell'onere probatorio: non si tratta,

---

<sup>124</sup> Sul punto cfr. anche L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 271, che però a proposito dell'obbligo di informazione include, oltre al «sequestro di persona», la «malattia» e l'«ignoranza (scusabile) dell'indirizzo dell'altra parte». Stando alla tesi sostenuta nel testo, una condotta inizialmente scorretta, per mancata informazione, si avrebbe ad esempio allorché un soggetto erra sull'intensità della trattativa e l'altro, accorgendosene, non corregge l'errore. Chi adduce tali circostanze deve anche dimostrare che, in mancanza delle stesse, avrebbe fornito l'informazione alla controparte.

qui, di valutare l'inadempimento di un soggetto a un obbligo di prestazione.

L'affidamento sarà provato dimostrando la situazione affidante: che, a sua volta, potrà assumere almeno due forme diverse. Potrà essere stata la controparte a creare la situazione di fatto su cui esso si è basato per nascere. Potrà, però, essere stata anche la parte danneggiata a cadere in un equivoco: in questo caso potrà esservi una situazione affidante allorché il danneggiante si accorga dell'errore e, entro un termine congruo, non lo corregga. Altrimenti, l'affidamento tutelato sarà pari a quello ragionevole oppure, se ciò fosse più favorevole per controparte, a quello effettivo.

La non veridicità dell'affidamento sarà invece provata dimostrando la realtà della situazione effettiva, ossia il fatto che la controparte conducesse maliziosamente la trattativa oppure l'abbia interrotta o non abbia concluso il contratto per una ragione non più adducibile senza ledere l'affidamento; in tale ipotesi la propensione altrui a concludere il contratto, supposta da un soggetto, è differente in un certo intervallo di tempo da quella reale. A sua volta, in taluni casi l'illegittimità del 'motivo di recesso' costituirà oggetto della prova del danneggiato; in altri casi del danneggiante. La differenza deriva da questo: là dove la buona fede consente di interrompere la trattativa per ragioni del tutto soggettive, sarà la controparte a dover provare a cosa, in realtà, le motivazioni reali attenevano; ove, invece, la propensione al contratto risulti maggiore, si presumerà la contraddittorietà del comportamento altrui, salva prova contraria.

Con riguardo, poi, al danno di cui si potrà chiedere il risarcimento, esso attiene anzitutto alle spese occorse e alle occasioni perse durante quel segmento di trattativa inutile.

Non saranno però certamente risarcibili i danni non legati da un nesso di causalità adeguata (artt. 1223 e 1225 c.c., quest'ultimo

da applicare tenendo conto che il dolo risulta dalla consapevolezza di controparte di creare un affidamento non veritiero). Ad esempio, perdere un'occasione contrattuale sicura per continuare una trattativa molto incerta costituisce un danno non (interamente) risarcibile (mentre se l'altra occasione non fosse sicura, si dovrebbe probabilmente risarcire secondo la tecnica della *chance*).

Infine, là dove la propensione di controparte non è pari a quella creduta, ma non è nemmeno così differente (perché, ad esempio, non è stato considerato un motivo che rende meno probabile la conclusione del contratto, ma che non la impedisce radicalmente), sarà probabilmente permesso alla parte che se ne avveda di uscire liberamente dalla trattativa, senza però poter pretendere alcun risarcimento del danno.

Si potrebbe, a questo punto, opporre che la ricostruzione proposta per l'affidamento soggettivo ha il sapore della *fictio*, giacché non per forza di cose le parti della trattativa sanno se una certa ragione di interruzione della trattativa è legittima o meno. A ciò, però, basterebbe replicare che il concetto di affidamento soggettivo, pur plasmato su quello psichico, è di stampo normativo.

11. *b) l'errore sull'oggetto, in senso lato, della trattativa e del contratto:*  
*I) errore sulla validità*

È soprattutto in un ambito dell'affidamento diverso da quello che s'è ora analizzato che lo sforzo interpretativo, volto a coniugare le disposizioni di legge e la socialità entro una struttura dogmatica, appare maggiore (e però anche più proficuo): per la precisione, là dove si colleghi l'oggetto dell'affidamento al contratto per cui una parte suppone di condurre la trattativa o che una parte crede di concludere.

In questi casi va tenuto conto, nell'opera ricostruttiva, non solo delle disposizioni più strettamente attinenti alla responsabilità precontrattuale (art. 1338 c.c.), ma anche della disciplina dei vizi del consenso e di quella dei singoli tipi contrattuali (oltre che, a ben vedere, delle previsioni che regolano l'interpretazione contrattuale). Si nota spesso, a tal riguardo, che l'attuale disciplina dei vizi del consenso non è in alcun modo adeguata alle esigenze dell'attualità<sup>125</sup>. Per questa, come per altre ragioni (tra cui quella già indicata relativa alla corretta ermeneusi dell'art. 1338 c.c.), pare oggi necessaria una profonda revisione esegetica delle disposizioni che regolano l'affidamento sulla validità del contratto e i vizi del consenso.

Ciò deve avvenire seguendo le indicazioni di metodo già indicate, ma che varrà la pena di specificare con più stretta attinenza alla materia che verrà ora indagata.

In un certo senso, potremmo dire che gli interpreti moderni, ammettendo una minore soggezione alla (lettera della) legge pur nel rispetto della categoria<sup>126</sup>, hanno compiuto lo stesso progresso della teoria della relatività einsteiniana. A basse velocità (per il

---

<sup>125</sup> A.M. MUSY, *Informazioni e responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 618, e, più di recente, F.P. PATTI, 'Fraud' and 'Misleading Commercial Practices': *Modernising the Law of Defects in Consent*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2016, 310 s.

<sup>126</sup> In via sempre maggiore. Si pensi ad esempio al sistema mobile di W. WILBURG, *Il sistema mobile del diritto civile*, trad. it., in *Rass. dir. civ.*, 1997, 941 ss., o all'ammissione, entro peculiari limiti, dell'interpretazione orientata alle conseguenze di L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 102 s. Oggi si v. almeno N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim.*, 2016, 1153 ss. (ma anche, dal punto di vista tecnico, v. a proposito delle lacune assiologiche R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revs*, 14, 2010, 57 ss.). Non si può negare, poi, che vi sia il pericolo che nel far uso di questa libertà si tracimi, come là dove si perda il riferimento alle categorie e si decida in base ai principi (ossia inventando la norma di volta in volta in base a una vaga e incontrollabile, oltre che incomunicabile, sensibilità, che non permette di essere inquadrata in giochi di convergenze e divergenze). V. C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 765 ss.

giurista: nei casi più semplici) vale certamente la teoria newtoniana (per il giurista: la disposizione appare coincidere con la norma); là dove, invece le velocità aumentino (nella nostra metafora: ove si scoli la disposizione di legge dal diritto che sorge dal fatto e dalle categorie forgiate per formalizzarlo) risulta evidente la necessità di ricorrere a strumenti più sofisticati (assieme ermeneutici e dogmatici, per l'interprete giuridico).

Là dove si consideri l'ambito dell'art. 1338 c.c. e dei vizi del consenso, appare evidente come gli interpreti abbiano, nel corso dei decenni, cercato di ampliare il più possibile le relative disposizioni (così per l'art. 1338 c.c., come già detto, ma anche per l'errore e soprattutto per il dolo, di cui si è via via ammessa una versione omissiva e poi finanche colposa). Oggi, però, si è superato il punto di rottura: da un lato, questi ampliamenti comunque non riescono a tenere conto di tutte le esigenze sociali; dall'altro, essi consegnano un sistema fortemente disarmonico. Basti pensare all'accavallamento tra errore e dolo, che oggi gran parte della dottrina sottolinea<sup>127</sup>.

Per questo motivo è, probabilmente, preferibile ricorrere a una interpretazione restrittiva delle discipline positive citate, lasciando poi spazio all'analogia e alla clausola generale di buona fede (la cui distanza appare oggi, del resto, assottigliarsi). In tal modo, l'interprete può salvare il nocciolo forte delle disposizioni di legge, inserendolo però in un sistema più aggiornato e al tempo stesso più armonioso.

Non v'è chi non veda come tale esito confermi la bontà della tesi già sostenuta a proposito dell'art. 1338 c.c.: è più opportuno ritenere che questa disposizione si riferisca soltanto al caso di patologie che affliggono in sé il contratto (nullità), e non anche a

---

<sup>127</sup> V. per tutti R. SACCO, *Considerazioni conclusive*, in *La vendita 'porta a porta' di valori mobiliari*, a cura di M. Bessone e F.D. Busnelli, Milano, 1992, 181.

quelle che in realtà costituiscono rimedi per l'affidamento falso di una parte (che credeva di concludere un differente contratto: annullabilità). La riduzione in via interpretativa della disposizione risulta in linea con il diritto che promana dal fatto: d'altro canto, non v'è necessità di estendere oltremodo l'ambito di operatività dell'art. 1338 c.c., allorché si può far riferimento, in modo più lineare e semplice (oltre che adeguato), all'art. 1337 c.c. Né l'applicazione della clausola generale rende vaghi e incerti i risultati di quest'operazione ermeneutica: infatti, a dare razionalità e certezza al sistema non è tanto (o comunque soltanto) la disposizione di legge, quanto la categoria dogmatica.

Su questa base, passiamo a considerare l'affidamento soggettivo dal punto di vista dell'oggetto, ossia del contratto su cui una parte crede di stare trattando o che crede di concludere. Ovviamente non è possibile qui considerare tutti gli aspetti attinenti: per cui si proverà a fornire un modello valevole in linea di massima, da specificare nel concreto.

Iniziamo proprio dal considerare l'art. 1338 c.c., limitando però l'indagine – per ovvie ragioni di spazio – al solo caso del contratto nullo, e così tralasciando i più complessi problemi posti dal contratto inefficace o inesistente (che, comunque, si risolvono secondo direttrici analoghe<sup>128</sup>).

Stando alla lettera dell'art. 1338 c.c., è scorretta la condotta di chi, conoscendo o dovendo conoscere la causa di invalidità, non informi la sua controparte che, invece, la ignora in modo non colposo. Tale previsione, pur nella sua semplicità, sottende una varietà notevole di conformazioni, anzitutto per il fatto che

---

<sup>128</sup> V. comunque L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 308 e 337 ss. Altro tema di interesse è quello dell'ignoranza dell'invalidità dovuta a una mancata conoscenza di norme di legge (v. M. MATTIONI, *Responsabilità per conclusione di un contratto invalido*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1072, anche per la critica dell'approccio giurisprudenziale troppo legalistico).

l'informazione circa l'invalidità può risultare non equidistante rispetto alle parti: nel senso che sia più facile per l'una acquisirla, rispetto a quanto non sia per l'altra. Inoltre, va distinta la responsabilità relativa alla trattativa inerente a un contratto nullo e quella relativa alla conclusione di un contratto nullo.

Consideriamo per il momento la sola responsabilità per lo svolgimento di una trattativa inutile; e, anzitutto, il caso in cui le parti siano equidistanti rispetto alla fonte dell'informazione relativa all'invalidità.

L'affidamento soggettivo di ciascuna sarà qui, in ogni momento, quello ragionevole oppure, se diverso, quello riconosciuto da controparte. Di regola l'affidamento ragionevole, in base alla situazione affidante, sarà nel fatto che il contratto da concludere sia valido (*rectius*: nel fatto che la controparte stia conducendo una trattativa relativa a un certo contratto valido). E, questo, perché è normale che si tratti per concludere un contratto dotato di sanzione giuridica, e non già nullo.

Ove entrambe le parti ignorino l'invalidità, nessuna di queste risponderà precontrattualmente verso l'altra, proprio perché era onere di entrambe conoscere la patologia.

Qualora, però, una delle due sappia dell'invalidità e l'altra la ignori, la prima sarà responsabile per non aver informato la controparte. Di sicuro ciò avviene là dove quest'ultima abbia ignorato senza colpa la nullità; ma lo stesso avverrà, a dire il vero, qualora essa fosse in colpa.

Apparentemente l'art. 1338 c.c. sancisce una norma diversa<sup>129</sup>. Tuttavia, esso va interpretato in senso diverso (anche

---

<sup>129</sup> La dottrina tradizionale e più risalente riteneva che la colpa di chi si fida escludesse il risarcimento sempre e comunque. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, sub *1338 c.c.*, cit., 223. Cfr. anche L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 212, 314 e 320. Tale opinione, probabilmente, aveva in orecchio i tentativi, un tempo diffusi (v. il dibattito tra C.G. VON WÄCHTER, *Die 'bona fides' insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig 1871,

qui riducendone l'operatività): il fatto è che, nel caso in cui un soggetto ignori colposamente l'invalidità, spesso il suo affidamento ragionevole, e quindi rilevante, avrà ad oggetto un contratto invalido, e non valido (altrettanto spesso, poi, la controparte non riconoscerà concretamente l'errore sull'invalidità)<sup>130</sup>. Ma può accadere che così non sia: e, allora, non v'è ragione per ritenere irresponsabile colui che, riconosciuto l'affidamento erroneo, non l'abbia corretto.

Infine, v'è il caso in cui entrambe siano a conoscenza dell'invalidità. Non pone problemi l'ipotesi in cui esse se ne diano atto, né quella in cui l'affidamento ragionevole tenga conto di questa invalidità. Là dove, poi, appaia esternamente che entrambe le parti ritengono valido il contratto che concluderanno (o che concludono contestualmente), mentre in realtà ambedue sono consapevoli dell'invalidità, non saranno certo tutelate: il loro affidamento soggettivo, infatti, declasserà a quello effettivo, perché più vicino a quello reale e quindi meno bisognoso di tutela.

Quest'ultima conclusione vale, a dire il vero, anche in linea più generale: l'affidamento effettivo rileva sempre, anche se

---

spec. 65 e 69, e C.G. BRUNS, *Das Wesen der 'bona fides' bei der Ersitzung*, Berlin, 1872, spec. 74 ss.; v. pure P. BONFANTE, *Essenza della 'bona fides' e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, 2, *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, spec. 717 ss.), di rinvenire una radice comune per la buona fede oggettiva e quella soggettiva (quest'ultima, come noto, esclusa nel caso di ignoranza gravemente colposa). Sul punto v. pure L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 271 s., per il quale nell'art. 1338 c.c. non si tratta di una compensazione tra colpe (inapplicabile alla compensazione tra dolo e colpa), ma di un «criterio di esclusione dell'obbligo della controparte di comunicare»; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 135 ss., che ritiene che l'art. 1338 c.c. in realtà fondi un sistema analogo a quello desumibile dall'art. 1227 c.c., con conseguente diminuzione del risarcimento in caso di colpa di entrambe le parti (v. pure G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1030); P.G. MONATERI, *Concorso*, cit., 766, per cui l'affidamento nell'art. 1338 c.c. non è mai protetto nel caso di colpa grave o media di chi si fida, mentre vede diminuito il *quantum* risarcitorio ove la colpa sia lieve.

<sup>130</sup> V. la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale del Libro delle Obligazioni del 1941, al n. 164.

difforme da quello esteriorizzato, ove ciò risulti più favorevole alla controparte.

Tutto ciò riguarda i casi in cui la fonte di informazione sia equidistante per le parti<sup>131</sup>. In varie occasioni, però, una parte può con più facilità, rispetto all'altra, essere a conoscenza dell'invalidità: di talché la correttezza precontrattuale può imporre a tale soggetto di informarsi della patologia contrattuale, per informare di essa la controparte<sup>132</sup>. Ciò avviene ogni qual volta lo sforzo richiesto per informarsi non sia eccessivo, oppure allorché la parte sia già informata (e debba semplicemente comunicare).

Qualora si presenti un'ipotesi di questo tipo, si dovrà ritenere che risponda dei danni, per aver lasciato in essere un affidamento altrui inutile, la parte che non abbia accertato l'invalidità e comunque che non abbia informato la sua controparte.

Ci si potrà chiedere, poi, quale debba essere l'oggetto dell'affidamento soggettivo della parte che, invece, tale consapevolezza poteva e doveva avere. Esso sarà uguale allo stato in cui ella si sarebbe trovata se avesse ottenuto l'informazione, com'era ragionevole e necessario; e, ciò, salvo che proprio la sua controparte, pur più lontana dall'informazione, l'avesse (anche casualmente) ottenuta e, riconosciuto l'errore altrui, non l'avesse corretto<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> Se ne deduce che la responsabilità *ex art.* 1338 c.c. non discende dalla conclusione del contratto invalido, ma dalla mancata comunicazione della causa di invalidità (così G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1033, in critica all'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 171, contro cui v. pure A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., 22).

<sup>132</sup> M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 238 s.; G. AFFERNI, *Il 'quantum'*, cit., 167 s.

<sup>133</sup> Altro caso in cui l'affidamento sarà quello effettivo: là dove, benché fosse ragionevole credere che il contratto (da concludere) fosse nullo (e anzi una parte dovesse riconoscerlo e informare l'altra), in realtà esso è valido. In questo caso l'affidamento effettivo è più vicino a quello reale di quello ragionevole.

In ogni caso, la parte il cui affidamento sia erroneo (ossia, il soggetto che crede di trattare su un contratto che sarà valido) può recedere dalla trattativa, non appena si accorga dall'errore. In tal caso nulla dovrà alla controparte, la quale anzi, ove sia stata scorretta, dovrà risarcire il danno per aver mantenuto in vita un affidamento altrui non veridico<sup>134</sup>.

Il risarcimento del danno, di cui s'è detto per il caso di trattativa, vale anche, ovviamente e a maggior ragione, per il caso di avvenuta conclusione del contratto. In quest'ipotesi la regola di buona fede lesa sarà sorta (e violata) proprio durante la conclusione, istantaneamente. Essa, dunque, non sopravviverà alla conclusione, ben potendo però il danno derivante dall'affidamento aggravarsi. Per evitarlo, non resterà alla controparte che correggere l'errore.

Quanto ai danni risarcibili, valgono tutte le considerazioni già espresse nel paragrafo precedente. Anche qui, però, si possono immaginare alcuni casi più complessi: si pensi a un'invalidità solo parziale del contratto. A essi potranno utilmente applicarsi le regole, di cui a breve parleremo, in tema di vizi incidenti.

## 12. II) *errore di merito. La libertà e i limiti ermeneutici e dogmatici dell'interprete nella ricostruzione del sistema*

Molto più complessi sono i casi di errore, inteso come falsa rappresentazione del contenuto del contratto che si va a concludere e della sua convenienza (o anche come erronea manifestazione del volere, nel caso di errore ostativo).

---

<sup>134</sup> Molte sono le somiglianze con la disposizione dell'art. 81, comma 2, c.c. V. in generale M.L. LOI, voce *Promessa di matrimonio (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 86 ss.

È ovvio, nel richiamare queste ipotesi, fare riferimento, da un lato, alla complessa tematica degli obblighi di informazione; dall'altro, a errore e dolo vizi del consenso. Ed è altrettanto ovvio, allora, ritenere che il problema in esame si colleghi al discusso tema del rapporto tra norme di responsabilità e norme di invalidità<sup>135</sup>, così come al problema della sussistenza, nel nostro ordinamento, di 'vizi incompleti' del contratto, ossia di ipotesi di responsabilità precontrattuale cui non si associa un'invalidità del contratto per vizi del consenso<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Che risale a V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 118. V. poi Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit. (su cui G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impresa*, 2006, 944 ss.; E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 902 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1107 ss.; G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006, 1602 ss.), e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit. (cfr. V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Soc.*, 2008, 449 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2008, I, 785 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giur.*, 2008, 230 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza 'Rordorf'*, in *Danno resp.*, 2008, 536 ss.; F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, *ivi*, 546 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: 'ratio decidendi' e 'obiter dicta' delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.; A. ALBANESE, *Regole di comportamento e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria; quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, 107 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1189 ss.).

<sup>135</sup> V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, 31.

<sup>136</sup> M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., *passim*, ma già 1 ss. e poi 135 ss. V. anche, in linea generale, V. PIETROBON, *Errore*, cit., 104 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440, con nota di E. SCODITTI; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2015, I, 2909; Cass. 23 marzo 2016, n. 5762, in

Un'analisi di questi profili richiederebbe uno spazio ben più vasto di quello qui concesso. Nondimeno, non è possibile concludere l'analisi dell'affidamento soggettivo, senza aver delineato quest'ultimo nell'area di maggiore importanza, quella cioè dell'informazione precontrattuale sul vero e proprio contenuto del contratto che si andrà a concludere e sulla sua convenienza.

È necessario, allora, limitarsi ad alcuni spunti, che raccolgano soprattutto le indicazioni di metodo già fornite: ossia, che inseriscano (se del caso anche riducendone la portata in via interpretativa) le disposizioni sui vizi del consenso in un sistema normativo armonioso, ricostruito in modo accettabile sia alla luce degli interessi sottostanti, sia delle categorie dogmatiche.

Nel farlo, v'è da tenere conto di due profili.

Anzitutto, non sarà difficile notare come l'affidamento soggettivo di cui s'è parlato non abbia molto a che vedere con quell'affidamento, a sua volta inteso ora in modo astratto<sup>137</sup>, ora in modo concreto<sup>138</sup>, che secondo la dottrina tradizionale impedisce

---

*Foro it.*, 2016, I, 1703, con nota di P. PARDOLESI. *Contra* G. D'AMICO, 'Regole di validità', cit., 137 ss.; ID., *Buona fede 'in contrabendo'*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1007 ss., nonché oggi ID., *Responsabilità precontrattuale*, cit., 419 ss. Incidentalmente E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 557; sull'inesistenza di un dovere d'informazione nella fase precontrattuale previsto nella parte generale del contratto anche P. SIRENA, *La responsabilità precontrattuale: dalle trattative al contratto*, relazione inedita al Convegno *Dialoghi sulla responsabilità civile. Lerici, 28-30 giugno 2012*, 2 del manoscritto, consultato per cortesia dell'autore); A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimento contrattuali*, Napoli, 2000, 98.

<sup>137</sup> P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 206 ss.

<sup>138</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1966, 165. V. pure la tesi di V. PIETROBON, *Errore*, 237 ss.

all'errante di chiedere l'annullamento del contratto (il riferimento va qui, dunque, all'istituto dell'errore)<sup>139</sup>.

E, ciò, non tanto perché si tratti di affidamenti diversi, ma perché non si può ritenere che la preclusione dell'annullabilità del negozio, là dove l'errore non fosse riconoscibile o riconosciuto, sia volta a tutelare – verrebbe da dire, in forma reale – l'affidamento di un soggetto. In un sistema, come quello attuale, che segue le teorie precettivistiche sul negozio, non è certo l'assenza di volontà interiore a giustificare l'annullamento nel caso di errore: né, allora, dovrebbe essere l'affidamento della controparte nella validità del negozio a impedirne l'annullabilità. Questo è, semmai, quanto avviene nell'ordinamento tedesco, in cui però l'affidamento incolpevole nella validità del negozio da parte dei controinteressati, e anzitutto della controparte contrattuale, impone all'errante che annulla il negozio di risarcire il danno (§ 122 BGB).

L'interprete italiano è portato invece ad ammettere che il contratto esiste in quanto tale, come atto linguistico di posizione di regole (*Geltungstheorie*<sup>140</sup>), a prescindere da un eventuale errore. Se si accetta tale premessa, si deve anche ritenere che l'annullabilità, lungi dall'essere un vizio in sé considerato del contratto, costituisce semmai un rimedio a favore di una parte; un rimedio che è volto alla tutela proprio di quell'affidamento soggettivo (pre)contrattuale (proiettato sul momento di conclusione del contratto).

---

<sup>139</sup> La dottrina distingue al tal riguardo *positiver Vertrauensschutz* e *negativer Vertrauensschutz* (la distinzione, di C.-W. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., 411 ss., è ripresa da M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 62 ss.). Tuttavia, può ritenersi che la validità del negozio in caso di errore giuridicamente non rilevante non derivi dalla tutela dell'affidamento, ma semmai dalle regole linguistico-pragmatiche che reggono la venuta a esistenza dei contratti (quelle regole sociali, e di lì giuridiche, che sono al fondo del negozio secondo la tesi precettivistica).

<sup>140</sup> Del resto, ciò avviene anche in Germania oggi. *A fortiori*, quindi, tale conclusione si impone nel nostro ordinamento.

In altri termini, si deve supporre che tra le parti vi sia una sorta di distribuzione di rischi rispetto alla conclusione del contratto, che rileva su un piano diverso e sfalsato rispetto al contratto stesso. Una distribuzione di rischi che impone, allora, di guardare tanto l'errore vizio del consenso, quanto il dolo contrattuale in quest'ottica, collocando entrambi in un sistema più vasto che abbracci anche la scorrettezza precontrattuale e, in generale, che sia dominato dalla buona fede precontrattuale. Il che, sulla base delle osservazioni già formulate, impone di ammettere un'interpretazione restrittiva di dolo ed errore, cui si colleghi però un ampio ricorso all'analogia, proprio al fine di creare un sistema armonioso di tutela dell'affidamento soggettivo precontrattuale.

Si possono già abbozzare i tratti di questo sistema dominato dalla buona fede precontrattuale: ai suoi estremi vi sono errore, non corrispondente a scorrettezza (ma, come vedremo, comunque legato alla buona fede del precontratto), e dolo. Nel mezzo, vi è tutto un insieme di scorrettezze, raggruppabili per tipi, cui corrispondono anche rimedi caducatori 'atipici' (salvo – e anche a questo accenneremo – per i vizi incidenti).

Potrebbero, invero, sorgere a tal riguardo alcuni dubbi.

In particolare, sarebbe ovvio criticare la tesi esposta adducendo la differenza, nel nostro sistema, delle norme di validità da quelle di responsabilità: le prime riguardano i vizi dell'atto, mentre le seconde le scorrettezze. A tal riguardo, però, va addotto che la distinzione in esame, sicuramente esistente, non deve indurre a trascurare i collegamenti tra i due tipi di norme: del resto, tanto chi accetta la teoria dei vizi incompleti<sup>141</sup>, quanto chi la critica<sup>142</sup>, in qualche modo cerca di collegare validità e

---

<sup>141</sup> Di nuovo v. M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 1 ss. e 162.

<sup>141</sup> M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 5.

<sup>142</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 994 ss., e ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 38 ss. e 43 s. Tra

responsabilità (o per supplire tramite la disciplina della seconda le deficienze attuali della regolamentazione della prima, o per saldare l'una sull'altra).

E non è tutto: l'idea dell'indipendenza totale di questi gruppi di norme non deve certo condurre a ritenere che il legislatore non possa collegare la scorrettezza all'invalidità (in parte ciò già avviene nel dolo contrattuale).

Semmai, a far emergere taluni dubbi sono due tradizionali conclusioni della dottrina. Quella per cui nel nostro ordinamento sussisterebbero casi di responsabilità precontrattuale per un'informazione difettosa anche al di fuori dell'invalidità contrattuale non consente di comprendere perché certi casi, magari anche più gravi di altri, permettano di chiedere un risarcimento del danno, ma non di invalidare il negozio. L'altra, per cui la responsabilità precontrattuale per mancata informazione sussisterebbe solo nel caso di invalidità per errore o dolo, restringe di molto l'ambito della buona fede precontrattuale, tanto da lasciare scoperti casi che sono sicuramente sentiti come degni di sanzione giuridica.

A ben vedere, la prima tesi, non a caso sostenuta inizialmente in un'opera ispirata a una concezione volontaristica del negozio, si fonda su una distinzione d'essenza delle norme sull'errore rispetto alla responsabilità precontrattuale: l'errore, cioè, sarebbe istituito del contratto e solo del contratto, in quanto legato a una patologia della volontà che ne è alla base. La seconda tesi, invece, si basa sull'idea per cui le disposizioni sui vizi del consenso non siano

---

l'altro, D'Amico ritiene che solo l'art. 1338 c.c. fondi, nel nostro ordinamento, un generale dovere di informazione (ID., *Regole di validità*, cit., 158 s., e ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1035 s.): tuttavia, abbiamo già dimostrato che proprio nei casi di violenza dolo ed errore l'art. 1338 c.c. non è operativo.

ampliabili, ossia non possano essere soggette a un'interpretazione (troppo) estensiva e a un'analogia<sup>143</sup>.

In un contesto che riconosce fortemente il ruolo dell'interprete e, soprattutto, che avverte la vetustà della disciplina dei vizi del consenso, non si può negare che l'una e l'altra opinione debbano venire superate. La prima, proprio perché l'errore, come il dolo, può leggersi come rimedio; la seconda, perché nulla impedisce di ricostruire con più libertà la disciplina dei vizi del consenso, collegandola in un sistema armonioso alla scorrettezza precontrattuale, anche ove ciò imponga di ricorrere all'analogia.

Proprio l'analogia, del resto, sembra uno strumento preferibile oggi rispetto all'interpretazione estensiva: come già affermato per l'art. 1338 c.c., anche per la disciplina dei vizi del consenso (errore e dolo) sembra più persuasiva una interpretazione restrittiva delle disposizioni, cui si colleghi l'ammissione dell'analogia<sup>144</sup>.

Né contro questo esito potrebbe supporre il carattere eccezionale di tali disposizioni: la dottrina ha ben chiaro oggi che il limite dell'analogia di cui all'art. 14 disp. prel. riguarda casi ben diversi da quelli di cui ai vizi del consenso<sup>145</sup>. Semmai, contro tale

---

<sup>143</sup> La tassatività dei casi di annullabilità è sostenuta da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 336, testo e nota 7-ter. V. spec. G. D'AMICO, 'Regole di validità', cit., 32.

<sup>144</sup> Un'idea opposta era sostenuta da A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., 153. Ma, probabilmente, è il nuovo scenario e il nuovo contesto ad aver superato il punto di rottura.

<sup>145</sup> Il limite di cui all'art. 14 del diritto eccezionale, a differenza di quello del diritto penale, «non è realmente un limite, ma è solo un modo di definire l'analogia»: cfr. L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 328 s.; v. poi pure M. TALAMANCA, sub *art. 687 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, 219 s., e, di recente in senso adesivo, F. GALLO, *Norme penali e norme eccezionali nell'art. 14 delle 'disposizioni sulla legge in generale'*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 1 ss. Secondo A. BELFIORE, *Interpretazione della legge e analogia*, in *Annali del Seminario giuridico - Università di Catania*, VI (2004-2005), Milano, 2006, 15 ss., il divieto di analogia previsto per le

interpretazione analogica potrebbe addursi la necessità di tutelare la certezza del diritto e, con essa, la posizione dei terzi aventi causa da una delle parti di un contratto annullabile per un vizio del consenso ricavato in via analogica. Sennonché, contro questa obiezione varrebbe una semplice replica: non si vede proprio perché preferire la tutela di un terzo di mala fede, o acquirente a titolo gratuito, rispetto a quella di una parte del contratto.

Nemmeno, poi, potrebbe affermarsi che, accettando l'idea di un'analogia nell'ambito dell'annullabilità per errore e dolo, si aprirebbe un eccessivo spazio alla moralizzazione del diritto privato: si è già chiarito che la buona fede è al centro del diritto dei contratti e che con buona fede non s'intende certo un insieme di precetti etici, ma semmai un insieme di regole socialmente avvertite come idonee alla sanzione giuridica. Né, infine, si potrebbe ritenere che collegare invalidità e responsabilità appuntando il complessivo sistema sulla *bona fides* finirebbe per privare l'annullabilità di una sua fattispecie<sup>146</sup>: la fattispecie, infatti, non è mai della disposizione, ma della norma, che ovviamente qui non mancherebbe. Quel che fa difetto, più che una fattispecie, è un'interpretazione aderente alla disposizione: in altri termini, è riconosciuto un più ampio margine dell'interprete nel ricavare la norma.

---

norme eccezionali, non potendo essere abrogato in via interpretativa, va ristretto a quelle norme per cui appaiano «buone ragioni» di riduzione del portato precettivo, tra cui in particolare quelle «di congiuntura», quelle «irrazionali» ma non incostituzionali, quelle che si informano alla «esigenza di certezza dei rapporti», quelle che «giuridificano valori non ancora consolidati». Le norme sull'annullabilità non appartengono di certo né al primo né all'ultimo insieme; quanto al secondo, non mi pare che attribuiscono privilegi «incoerenti con il sistema di valori dato»; quanto al terzo, v. subito nel testo. Su questi profili cfr. anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 202 s.

<sup>146</sup> E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 441. V. pure V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 113.

Ma questo esito non pare inammissibile. Certo, una tesi così distante dalla *communis opinio* avrebbe necessità di ben altro spazio per essere argomentata. Tuttavia, essa sembra in linea con le premesse metodologiche fornite: e per di più, ove non la si volesse condividere, si finirebbe per dover ammettere, anche alla luce della comparazione<sup>147</sup>, che in caso di scorrettezza non corrispondente a un vizio del consenso tipico (interpretato anche estensivamente) possa essere chiesto un risarcimento in forma specifica e, tramite esso, la caducazione del vincolo<sup>148</sup>.

Nulla, infatti, osterebbe a questa soluzione: se non ipotizzare che in ogni caso di scorrettezza, di cui s'è detto, vi sia anche annullabilità (atipica) del vincolo<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Nell'ordinamento tedesco si ammette senza alcun problema, in caso di contratto concluso in violazione di un obbligo di informazione, la *Naturalherstellung* ai sensi del § 249 (cioè l'omologo del nostro art. 2058 c.c., applicato per invalidare il contratto). V. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2012, 214; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, München, 1997, 67 ss. e 387 ss. Si v. poi l'ampiezza del *mistake* rilevante per annullare il contratto nel *Draft Common Frame of Reference*, e spec. gli artt. II-7:201, II-7:205 sul *fraud*, II-7:214 sul risarcimento dei danni per le perdite.

<sup>148</sup> Una voce autorevole (R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, cit., 611 ss.) sostiene che in presenza di una scorrettezza possa chiedersi, quale risarcimento in forma specifica, la caducazione del vincolo contrattuale. Nondimeno, l'autore non applica a tale risarcimento i limiti di cui all'art. 2058, comma 2, c.c., né pare ritenere che la caducazione sia inopponibile ai terzi aventi causa; egli, invece, finisce per parlare, su questa base, di una vera e propria annullabilità atipica. V. pure G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 922 ss., spec. 924 s.; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423; di recente F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, 2080 ss.; *contra* G. D'AMICO, da ultimo in *La responsabilità precontrattuale*, cit., 994 ss.

<sup>149</sup> Si v. anche, su questi profili, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, spec. 78 s., 82 ss., 86 e 119 (ma già ID., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, 132 ss.).

### 13. II) *errore di merito. Le fattispecie*

Non resta, a questo punto, che interrogarsi sull'esatta consistenza dell'affidamento contrattuale in caso di errore (in senso lato) e sui rimedi (scorrettezze e vizi del consenso) che vi si collegano. Lo si farà, ovviamente, in modo succinto e dedicando attenzione solo alle ipotesi più rilevanti.

Varie sono le distinzioni da compiere. Anzitutto, si prenderanno in considerazione i vizi determinanti; poi quelli incidenti.

Non è facile definire gli uni e gli altri: mentre si riconosce che in astratto determinante in sé e per sé è ogni errore che non sia del tutto irrilevante<sup>150</sup> e che, quindi, la distinzione in parola è normativa e si appunta su un particolare parametro che spetta all'interprete identificare, non v'è accordo sul criterio da utilizzare. Per di più, una vasta corrente di pensiero ipotizza che i vizi incidenti non conducano mai all'annullabilità in caso di errore, permettendo solo il risarcimento del danno in caso di dolo (e di errore combaciante con una scorrettezza precontrattuale)<sup>151</sup>. Altri,

---

<sup>150</sup> Quindi, anche i vizi incidenti. Cfr. L. MENGONI, 'Metus causam dans' e 'metus incidens', in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, e oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 558. Al riguardo può anche ricordarsi che il BGB non distingue tra *dolus incidens* e *causam dans*: v. per tutti (pur con alcune precisazioni in tema di *schadensersatzrechtliche Vertragsaufhebung*) S. LORENZ, *Vertrauensschaden des Wohnungskäufers bei Verschweigen der Sozialbindung und falschen Finanzierbarkeitsangaben. Was schützt die 'culpa in contrahendo'?*, in *NZM*, 1998, 363.

<sup>151</sup> L'errore incidente, circoscritto ai casi di errore su «una parte non essenziale», sarebbe fonte di annullabilità solo nel caso di cui all'art. 1430 c.c. per A. DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 26 ss. L'opinione dominante sostiene oggi che all'errore incidente non consegue l'annullabilità del contratto, ma solo il risarcimento (M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 255 ss.; già A. VERGA, *Errore*, cit., 316 s.; in giurisprudenza v., per l'equazione tra errore essenziale e dolo *causam dans*, Cass. 23 giugno 2015, n. 12892, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 427).

invece, argomentano in vario modo l'ammissibilità di un'azione di annullamento per vizi incidenti anche in caso di errore, risultando però poi difficile giustificare la previsione di un solo risarcimento del danno in caso di dolo<sup>152</sup>.

Non ci si può soffermare su queste varie tesi<sup>153</sup>. Si dirà soltanto, allora, che la ricostruzione che pare più persuasiva semplicemente limita i vizi incidenti, per i quali non v'è annullabilità, a quelli che, oltre a non mutare qualitativamente il contratto dal lato dell'errante (nel senso che il contratto supposto e quello reale soddisfano, seppur in modo diverso, uno stesso interesse<sup>154</sup>), non lo toccano eccessivamente dal punto di vista quantitativo (nel senso che le condizioni, pur diverse, non sono tali da rendere del tutto irrealistico supporre che l'errante, se non vi fosse stata una falsa rappresentazione, avrebbe comunque intavolato una

---

<sup>152</sup> Taluni autori hanno sostenuto già in età risalente che l'errore incidente (in cui «il soggetto avrebbe concluso egualmente il contratto, ma a contenuto o modalità diverse») è comunque fonte di annullabilità, argomentando anche dall'art. 1432 c.c. (A. FEDELE, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, 706; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*<sup>2</sup>, Torino, s.d. ma 1955, 188 s., valorizzando l'art. 1432 c.c.). V. pure, nell'ambito di una peculiare ricostruzione del sistema dell'annullabilità, F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, spec. 99 ss.

<sup>153</sup> V. C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, Milano, 1964, 747 («oggetto del dolo [incidente] è una circostanza non essenziale, o secondaria, o comunque esso non costituisce la causa unica o principale del negozio»); A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 175 s. («oggetto ... sarà ... qualche circostanza non essenziale»); A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 317, nt. 173 (secondo cui il dolo incidente si distingue «per il diverso grado di incidenza nel regolamento di interessi»; viene richiamata, sebbene in parte per distanziarsene, l'opinione già di F. LUCARELLI, *Lesione*, cit., 67 s., per cui v. anche G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 118). V. pure G. D'AMICO, *Regole di validità*, cit., 122 s., testo e nt. 65 s. (nonché ID., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1136; l'idea, per cui il carattere incidentale o determinante del vizio è «la conseguenza qualificatoria che si deve trarre dal tipo di domanda proposta», non esclude secondo l'autore che il dolo possa essere, comunque, determinante solo ove sussistano particolari requisiti).

<sup>154</sup> V. PIETROBON, *Errore*, cit., 404 s.

trattativa o addirittura concluso il diverso contratto<sup>155</sup>). Solo restringendo in questo modo il campo dei vizi incidenti si può giustificare il trattamento solo risarcitorio del dolo incidente, cui per forza di cose deve corrispondere una non caducabilità del vincolo in caso di errore incidente e, dunque, un'assenza di tutela per l'errante, ove il vizio del consenso non si accompagna a una scorrettezza altrui: e, questo, sia per evitare che l'errante sia meglio tutelato del *deceptus*, sia per non collidere contro il principio di conservazione dei contratti.

Tratteggiate per sommi capi le linee di questa distinzione, guardiamo anzitutto ai vizi determinanti.

La complicazione di cui v'è da tenere conto è che la veridicità dell'affidamento, nelle ipotesi che affronteremo, si compone di due livelli: corrispondenza dell'affidamento all'oggetto della trattativa e corrispondenza di questo alla realtà delle cose. Esemplicando: Tizio e Caio possono condurre una trattativa su un quadro da chiunque ritenuto di Tiziano; Tizio capisce male e crede sia un dipinto di Raffaello; in realtà i critici scoprono improvvisamente che si tratta di un'opera di Leonardo.

Per questa ragione vanno distinti vari casi.

Il primo è quello dell'errore di una parte circa il contratto che andrà a concludere (il suo contenuto o la sua convenienza), in un'ipotesi in cui entrambe le parti siano in una condizione di equidistanza rispetto all'informazione. È il caso più semplice: ed è, in fin dei conti, quello cui si riferisce l'art. 1431 c.c., parlando di errore che 'poteva' (non 'doveva') essere riconosciuto<sup>156</sup>. Una parte

---

<sup>155</sup> E, infatti, l'art. 1439 c.c. non parla di 'contrarre', ma di 'contrattare'. Questa soluzione è funzionale, del resto, ad ammettere il risarcimento dell'interesse positivo in caso di dolo incidente e l'esclusione della tutela per l'errante nel caso di errore incidente non corrispondente a scorrettezza (v. *infra*).

<sup>156</sup> Nel confutare la concorrenza, per l'errore, di annullamento e risarcimento (lì: *ex art. 1338 c.c.*), salvi i casi di errore riconosciuto, C. ROSSELLO, sub *art. 1428 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 48, lascia trasparire la preferenza per una certa interpretazione

semplicemente non comprende esattamente il contenuto o la convenienza del contratto che concluderà o conclude<sup>157</sup>.

Tale errore per rilevare dev'essere riconoscibile ed essenziale<sup>158</sup>: ove concorrano tali condizioni, esso modificherà l'affidamento della parte errante, il quale dunque avrà come oggetto un'attuale trattativa su un contratto, o una contestuale conclusione di un contratto, identico a quello erroneamente supposto dall'errante.

E, allora, tale affidamento sarà tutelato in due forme: durante la trattativa, permetterà di uscire dalla stessa senza dover risarcire alcunché a controparte e, se l'errore sia stato riconosciuto da quest'ultima, consentirà di addebitarne i costi (retroagendo sino al momento in cui l'affidamento è divenuto non veridico e vi è stata una corrispondente scorrettezza); a contratto concluso, permetterà di annullarlo e di chiedere il risarcimento del danno derivante dall'erroneo affidamento soggettivo durante la trattativa e da quello

---

restrittiva dell'errore. D'altro canto, estendendo dolo ed errore oltre i casi più tipici e tradizionali (tramite interpretazioni estensive, e non analogiche) si rischia di perdere un'armonia sistematica, finendo, come già anticipato nel testo, per sovrapporre i due vizi del consenso.

<sup>157</sup> Fermo restando che lo stato di dubbio esclude un affidamento erroneo (nel dubbio è come se, di fatto, l'oggetto dell'affidamento fosse molteplice e alternativo, accettandosi il rischio che sia diverso da quanto psichicamente supposto); ma deve trattarsi di un dubbio cosciente, per così dire, e non appiattito su una semplice ignoranza (v. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 105; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 333), e probabilmente non deve collegarsi al riconoscimento altrui di una diversa supposizione interiore da parte del contraente (caso di chi firma un documento senza leggerlo, credendo che vi sia scritto dell'altro).

<sup>158</sup> La dottrina si è interrogata sulla tassatività delle ragioni di 'essenzialità' che figurano nell'art. 1429 c.c. (cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., 298 ss.). Qualsiasi tesi si segua, e quindi anche ritenendo esemplificativa la disposizione, si finirà tutt'al più per sostenere che errore essenziale sia qualsiasi errore che cade su un elemento del contratto (determinante di *quel* consenso), ad esclusione quindi degli errori sui motivi (e in particolare sulla convenienza economica), o meglio su «circostanze estrinseche al contenuto del regolamento di interessi pattuito» (M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*', cit., 210). V. pure A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*<sup>4</sup>, Torino, 2014, 96, nt. 125.

sempre erroneo relativo all'avvenuta conclusione di un contratto diverso rispetto a quanto creduto.

Questi rimedi riflettono una certa distribuzione precontrattuale di rischi, che è il portato di regole di buona fede. La correttezza impone a chiunque di assumersi il rischio della sua attività, salvo che non sia evidente il suo errore (il rischio diviene comune) e salvo che non sia riconosciuto (il rischio diventa di controparte)<sup>159</sup>.

In entrambi i casi, a dire il vero, l'effetto caducatorio e risarcitorio può essere evitato, semplicemente rettificando prima la trattativa (che continuerà, per così dire, 'sotto osservazione', ossia senza che il rettificante possa addurre ragioni elusive per recederne, che nascondano in realtà proprio la volontà di non rettificare alcunché); poi il contratto.

Qualcosa di simile avviene nelle ipotesi di errore ostativo<sup>160</sup>. Su di esso basterà in questa sede dire che, per rilevare come tale, l'errore ostativo deve distinguersi dal dissenso (che si ha ove già interpretativamente appaia ovvio che le parti non hanno concluso un contratto, poiché non v'è nemmeno l'apparenza di un accordo

---

<sup>159</sup> A dire il vero, la riconoscibilità non corrisponde né a un obbligo di buona fede, né a un onere, secondo P. BARCELLONA, *Profili*, cit., 200 s. e 216 ss., e già ID., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 78 s., criticando sul punto E. BETTI, *Teoria*<sup>2</sup>, cit., 415. Tuttavia, la tesi di Barcellona si spiega in ragione di un forte oggettivismo che vuole tenere ancorato l'errore alla dimensione del contratto; lasciando, invece, che l'errore operi quale rimedio, al di fuori quindi dell'istituto del contratto (o, meglio, su un livello sfalsato rispetto alla sua fattispecie di rilevanza), esso non può non ridondare in una dimensione di distribuzione di rischi dominata dalla buona fede. E, a sua volta, il tipo di azione per rilevare l'errore – annullabilità – depone in questo senso.

<sup>160</sup> Potrebbe sorgere il dubbio che in questo caso non si tratti di un errore sul contenuto del contratto (non è certo un errore sulla sua convenienza). In realtà, non v'è bisogno di differenziare le ipotesi, che nel nostro ordinamento ricevono un identico trattamento e per la cui differenziazione, soprattutto, si sono formulate varie e diverse tesi (cfr. E. BETTI, *Teoria*<sup>2</sup>, cit., 413; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 321 ss.).

rispetto al quale emerge l'errore di una parte) e dalla *falsa demonstratio* (che si ha allorché un soggetto erri nell'indicare qualcosa, ma la controparte accetti implicitamente questo codice linguistico).

Se si vuole interpretare restrittivamente l'istituto codicistico dell'errore, questo sinora descritto va ritenuto essere l'unico caso di errore vizio del consenso previsto espressamente dal legislatore. Tutti gli altri presentano, infatti, delle peculiarità, di cui le disposizioni del codice non tengono conto.

Si pensi, anzitutto, all'errore comune (di due parti equidistanti dall'informazione e sullo stesso profilo)<sup>161</sup>. Spesso si ritiene che, in tal caso, non serva che vi sia riconoscibilità dell'errore per poter caducare il contratto. Ma la riconoscibilità di cui parla l'art. 1431 c.c., a rigore, non gioca alcun ruolo nel caso vero e proprio di errore comune<sup>162</sup>: quello in cui a non essere riconoscibile non è tanto l'oggetto dell'altrui affidamento, ma la verità delle cose (nell'esempio precedente: il quadro è di Leonardo, ma in un certo momento storico nessuno – nemmeno un esperto d'arte – ne ha contezza).

Per di più, eliminare la riconoscibilità dalla fattispecie dell'errore comune non ha senso, qualora si resti nel perimetro dell'errore tipico codicistico. In tale ambito, infatti, la non

---

<sup>161</sup> V. almeno V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 753 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 323 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 650 s.; M. BESSONE, *Errore comune ed affidamento nella disciplina del contratto*, in *Foro it.*, 1966, I, 1572 ss.; G. GALLONI, *Causa e motivi nella teoria dell'errore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 57 s.

<sup>162</sup> Più che parlare di riconoscibilità o meno, ci si dovrebbe chiedere su cosa si forma il consenso contrattuale. Se questo è divergente rispetto alla realtà delle cose (senza che riempiano questo iato istituti del contratto, come le garanzie), vi sarà errore comune (nel caso di equidistanza dall'informazione). Se, invece, il consenso contrattuale si salda sulla realtà, si rientra in un errore tipico codicistico: che, anche se comuni (dovendosi allora parlare di due errori), se reciprocamente irriconoscibili non danno luogo ad alcun rimedio. Sul dibattito in parola v. anche per indicazioni bibliografiche A. CATAUDELLA, *I contratti*<sup>4</sup>, cit., 95 s., nt. 124.

riconoscibilità fa sì che una parte non possa addebitare all'altra un certo rischio (precontrattuale o contestuale alla conclusione del contratto). E la parte cui non è addebitato questo rischio altrui, e che però è ella stessa caduta in errore, potrebbe avere interesse alla permanenza in vita del vincolo, per cui non si vede perché debba subire sempre e comunque l'annullamento.

È preferibile, allora, ritenere che l'errore comune rilevi semplicemente per la divergenza tra il voluto e il supposto dalle parti, in casi in cui l'errore non sia risolvibile già in sede contrattuale (ad esempio, mediante l'applicazione del canone per cui *falsa demonstratio non nocet*). La *ratio* di questo errore, cioè, non è tanto l'allocatione sulla controparte del rischio di una parte, quanto la non congruità dell'assetto di interessi realmente approvato rispetto all'assetto di interessi che le parti intendevano perseguire: il che rende incongruo non prevedere un rimedio caducatorio.

Dunque, l'affidamento – nel caso di cui si discute – sarà sovrapponibile nel suo oggetto al contratto che le parti credono di concludere (in futuro o contestualmente); contratto che, in realtà, è diverso.

Se questo è vero, lo stesso requisito dell'essenzialità, per come disegnato dal codice per l'errore tipico (e quindi giusta l'elencazione recata nell'art. 1429 c.c.), non appare in linea con le esigenze sottese ai casi di errore comune. Per questi sarà sufficiente accertare la non sovrapponibilità tra l'assetto di interessi voluto e quello approvato (purché si tratti di profili determinanti, e non solo incidenti).

Nell'errore comune, tra l'altro, rientra anche la falsa presupposizione comune, che si ha allorché le parti credono di aver concluso un contratto fondato su un certo presupposto, di rilievo causale, che invece non entra nel vero e proprio assetto di interessi approvato, mentre fa ingresso nell'assetto di interessi che esse credono di aver approvato.

Quest'ultima precisazione impone di distinguere da una siffatta falsa presupposizione la presupposizione vera e propria, che si ha allorché l'assetto di interessi che le parti si danno inglobi certi motivi pattizi (che, difettando, renderanno *ab origine* il contratto nullo o risolveranno *ex post* lo stesso). Un discorso analogo deve valere per le qualità dei beni ignorate dalle parti o erroneamente credute esistenti: non si rientra nell'errore comune là dove l'assetto di interessi posto dalle parti si plasmi direttamente su beni ideali identici a quelli supposti come reali dalle parti.

Perché vi sia errore comune, in questo caso, è necessario (oltre all'equidistanza delle parti rispetto alla fonte di informazione) che l'assetto di interessi approvato non corregga da sé l'errore: o, meglio, che non corrisponda alla realtà delle cose, colmando lo iato tra il supposto e il voluto mediante istituti quali la presupposizione (si pensi al classico *coronation case*) o le garanzie per i vizi. In ambedue questi casi, gli errori, se scoperti durante la trattativa e se di rilievo determinante, consentono di recedere dalla stessa; a contratto concluso, invece, danno luogo a rimedi caducatori o manutentivi del contratto diversi dall'annullabilità<sup>163</sup>.

L'errore comune di cui s'è detto va ricostruito analogicamente, traendo spunto proprio dall'errore tipico. E accanto a tale errore comune troviamo poi almeno altre tre specie di errore.

La prima attiene all'errore essenziale e non riconoscibile, ma riconosciuto. Non può ritenersi che in questi casi si rientri nell'errore tipico: l'art. 1431 c.c., a rigore, parla di astratta riconoscibilità (e non di concreto riconoscimento<sup>164</sup>). Ma in questi casi deve parimenti ammettersi l'annullabilità del contratto e il

---

<sup>163</sup> Appare corretta la tesi che esclude il concorso di errore e garanzie: v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 653 s.; H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung, Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997, 219 ss.

<sup>164</sup> V. sopra, nt. 137 e 138.

risarcimento del danno (sempre salva rettifica): tuttavia, si dovrà ritenere di essere di fronte a un errore atipico, ricavato per analogia dal sistema complessivo dei vizi del consenso ‘informativi’ (e in particolare dall’art. 1427 c.c.).

Non vi è ragione alcuna, una volta che si sia acconsentito alle premesse di metodo già poste, per escludere in queste ipotesi un annullamento; d’altro canto, è evidente che si tratti di altrettante scorrettezze, anche là dove l’errore sia colposo<sup>165</sup>. Non v’è nemmeno bisogno di avvertire che, in questo caso, l’affidamento soggettivo avrà ad oggetto il contratto su cui l’errante crede di trattare o che egli crede di concludere.

Con la seconda ipotesi usciamo dal campo della riconoscibilità come ‘normale riconoscimento’ e dalla simmetria delle parti. Ci addentriamo, invece, nell’ambito dei rapporti squilibrati rispetto alla fonte dell’informazione.

In questi non ha senso parlare di riconoscibilità come tale<sup>166</sup>. Piuttosto, in tali ipotesi un soggetto, conoscendo la realtà delle cose, immagina o comunque deve immaginare che la controparte si rappresenti una situazione diversa da quella reale (esattamente come nelle ipotesi di asimmetria nell’ambito dello spazio di operatività dell’art. 1338 c.c., di cui già s’è detto).

A ben vedere, in questi casi non v’è una scorrettezza nel non correggere, ma semmai v’è un obbligo di informare: ossia, già dal semplice contatto tra le parti nasce l’onere dell’una di avvisare l’altra, essendole altrimenti imputato l’aver creato una situazione affidante tale da far sorgere un affidamento erroneo (e non già il non aver corretto l’affidamento spontaneamente erroneo). Di

---

<sup>165</sup> Valgono qui le ragioni già esposte nel § 11.

<sup>166</sup> Non varrebbe in contrario sottolineare che l’art. 1431 c.c. richiama la ‘qualità delle parti’, giacché tale previsione si innesta sempre in un rapporto di simmetria rispetto all’informazione, come dimostra il riferimento alla ‘persona di normale diligenza’ e al ‘poter’ (non ‘dover’) riconoscere.

talché, già in sede di individuazione dell'affidamento soggettivo si guarderà in questi casi a ciò che la parte errante crede (perché ragionevolmente può credere).

Non sarà certo, in questi casi, l'elenco di errori essenziali a determinare quando vi sia una scorrettezza. È necessario allora rinvenire un diverso criterio: e, a tal fine, aiutano le ricostruzioni di quanti si sono dedicati allo studio degli obblighi di informazione<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> In generale, cfr. A.M. MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 79 ss. (spec. poi 93 ss.); ID., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 144 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, spec. 12 ss.; con più specifico riferimento alle asimmetrie informative (ma non senza incursioni di più ampio respiro) v. M. DE POLI, *Asimmetrie informative*, cit., 91 ss. e 269 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 641 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 241 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti 'reticolari'*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 257 ss. Sugli obblighi di informazione nel diritto dei consumatori v. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 311 ss., e S. CHERTI, *Obblighi di informazione e informazione pubblicitaria nel codice del consumo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, 1 ss. In chiave storica cfr. L. SOLIDORO, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, ivi, 1 ss.; in ottica europea v. C. CASTRONOVO, *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2009, 560 ss.; nell'ordinamento tedesco cfr. S. BREIDENBACH, *Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluß*, München, 1989, 62 ss.; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, München, 2001; per l'ordinamento francese recentemente riformato v. D. DI SABATO, *La nuova disciplina della responsabilità precontrattuale francese*, in *Contratto e impresa*, 2018, 96 ss.; E. CALZOLAIO, *La responsabilità precontrattuale dopo la riforma del 'Code civil' francese. Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1307 ss. In sede di analisi economica v. A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, 7, 1978, 1 ss. (tradotto in italiano con il titolo *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 1980, 291 ss.); v. pure G. VILLA, *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadrimestre*, 1988, 286 ss., e P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia*

Non è dovuta l'informazione, in particolare, ogni qual volta essa riguardi aspetti inerenti alla conoscenza del mercato (ad esempio: adeguatezza del corrispettivo) o profili derivanti da una conoscenza 'innovativa' che una parte si è procurata e che può far fruttare soltanto tramite il perfezionamento di contratti analoghi a quello da concludere (*a fortiori*, ove si tratti di segreti industriali o simili). È doveroso informare, invece, là dove non ricorrano queste esclusioni e l'informazione appaia significativa per la controparte<sup>168</sup>.

La conseguenza della violazione di questi obblighi (sempre in senso atecnico) di informare non può che essere l'annullabilità del contratto eventualmente concluso e, in ogni caso e anche in assenza di contratto, il risarcimento del danno (anche qui salva rettifica). Probabilmente, poi, la comunicazione degli elementi che si sono individuati è doverosa anche là dove le parti siano in condizione di simmetria rispetto all'informazione, ma una cada in un errore riconosciuto.

V'è da dire, tra l'altro, che molti di questi casi si confondono con le garanzie contrattuali: per cui, se i relativi errori sono scoperti durante la trattativa, essi daranno la possibilità a una parte di uscire dalla stessa addebitandone i costi a controparte (se essa aveva riconosciuto il vizio del bene)<sup>169</sup>; se, invece, verranno scoperti a

---

*contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Quadrimestre*, 1992, 657 ss. Sull'informazione come bene, cfr. P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss. (ma v. pure ID., *L'informazione e il contratto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 367 ss.).

<sup>168</sup> Tali criteri sono stati posti da R. SCHWARZE, *Das Recht*, cit., 379 ss. Si rinvia alla lettura dell'opera per ulteriori specificazioni.

<sup>169</sup> Nella compravendita il vizio facilmente riconoscibile non consente l'attivazione delle garanzie. Ciò non vuol dire che non rilevi: semmai, si dovrà ritenere approvato un assetto di interessi al cui interno il bene entra come viziato. Vi sarà, allora, un errore, a seconda dei casi determinante o incidente.

contratto concluso, non si potrà ricorrere ai rimedi per i vizi del consenso, allorché siano attivabili quelli manutentivi (oltre al risarcimento per danni derivanti dai vizi, la cui natura è incerta<sup>170</sup>).

Ci si potrebbe chiedere, a dire il vero, se nelle ipotesi di doveri informativi non ricorra più semplicemente un dolo determinante. È nota l'opinione dottrinale che allarga il dolo oltre i raggiri, sino a farlo coincidere con la violazione di un obbligo di informare (in un senso simile a quello fatto qui proprio). Sennonché, oltre a violare il criterio di metodo su cui si è impostata l'attuale ricerca, questo esito varrebbe probabilmente solo per l'informazione omessa intenzionalmente, e non solo colposamente (così secondo la

---

<sup>170</sup> Cfr. in particolare artt. 1494, 1578, 1812, 1821 c.c. In dottrina v. L. MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 17 ss.; pure ID., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per i danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 297 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 75 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979, 468; F. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, 46 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 222; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 640 s.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 302 s.; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit., 330 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità*, cit., 103 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 96 s. Quanto, ad esempio, all'art. 1494 c.c., si potrebbe ritenere che il primo comma di quest'articolo imponga un risarcimento (in misura dei *Mangelschäden*) di un interesse positivo, individuato nei danni cui una parte non sarebbe andata incontro se avesse ottenuto il bene della vita che, per l'appunto, supposeva di essersi procurata (mentre il secondo comma, riguardando i *Mangelfolgeschäden*, afferirebbe alla mancata informazione già precontrattuale e però poi anche contrattuale; sulla distinzione tedesca ricordata v. per tutti, benché prima della *Modernisierung*, U. HUBER, *Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1977, 282 s.). Questa ricostruzione potrebbe ricordare da vicino quella che a breve si proporrà per il dolo incidente e, quindi, potrebbe intendersi come volta a sanzionare un illecito precontrattuale. A tale idea potrebbe ribattersi in questo senso: la garanzia per i vizi (su cui v. L. MENGONI, *Profili*, cit., 4 e 15, nonché G. AMADIO, *Il trasferimento precario*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, 169) opera dall'interno del regolamento contrattuale (non in virtù di un risarcimento precontrattuale, pur commisurato a un interesse positivo); è probabile che sia corretta un'analoga configurazione – interna al contratto e quindi quale sanzione per l'inattuazione del vincolo da esso nascente – per l'art. 1494, comma 1, c.c.

maggior parte della dottrina). Rimarrebbe tutta una serie di scorrettezze a rilievo – inopinatamente, stante la loro assimilabilità alle altre scorrettezze – solo risarcitorio.

In ultimo, va considerato un altro errore atipico, assistito dai soliti rimedi: quello che si ha allorché una parte non solo deve informare controparte, ma anzitutto deve riconoscere la situazione reale. Tale ipotesi è estrema e rara, richiedendo probabilmente non già soltanto un'asimmetria nel rapporto con l'informazione, ma anche una totale pendenza del rapporto a favore di una parte, obbligata a riparare alla sua posizione di forza tramite un *surplus* informativo. L'affidamento soggettivo, anche in questo caso, sarà pari a ciò che la parte errante crede, non avendo ricevuto l'informazione necessaria.

Seguendo la tesi indicata, accanto all'errore tipico appaiono esservi molteplici errori atipici.

E, a questo punto, sarà facile intendere a cosa confinare il dolo: non v'è alcun bisogno di estenderlo oltre i casi di veri e propri raggi (al plurale<sup>171</sup>). Del resto, la sua limitazione solo a questi ha

---

<sup>171</sup> Cfr. soprattutto M. DE POLI, *Servono ancora i 'raggi' per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 911 ss., e ID., *I mezzi dell'attività ingannatoria e la reticenza da Alberto Trabucchi alla stagione della 'trasparenza contrattuale'*, *ivi*, 2011, I, 647 ss. Per altre tesi sul dolo tendenti a restringerlo, sebbene non tanto come secondo la proposta di cui al testo, v. A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 526 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 67, testo e nt. 80; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 102; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, cit., 746 (annoverando solo l'omissione di informazioni imposte dalla legge, come in virtù degli artt. 1892 e 1893 c.c.). Il rischio, allargando il dolo, è quello di eliminare lo spazio dell'errore: v. allora V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 170 s. e 761 ss.; E. DAMIANI, *Informazioni precontrattuali e responsabilità*, in *Violazioni del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. del Prato, Milano, 2003, 174; C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza dell'errore del 'deceptus'*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 386; spunti già in V. PIETROBON, *Il dovere generale*, cit., 92. E, però, la necessità di inglobare nel dolo la reticenza si perde, allorché si ammette la ricostruibilità di vizi atipici, a partire da quelli, ristretti, previsti dal codice; ancora meno v'è bisogno di ipotizzare una reticenza semplicemente colposa (o una menzogna colposa). Sulla reticenza v. spec. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 163 e 665; F.

un suo senso, se si pensa, ad esempio, che il legislatore coerentemente non ha previsto per il dolo la rettifica del contratto, quasi a evitare che il *deceptus* sia ancora costretto ad avere a che fare con un vero e proprio truffatore in un caso di vizio determinante.

A sua volta, l'affidamento dell'ingannato non potrà che avere come oggetto il contratto che egli suppone di andare a concludere<sup>172</sup>. Solo là dove sia irragionevole supporre che il raggirato cada nell'inganno si adotterà una diversa soluzione: ma allora si sarà nell'ambito del *dolus bonus* e si dovrà ammettere che manca, a monte, l'artificio<sup>173</sup>. Tuttavia, se una parte pur inopinatamente credesse a quanto riferitole, si potrebbe ricadere nell'errore riconosciuto.

Accanto al dolo, e non sovrapposta allo stesso, resta invece la menzogna, alla quale dovrebbe applicarsi il trattamento degli errori che colpiscono una parte in condizione di asimmetria, là

---

VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in *Contr.*, 2012, 888 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, cit., 545 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., spec. 97 ss.; E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006, 271 s.; A. GENTILI, voce *Dolo - I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 2; M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 233 s. Sul dolo colposo v. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, cit., 537 ss.; P. LAMBRINI, *Raggirato colposo e 'actio de dolo malo'*, in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, 271 ss.; A. GENTILI, voce *Dolo*, cit., 3 s.; *contra* la letteratura più risalente: A. TRABUCCHI, voce *Dolo (diritto civile)*, in *Nov.mo Dig.*, VI, Torino, 1960, 151; C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, cit., 1964, 746). La questione si è posta anche nell'ordinamento tedesco: v. H.C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung*, cit., 137 ss. V. pure, in generale sulla menzogna, G. WAGNER, *Lügen im Vertragsrecht*, in *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, hrsg. von R. Zimmermann, Tübingen, 2007, 59 ss.

<sup>172</sup> La riconoscibilità è *in re ipsa* (così V. FRANCESCHELLI, *Diritto privato*<sup>5</sup>, Milano, 2011, 688).

<sup>173</sup> P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui?*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1389. Sul *dolus bonus* v. G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra 'dolus bonus' e 'dolus malus'*, in *Annali del Seminario giuridico - Università di Palermo*, XXVI, Palermo, 1957, 5 ss. (a proposito del quale v. di recente v. G. SMORTO, *Dal 'dolus bonus' alla 'réclame' non obiettiva. A margine dei due saggi di Giovanni Criscuoli*, in *Modernità del pensiero di giuridico di G. Criscuoli e diritto comparato*, III, a cura di A. Miranda, Torino, 2015, 439 ss.).

dove la menzogna sia dolosa e sia normale che la controparte si fidi (o sia riconosciuto che si sia fidata), oppure là dove essa sia colposa e sia ragionevole per la controparte fidarsi dell'informazione che la menzogna veicola, senza compiere altre indagini.

Possiamo ora tirare le fila del discorso (passando anche a considerare i vizi incidenti).

Si è visto come soltanto considerando la buona fede precontrattuale, nella sua accezione più lata, è possibile individuare correttamente l'affidamento soggettivo precontrattuale.

Quanto ai rimedi, nel caso di divergenza tra l'affidamento soggettivo e la realtà, si è visto come possa essere ammesso il solo annullamento oppure l'annullamento in concorso con il risarcimento del danno: anzi, nell'ambito dei vizi atipici tali azioni sono quasi sempre entrambe ammissibili<sup>174</sup>. Seguendo quest'opinione, si deve escludere la cittadinanza nell'ordinamento di vizi incompleti (determinanti), giacché il loro terreno appare occupato dai vizi del consenso atipici, di per sé completi.

Quanto al risarcimento del danno in caso di vizi del consenso che corrispondono a scorrettezze, esso ha sempre ad oggetto quanto si è perso per aver intrattenuto una trattativa inutile e, eventualmente, per aver concluso un contratto non voluto<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Semmai, si potrebbe ipotizzare che nei (rarissimi) casi in cui la scorrettezza non vi è, per mancanza di imputabilità della condotta, residui comunque il vizio atipico del consenso.

<sup>175</sup> La tesi esposta limita dunque la risarcibilità allo stretto interesse negativo. Va notato come in dottrina sussistano opinioni divergenti (secondo A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo [e dell'interesse positivo] nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 794 ss., la responsabilità precontrattuale è unificata non dalla risarcibilità dell'interesse negativo, ma solo «dalla modalità cronologica della condotta lesiva»), e come nel campo dei vizi incompleti e da parte dei loro sostenitori si finisca spesso per ammettere un risarcimento parametrato alla trattativa ipotetica (M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 186; in Francia si giunge a porsi un tale dubbio anche nell'ambito dell'interruzione della trattativa: v. D. MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels: toujours moins...?*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 2963 ss.).

Inoltre, ove non si voglia caducare il contratto, può essere richiesto anche il solo risarcimento del danno (salvo chiedersi, allora, se non viga una regola di pregiudizialità)<sup>176</sup>; anche in questo caso esso corrisponde all'interesse negativo, ossia a quanto si è perso durante la trattativa e a contratto concluso (oltre al valore negativo che il contratto in sé rappresenta).

Non si può ritenere, in altri termini, che le mancate informazioni possano essere considerate in positivo, come oggetto di obblighi (che del resto diverrebbero di prestazione, e non di protezione<sup>177</sup>). Di talché, il risarcimento non potrà mai considerare le condizioni a cui si sarebbe concluso il contratto se si fosse data l'informazione dovuta.

Soltanto nei – limitati, in base alla definizione che s'è offerta – casi di vizi incidenti può applicarsi una *ratio* differente<sup>178</sup>.

A contratto concluso, il dolo incidente (il cui ambito è molto ristretto, se si accetta l'equazione tra dolo e raggiri) consente il risarcimento di un vero e proprio interesse positivo<sup>179</sup>: ossia, va

---

<sup>176</sup> V., in senso vario, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1033; S. PAGLIANTINI, *Il danno (da reato) ed il concetto di differenza patrimoniale nel caso Cir-Fininvest: una prima lettura di Cass. 21255/2013*, in *Contr.*, 2014, 119, nt. 39; G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2014, 288 s.; A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 334. Sulla pregiudizialità v. nt. 228.

<sup>177</sup> M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 147.

<sup>178</sup> Aderendo all'idea che subito si sosterrà, il dolo incidente appare non essere modello dei vizi incompleti (come invece sostenuto da M. MANTOVANI, *Vizi incompleti*, cit., 16 e 127 ss., e da V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 771): da un lato, perché essi non esistono (se non nel campo dei vizi incidenti, a sua volta limitato secondo la definizione che s'è proposta in apertura di paragrafo); dall'altro, perché il danno da dolo incidente gode di un regime risarcitorio diverso da quello previsto per le altre scorrettezze incidenti.

<sup>179</sup> Che vedremo essere il bene della vita protetto, di norma solo eventualmente, dalla posizione giuridica tipica delle trattative: l'interesse legittimo. In dottrina sull'oggetto del risarcimento nel caso di dolo incidente sono sostenute numerose opinioni, sulla cui eterogeneità pesa anche il diverso modo di intendere l'interesse negativo e quello positivo. Ammettono, ad esempio, il risarcimento di un interesse positivo A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, 2004, 281, e T. DALLA

posto il *deceptus* nella stessa situazione in cui sarebbe se fosse stato concluso il contratto da lui sperato (per equivalente o, *ex art.* 2058 c.c., in forma specifica).

Per avvedersene, si può notare come a fronte di una condotta particolarmente grave appaia congrua una sanzione altrettanto grave. Per di più, così facendo si consente al giudice di non entrare in quella zona grigia che altrimenti si aprirebbe, ove ci si dovesse chiedere a che condizioni le parti avrebbero concluso il contratto se non vi fosse stato il raggio: zona grigia in cui mancano spesso riferimenti sicuri, se sol si pensa che le parti avrebbero potuto anche non concludere alcun contratto, se non vi fossero stati i raggiri. Infine, questa soluzione appare del tutto in linea con la storia del dolo incidente<sup>180</sup>, che attesta come questo rimedio conservativo non fosse altro che una forma atecnica di annullamento parziale, volta di fatto a permettere una riduzione del prezzo<sup>181</sup>.

Restano, al di fuori, i casi di errore incidente corrispondenti a una scorrettezza. Nell'ipotesi in cui si sia concluso il contratto, è inevitabile ammettere proprio, e unicamente, il rimedio risarcitorio, basato su un'ipotesi di evoluzione secondo buona fede (e in

---

MASSARA, *Dolo incidente: 'quantum' risarcitorio e 'natura' della responsabilità*, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss. (*contra*, C. CASTRONOVO, *Vaga 'culpa'*, cit., 4, nt. 5); ritiene che l'art. 1440 c.c. non corrisponda a un'ipotesi di responsabilità precontrattuale, ma semplicemente contrattuale. C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 701 ss. Cfr. su questi profili anche F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1153 ss.

<sup>180</sup> Cfr. P. SIRENA, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 5 s.

<sup>181</sup> Di fatto, il risarcimento dell'interesse positivo si discosterà da quello dell'interesse negativo solo ove il contratto supposto dal *decipiens* prevedesse condizioni migliori di quelle di mercato. V. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 639.

positivo) della trattativa. Pur con tutti i suoi limiti già indicati, questa soluzione s'impone per la sua neutralità<sup>182</sup>.

Non sarebbe possibile, invece, ammettere l'annullabilità, nemmeno nel caso di scorrettezza: tale esito sarebbe eccessivo, alla luce del principio generale di conservazione del contratto. Ma anche un trattamento risarcitorio pari a quello proposto per il dolo incidente non sembra plausibile, giacché troppo elevato. E il risarcimento dell'interesse negativo, pur con il limite dell'interesse positivo di cui a breve parleremo, sembrerebbe invece troppo ridotto, qualora le parti avessero contrattato a condizioni deteriori rispetto a quelle di mercato.

Ma la logica presuntiva ha, nell'ambito dell'errore incidente, una sua razionalità, se si pone mente al trattamento che tale errore deve ricevere ove scoperto prima del perfezionamento del contratto.

Prima della conclusione del contratto, infatti, si deve ritenere che i (futuri) vizi incidenti non consentano sempre di abbandonare la trattativa e di addebitarne i costi a controparte (ove scorrettamente taciuti). Un tale esito può ammettersi per il dolo

---

<sup>182</sup> Si v. alcune delle formule utilizzate in dottrina con riferimento al dolo: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine*<sup>9</sup>, cit., 170 («il risarcimento del danno» è «costituito dalla differenza fra la situazione creata col negozio per la vittima del dolo, e quella più vantaggiosa che, senza il dolo, si sarebbe costituita»; adesivamente C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, cit., 747, nt. 50); A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., 35 («il danno consiste tutto, e soltanto, proprio in questa diversità fra la condizione contrattuale che si sarebbe avuta, ove non ci fosse stata l'attività ingannatoria e quella che, in concreto, a causa di tale attività ingannatoria si è verificata»); C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 176 e 667 s. (il danno consiste «nelle migliori condizioni che il contraente avrebbe ottenuto senza l'illecita ingerenza della controparte o del terzo»); G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1137 s. (si tratterebbe di un interesse negativo, ma da parametrarsi all'«ipotetico interesse 'positivo' che sarebbe sorto in capo al soggetto se il regolamento contrattuale fosse stato definito in assenza del dolo»); V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 770 (si risarciscono «tutte le utilità perse dalla vittima per aver contratto alle condizioni suggerite dall'inganno»).

incidente (salvo che la controparte non consenta di continuare la trattativa alle condizioni sperate dal *deceptus* o ad altre economicamente equivalenti); viceversa, l'errore incidente corrispondente a scorrettezza impone soltanto al contraente sleale di trattare, sul punto su cui v'è stata la falsa rappresentazione, in buona fede (e solo in caso contrario la controparte avrà la facoltà di uscire dalla trattativa chiedendo il risarcimento dell'interesse negativo).

14. *Sulla necessità di ricercare nell'ordinamento una forma giuridica adeguata per il rapporto precontrattuale*

Abbiamo, così, valutato come si debba ricostruire l'affidamento soggettivo e quali siano le tutele che lo assistono. A questo punto resta da chiedersi come tale affidamento soggettivo si inserisca nel rapporto precontrattuale: ossia, che forma giuridica quest'ultimo assuma e come su questo incida l'affidamento soggettivo.

Di certo, la relazione precontrattuale non può vestire le forme del rapporto debito-credito. Ci si potrebbe però domandare se non sia soddisfacente la sua riconduzione al rapporto obbligatorio, sotto forma di obbligazione senza prestazione e di correlativa posizione di vantaggio (quest'ultima, per vero, ancora poco studiata in dottrina).

Rispondere a tale quesito richiede di formulare un'ipotesi sul concetto di obbligo di protezione (che in Italia non è sancito positivamente), giacché, ove non lo si accogliesse, cadrebbe anche la nozione (derivata) di obbligazione senza prestazione.

La dottrina che ha approfondito il tema ha sostenuto opinioni tra loro molto varie.

A fronte di autori che ammettono la cittadinanza nel nostro ordinamento degli obblighi di protezione<sup>183</sup>, altri invece dissentono aspramente<sup>184</sup> e altri ancora, invece, ammettono che la buona fede possa in qualche modo arricchire il rapporto obbligatorio (di prestazione)<sup>185</sup>, senza però esercitare il suo ruolo tramite la creazione di obblighi.

---

<sup>183</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi' (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 366 ss., e F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss. Sul concetto di obbligo di protezione cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; già ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 99 ss.; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, oggi in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 284 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 222 ss.; E. MOSCATI, *Profilo attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, 69 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 81 ss. (spec. 88 ss.) e 97 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 64 ss.; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., 407 s. e 417 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 42 ss.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il 'mobbing'*, Milano, 2004, 24 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss.; G. VISINTINI, sub art. 1218 c.c.<sup>2</sup>, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2006, 286 ss.; L. ROVELLI, voce *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, Torino, 1989, 426 s.

<sup>184</sup> U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1974, 14 ss., spec. 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di Giovan Battista Funaioli*, Milano, 1961, 148; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 170 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 129 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili*, cit., 179 ss.; A. CHECCHINI, *Rapporti*, cit, 355 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 86 ss. e 94; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal contratto al torto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 330 s.

<sup>185</sup> U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 72 e 131.

Quest'ultima ricostruzione pare la più convincente. Nell'ambito del rapporto obbligatorio (di prestazione) la buona fede assume un ruolo costruttivo, giacché essa impone una condotta debitoria più complessa della prestazione puramente intesa, a fronte di un interesse creditorio anch'esso più complesso<sup>186</sup>.

Più precisamente, deve ritenersi che l'interesse del creditore tutelato non sia solo quello a una condotta del debitore, ma semmai quello a una condotta che nel suo svolgersi sia corretta e, quindi, non causi quei danni ai beni preesistenti del creditore che secondo correttezza non vanno arrecati.

Non serve, per giungere a questo esito, postulare l'esistenza di obblighi di protezione: tanto più che tale concetto lascia aperti alcuni dubbi.

L'idea di obbligo, infatti, non riesce a staccarsi dall'idea di prestazione, che invece manca nel caso di semplice protezione<sup>187</sup>. Nella prospettiva dell'obbligo anche il semplice proteggere tende a ridondare in un *facere*, in una condotta attiva protettiva, che finisce con l'essere di prestazione; al contrario, per mantenere una sua autonomia dalla prestazione, il proteggere, lungi dal venire assorbito in un obbligo, dev'essere semplice modalità di una (diversa) prestazione.

Non solo: l'obbligo ricorda una struttura statica e fissa, e non in continuo movimento, come avviene per certo per quelle modalità di attribuzione della prestazione che la buona fede individua. Di talché, piuttosto che ipotizzare un fascio di obblighi

---

<sup>186</sup> Non è tanto l'oggetto dell'obbligazione a risultare 'complesso' (come vuole la dottrina tedesca), quanto la 'condotta debitoria' (secondo l'indicazione di U. BRECCIA, *Diligenza*, cit., 72) o – se si preferisce – l'*Obligationsprogramm* (così, sulla scia di Esser, C.A. CANNATA, *Le obbligazioni*, cit., 36, che pur utilizza questo concetto per farne derivare una visione analitica del fenomeno, ammettendo quindi la nozione di obbligo di protezione).

<sup>187</sup> V. M. MAGGIOLO, *Il risarcimento*, cit., 156 s.

di protezione, che in ogni istante nascono e muoiono e si rinnovano momento dopo momento, è più semplice ritenere che nel rapporto obbligatorio (di prestazione) la buona fede dia vita a regole (per così dire ‘di attribuzione della prestazione’<sup>188</sup>) che mutano di continuo nel corso della vita del rapporto precontrattuale, la cui violazione dà luogo a una peculiare forma di inadempimento inesatto.

In sintesi: l’obbligo vero e proprio esiste solo come obbligazione (complessa sia dal punto di vista dell’attività da eseguire, sia da quello dell’interesse da soddisfare); viceversa, all’interno dell’obbligazione una visione analitica dei vari momenti precettivi, volta a separare tra loro vari obblighi, ne snaturerebbe la nozione.

Per tale ragione è preferibile parlare di semplici ‘regole’ di buona fede, che dettano il *come dev’essere* adempiuta l’obbligazione (e, a monte, che individuano il contenuto dell’interesse creditorio). Queste regole mirano tanto a far conseguire la massima utilità al creditore, quanto a evitare danni a beni ‘altri’ afferenti proprio al creditore.

All’interno di queste regole, tutt’al più, può individuarsi una sfera per così dire pretensiva (attinente alla vera e propria prestazione) e una protettiva, corrispondenti rispettivamente all’ottenimento della prestazione intesa in senso stretto e alla protezione da danni arrecati ad altri interessi.

Limitiamo l’attenzione alle regole protettive: esse prescrivono, nello svolgere la prestazione<sup>189</sup>, di porla in essere in

---

<sup>188</sup> V. A. D’ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII-4\*\*, Torino, 2004, 37 s. (che però ne deduce la legittimità della funzione ‘integrativa’, intesa in senso classico, della buona fede).

<sup>189</sup> Non basta un nesso di semplice ‘occasionalità’ con la prestazione (Hein. STOLL, *Abschied*, cit., 298 s., nt. 87), come ha osservato L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 369, nt. 15 (e poi F. BENATTI, *Osservazioni*, cit., 1361, A. DI MAJO GIAQUINTO, *L’esecuzione*, cit., 418, nt. 114, nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto*

modo tale da evitare danni o comunque osservando una certa diligenza al fine di evitare danni<sup>190</sup>. La loro violazione concreta sempre un inesatto adempimento e dà luogo a responsabilità. Può immaginarsi, tra l'altro, che di fronte al rischio di una tale violazione sia rifiutabile la prestazione, aprendosi allora lo spazio per un'azione di adempimento (là dove la regola di buona fede si sovrapponga in larga parte all'esecuzione della prestazione), oppure che sia esperibile un'azione inibitoria.

Ma di questo non si può certo parlare nella presente sede: basti dire allora che, esclusa la cittadinanza nell'ordinamento degli obblighi di protezione, cade l'idea di un rapporto obbligatorio unicamente di protezione.

Ci si potrebbe, a questo punto, chiedere se la responsabilità precontrattuale vada attratta alla responsabilità aquiliana<sup>191</sup>.

---

e le tutele, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 477, e L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 487 s.).

<sup>190</sup> Si tratta di regole che possono vietare *tout court* un danno oppure vietare una condotta non diligente che arreca un danno. Nel primo caso sarà maggiore lo spazio della prova della non imputabilità della violazione. Cfr. A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 878 s.

<sup>191</sup> Su cui si v. anzitutto gli studi, che hanno dato vita al dibattito moderno, di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; P. SCHLESINGER, *La 'ingiustizia' del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 342 s.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 112 s. Oggi la dottrina si divide tra chi rinviene nell'art. 2043 c.c. una norma primaria e chi ritiene che sia una norma secondaria. Cfr., da un lato, F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*<sup>3</sup>, Torino, 2013, 147 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., 419 ss.; P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 97 ss.; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 27 s.; dall'altro C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 3 ss. e 45 ss. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 151 s.; F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno' e antiguridicità*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 703 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1996 3 ss. Cfr. anche G. ALPA-M. BESSONE, *Atipicità*

Per escludere questo esito non sarebbe sufficiente aderire a quelle tesi secondo cui la responsabilità extracontrattuale, pur intesa in modo ampio, si deve appuntare anche nel nostro sistema su una struttura dogmatica di riferimento, che coincide con l'ingiustizia del danno per la lesione di interessi (già) protetti e con l'illiceità della condotta per violazione di norme di protezione.

È vero, infatti, che finanche se si rinviene nell'art. 2043 c.c. una clausola generale, ciò non può voler dire che tale disposizione rinvii alla sensibilità dell'interprete per risolvere un conflitto di interessi. La tutela aquiliana richiede che l'interprete rinvenga interessi protetti o norme di protezione all'interno del sistema (e, quindi, anche qui nel dialogo tra la socialità e la sua declinazione giuridica).

Tuttavia, vi è chi accetta questa idea e, al tempo stesso, allarga di molto l'ambito della responsabilità aquiliana, estendendola anche alla responsabilità precontrattuale (ove i conflitti definiti 'modali' tra parti della trattativa sarebbero risolti proprio dalla regola di buona fede)<sup>192</sup>. Per di più, anche chi non aderisce alle tesi poc'anzi esposte giunge poi ad ammettere che il criterio per l'allocazione del danno tra le sfere giuridiche del danneggiante e del danneggiato nell'ambito della responsabilità precontrattuale sia la buona fede<sup>193</sup>: di fatto, anche se queste ricostruzioni si appuntano

---

*dell'illecito*, I<sup>2</sup>, *I profili dottrinali*, Milano, 1980 (e oggi G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 358 ss.).

<sup>192</sup> V. pure M. BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e 'ingiustizia' del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 423 ss., il quale, nel costruire l'art. 2043 c.c. come norma secondaria, amplia però molto l'area della responsabilità aquiliana.

<sup>193</sup> F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., 171 ss., spec. 203 ss.; E. NAVARRETTA, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 625 ss. Critico C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 26 ss., oltre che F. PIRAINO, *Ingiustizia del danno*, cit., 729 ss.

sull'ingiustizia del danno e sulla ricerca di un interesse leso<sup>194</sup>, esse finiscono per attribuire un amplissimo spazio alla buona fede, quasi a farne una norma di protezione.

L'interrogativo, allora, si sposta: v'è da chiedersi se la buona fede possa operare in ambito aquiliano. L'autorevolissima risposta negativa – per cui la correttezza è sempre regola di un rapporto<sup>195</sup> – è stata sottoposta di recente a critica, notando che nell'ambito della concorrenza sleale (artt. 2598 ss. c.c.)<sup>196</sup> la correttezza commerciale è elevata dal legislatore a norma (aquiliana) di protezione.

Ma a questa obiezione può replicarsi. Il fatto è che la buona fede, anche per la sua origine storica, corrisponde a un insieme di regole valedoli nei rapporti patrimoniali, che si presentano come più intense nei rapporti commerciali e scemano là dove da questi ci si distanzia. Tali regole, a loro volta, nell'ambito commerciale per eccellenza operano addirittura al di fuori di un previo rapporto; viceversa, allontanandosi da quest'area, esse presuppongono quanto meno la previa instaurazione di una relazione, che da esse sarà poi disciplinata.

Così avviene, in particolare, nello spazio occupato dal precontratto, ove sussiste sempre una relazione: essa è veicolata da un affidamento soggettivo – per lo meno apparente – delle parti,

---

<sup>194</sup> V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 155, che richiama la lesione «della libertà negoziale» (benché successivamente sostenga che è la colpa, e non la buona fede, il criterio per la valutazione della condotta precontrattuale, si può ritenere che anche per quest'autore valga quanto scritto nel testo).

<sup>195</sup> L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 272.

<sup>196</sup> Da ultimo, C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 852, nt. 57; già E. NAVARRETTA, *Riflessioni*, cit., 2426. V. però C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 702 secondo cui «il legislatore può adoperare tale categoria anche al di fuori del rapporto obbligatorio»; A. D'ANGELO, *Buona fede-correttezza nell'esecuzione del contratto*, in *Tratt. Visintini*, I, Padova, 2009, 101 s.

giacché nel momento stesso in cui quest'ultimo nasce si riproduce nel concreto quella specifica fattispecie astratta, che crea tra le parti una relazione dominata dalla buona fede (da una buona fede avvertita come giuridicamente rilevante). Ovviamente, deve trattarsi di un affidamento soggettivo che insiste su un ambito precontrattuale.

Se ne deve dedurre che la forma giuridica più adeguata entro cui collocare le violazioni precontrattuali della buona fede è quella del rapporto giuridico<sup>197</sup>. Risulterebbe, invece, del tutto incongruo applicare un modello a-relazionale come quello aquiliano (il quale, tra l'altro, non riuscirebbe a tenere conto della complessità rimediabile che connota la tutela delle parti della trattativa, se solo si pensa all'intreccio tra regole di responsabilità e regole di validità). Anche dal punto di vista pratico lo sbocco aquiliano non è del tutto convincente: nel caso, ad esempio, in cui sia un rappresentante a condurre una trattativa, è più congruo che il rappresentato risponda della sua attività *ex art. 1228 c.c.*, come se fosse stato lui a creare la situazione affidante, che *ex art. 2049 c.c.* (ovviamente, a parte resta il caso di *falsus procurator*, in cui è il rappresentante stesso a entrare nella trattativa<sup>198</sup>).

---

<sup>197</sup> Sul concetto di rapporto giuridico v. P. STANZIONE, voce *Rapporto giuridico - II* *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 1 ss.; S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1987, 289; G. LAZZARO, voce *Rapporto giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 787; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 415 ss.

<sup>198</sup> A parte v'è anche il caso di rappresentante che sia a conoscenza o comunque sia partecipe della scorrettezza che, tramite lui, il rappresentato compie. In tal caso egli dovrebbe rispondere per interferenza nella trattativa: tema, che, però incrocia il problema della partecipazione di terzi (rispetto al futuro contratto) alle trattative e che si è volutamente lasciato fuori dalla presente indagine. V. sul punto C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 159; invece sul minore che contrae in proprio v. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 69.

Il rapporto giuridico che viene in luce è, giocoforza, più esteso delle singole regole di buona fede, che, prive del riferimento a una prestazione obbligatoria, si presentano per così dire ‘allo stato puro’, creandosi di momento in momento e mai cristallizzandosi in un obbligo. Piuttosto, il rapporto giuridico corrisponde alla stessa peculiare relazione tra le parti, dominata dall'affidamento oggettivo, che in concreto nasce non appena sorge un particolare affidamento soggettivo. Si tratta di una relazione che funge da cornice: nel senso che l'ordinamento giuridico deve, per declinare nel miglior modo le istanze sociali, isolare talune relazioni e cucirvi sopra una struttura giuridica, al cui interno si sviluppano le regole di buona fede fornite di sanzione giuridica.

Nell'ambito di questa cornice, infatti, non sussistono obblighi di protezione, ma direttamente regole di buona fede. Esse, esattamente come nel credito, mutano di momento in momento, sanzionando la condotta che non vi si conformi (ossia, che le violi<sup>199</sup>). A tal riguardo non è del tutto persuasiva l'obiezione dei propugnatori della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, per cui si tratterebbe pur sempre di compiere *ex post* un bilanciamento di valori e non già di valutare la lesione *ex ante* di un obbligo (*rectius*: di una regola di buona fede). È vero, infatti, che l'interprete procede *ex post* nella sua verifica, ma ciò avviene perché ogni operazione di ricostruzione sistematica e quindi di qualificazione giuridica del fatto è compiuta *ex post*.

In breve: nel precontratto sussiste un rapporto di protezione, non a natura obbligatoria, composto da più ‘regole’ di buona fede. L'obbligatorietà si perde giacché, venuto meno il riferimento alla

---

<sup>199</sup> Pur nella prospettiva degli obblighi di protezione, esclude che per essi si dia la possibilità di un inadempimento, e parla invece di violazione, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 72.

prestazione, la buona fede non può essere modalità di un'attività debitoria. Essa, semmai, darà vita immediatamente a regole di condotta, che consistono semplicemente in modelli di comportamento da rispettare nell'ambito di una relazione e che di continuo mutano e fluiscono. Prima di domandarci che *nomen* attribuire a questa struttura giuridica di cornice, è utile indagare meglio queste regole di buona fede 'pure' e valutare come, giuridicamente, possano essere sanzionate.

La loro peculiarità sta in questo: esse sono regole volte a vietare condotte commissive. Lo abbiamo già visto per quanto riguarda l'affidamento soggettivo, rispetto al quale la buona fede impone di non far nascere o non mantenere (in talune circostanze) un affidamento non veridico. Lo stesso vale anche, e perfino, per quelle regole di protezione di beni 'altri' che anche nella relazione precontrattuale la buona fede fa sorgere, purché vi sia un nesso di stretta causalità (e non occasionalità) rispetto al fulcro del rapporto.

*Vertrauenshaftung* e *Anvertrauenshaftung* compongono, nella relazione precontrattuale, uno schema peculiare, corrispondente in senso lato alla parte pretensiva e a quella protettiva dei diritti di credito: con la peculiarità che precontrattualmente anche la parte pretensiva è tutelata non in positivo, ma in negativo (come affidamento che non doveva, a partire da un certo momento, sorgere).

Solo in taluni casi a essere vietate dalla buona fede sono condotte non commissive, ma omissive<sup>200</sup>. Ciò, nondimeno, non avverrà mai con riguardo alla parte pretensiva della relazione precontrattuale (che altrimenti finirebbe per offrire una tutela in

---

<sup>200</sup> Mentre per C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., 4, l'obbligo di protezione «ascrive alla logica del *facere* quell'area che, fuori dal rapporto obbligatorio, sarebbe presieduta dalla logica del *non facere*».

positivo, e non in negativo<sup>201</sup>); potrà però accadere con riguardo alla parte protettiva, là dove un soggetto assuma una sorta di posizione di garanzia, in virtù della quale si giustifichi la doverosità di una condotta non omissiva (ad esempio, qualora egli riceva in consegna un bene da restituire, dovendo allora evitare il danno consistente nell'altrui privazione del bene oltre un certo momento temporale).

Le regole di buona fede non fondano, comunque, obbligazioni negative<sup>202</sup>, proprio perché esse sono semplici regole (che operano entro una cornice giuridica ancora da individuare dogmaticamente), continuamente cangianti; sono regole che in sé e per sé danno vita a una scorrettezza (essendo di buona fede), non richiedendo che venga individuato, quale bene tutelato, uno specifico interesse a un'omissione altrui o, *a fortiori*, che esso venga protetto obbligatoriamente.

---

<sup>201</sup> Come vedremo, questo è quanto accade in una figura simile a quella che dà forma giuridica al rapporto precontrattuale: ossia nell'interesse legittimo pretensivo (positivo, e non negativo, come invece definiremo l'interesse legittimo precontrattuale). In tale ipotesi un soggetto, di fronte all'aspettativa di un altro soggetto di ottenere un bene della vita, può fornirgli, come anche negargli, tale bene della vita, ma sempre deve agire secondo buona fede; la controparte può contestargli le condotte scorrette, ottenendo per esse una tutela in positivo. Ce ne si avvede facilmente se si pensa a taluni esempi emblematici, ossia all'interesse legittimo pretensivo pubblicistico e all'obbligo di negoziare in buona fede: in entrambi la parte passiva del rapporto può agire liberamente, ma sempre rispettando la buona fede. La condotta scorretta (che per la p.a. è quella corrispondente a una illegittimità provvedimentoale o a un ritardo) consente alla parte attiva di reagire e di chiedere non tanto la soddisfazione dell'interesse, quanto una condotta conforme a buona fede e, per il passato, un risarcimento del danno (per il ritardo o, se del caso, per la perdita di *chances*).

<sup>202</sup> Per quanto il collegamento sia evidente (L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., 1096, nt. 159, nell'ottica degli obblighi di protezione), soprattutto ove la buona fede imponga – come normalmente avviene – una condotta omissiva (ma, a dire il vero, lo stesso può dirsi anche quando la condotta è commissiva, giacché il fatto stesso che il regole di buona fede mutino continuamente impedisce di parlare di obblighi e quindi di azioni di adempimento, salvo il caso del pseudo-adempimento di cui alla nt. successiva).

Allorché vengono violate, tali regole rendono, per così dire, impossibile il loro rispetto. Per questa ragione alle stesse può applicarsi analogicamente, in caso di violazione, l'art. 1218 c.c.; d'altro canto, tale disposizione guarda inevitabilmente al passato. In caso di pericolo di (futura) violazione, invece, può tutt'al più supporre una tutela inibitoria<sup>203</sup>, purché ciò non riguardi la parte

---

<sup>203</sup> Sull'inibitoria v. M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 1987, 85 ss.; U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria. Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III<sup>4</sup>, Milano, 2003, 144 ss. Con riguardo agli obblighi di protezione, in Germania è discusso se possano essere attivati in forma specifica: cfr. R. STÜRNER, *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*, in *JZ*, 1976, 385 ss.; D. MEDICUS-S. LORENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 2008, 245 ss. In Italia cfr. S. MAZZAMUTO, *Il 'mobbing'*, cit., spec. 36 s., anche per indicazioni bibliografiche. Stando a quanto si è scritto nel testo, non è ammissibile un'azione di adempimento per la tutela delle regole di buona fede. Il tema incrocia soprattutto l'attuale art. 2087 c.c. (in Germania: § 618 BGB): come vedremo nel prossimo paragrafo, la posizione del debitore è tutelata grazie all'attivabilità risarcitoria di regole di buona fede, all'interno di una struttura generale simile (ma non identica) a quella che connota la relazione precontrattuale (l'una è un interesse legittimo protettivo, l'altra un interesse legittimo pretensivo negativo); ci si può chiedere, allora, come qualificare la tutela prevista dall'art. 2087 c.c. Il punto, assai discusso in dottrina (v. per tutti P. ALBI, sub *art. 2087 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, 246 ss.) non richiede per essere risolto di aderire all'idea di obblighi di protezione. Probabilmente si tratta, anche qui, di un momento conservativo che, abbinandosi a una posizione di garanzia (del datore di lavoro, rispetto alla salute del lavoratore), finisce per essere pretensivo. Più complesso è chiedersi se, allora, esso si traduca in una specifica conformazione del rapporto di protezione (qui definito come interesse legittimo), al cui interno la buona fede imporrebbe una condotta eccezionalmente attiva, o in un diritto di credito: ma il profilo non è di nostro interesse. Più utile è chiedersi se, in ogni caso in cui la buona fede dia fondamento a una doverosa condotta commissiva, le tutele possano in parte cambiare. La risposta è probabilmente positiva: l'azione inibitoria richiederà di non continuare la condotta lesiva e, quindi, di porre in essere un *facere* che sia rispettoso della buona fede, tra tutti quelli ammissibili. Inoltre, là dove sussista un solo *facere* corrispondente alla buona fede e sia evidente che le regole di buona fede perdureranno anche in futuro, l'inibitoria – in virtù del principio di effettività della tutela – diventerà un'azione di pseudo-adempimento. Si possono offrire delle esemplificazioni, richiamando le ipotesi già citate di interesse legittimo pretensivo positivo. Quanto al primo caso (in cui la buona fede richiede una condotta commissiva, a scelta tra più condotte), si pensi all'interesse legittimo pretensivo di diritto pubblico

pretensiva del rapporto (ove la tutela inibitoria si trasformerebbe surrettiziamente in una tutela positiva, non più negativa, dell'affidamento soggettivo<sup>204</sup>).

Le regole di buona fede operano, dunque, sanzionando la loro semplice violazione, ripetuta di momento in momento. Perciò esse, pur soggette all'art. 1218 c.c., richiedono che chi agisca in giudizio per il risarcimento del danno dia prova del loro contenuto (dimostrando la situazione di fatto da cui si originano *ex fide bona*, all'interno della più vasta relazione precontrattuale) e della

---

e all'obbligo di negoziare di diritto privato: nella prima ipotesi l'inibitoria è in realtà sostituita da un'azione caducatoria conformativa, qualora sia stato emesso un provvedimento illegittimo, così violando la buona fede verso il privato; nella seconda ipotesi si tratta di una inibitoria che, di fatto, si atteggia a condanna a negoziare in buona fede, anche assistita dalle misure compulsorie di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. Con riguardo al secondo caso (che si ha allorché una e una sola è la condotta conforme a buona fede), sovviene l'azione di pseudo-adempimento prevista dall'art. 34, comma 1, lett. c), per il caso di esaurimento della discrezionalità amministrativa. Al di fuori dell'area pretensiva dell'interesse legittimo, e quindi guardando a quella protettiva, la buona fede impone una condotta commissiva precisa là dove sia stato consegnato un bene che dev'essere restituito (ma su questo, e sulla custodia prodromica, v. U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 68 e 131 ss. e, di recente, C. PELLOSO, *L'obbligo di custodia*, in *Tratt. Garofalo*, I-2, Padova, 2014, 661 ss.).

<sup>204</sup> D'altronde, non avrebbe nemmeno senso un'azione inibitoria, volta a far sì che un soggetto non dia vita in futuro a un affidamento non veridico. Meno scontato è il caso di un soggetto che crea un pericolo di danno all'altra parte delle trattative, legato però alla continuazione delle stesse (si pensi al caso in cui Tizio viene invitato da Caio a trattare in locali pericolanti). In tale ipotesi non si potrebbe ammettere (a parte l'irrealizzabilità pratica) una inibitoria della condotta futura illecita (causativa di danno), proprio perché rispetto alle trattative (e alla futura conclusione del contratto) vige la massima libertà (in positivo) delle parti. Come nel credito il pericolo di danno può giustificare il rifiuto della prestazione, qui esso può semmai fondare il rifiuto di continuare la trattativa, con addebito di spese e costi a controparte.

violazione stessa (non essendo sufficiente allegare quest'ultima<sup>205</sup>, giacché non si tratta di un mancato adempimento)<sup>206</sup>.

Ovviamente, allorché la violazione sia continuativa (come tipicamente accade per l'affidamento non veridico), non si dovrà dare la prova della violazione in ogni istante, ma solo di quella iniziale e di quella finale, facendo per il resto operare le presunzioni.

Il problema principale che riguarda le violazioni della buona fede, però, non è certo questo: semmai attiene all'elemento soggettivo della violazione, ossia al dolo o alla colpa, o comunque alla diligenza della parte che si pretende essere responsabile.

Nel modello dell'art. 1218 c.c.<sup>207</sup>, applicato alle obbligazioni, un soggetto risponde per non aver svolto un'attività che, di per sé,

---

<sup>205</sup> Secondo il *dictum* di Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769. Cfr. M. DELLACASA-F. ADDIS, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Roppo*, V-2, Milano, 2006, 195 ss., e spec. 199; G.M. UDA, *La prova del pagamento*, in *Tratt. Garofalo-Talamanca*, I-5, Padova, 2010, 519.

<sup>206</sup> Il problema dell'onere della prova è particolarmente discusso nell'ambito della teoria degli obblighi di protezione. V. nella dottrina tedesca H. STOLL, *Abschied*, cit., 313 (e più di recente, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I<sup>4</sup>, cit., 372), alla cui tesi (prova incombente sul creditore) si è contrapposta la ricostruzione di L. RAAPE, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *AcP*, 1941, 217 ss. (a sua volta criticata da Ha. STOLL, *Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, hrsg. von J. Esser und H. Thieme, Tübingen, 1967, 517 ss.). Oggi la riforma, con il nuovo § 241 II BGB, parrebbe aver attratto gli obblighi di protezione al regime ordinario della responsabilità contrattuale (§ 280 I), anche quanto a onere della prova (per cui il creditore proverà violazione dell'obbligo, danno e nesso di causalità giuridica, mentre al debitore spetterà la dimostrazione di quanto attiene al 'lato soggettivo della colpevolezza': cfr. W. ERNST, sub § 280, cit., Rn. 141 ss.). Nell'ordinamento italiano v. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi*, cit., 4 s.; L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 374; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni*, cit., 49; S. MAZZAMUTO, *Il 'mobbing'*, cit., 73 ss., testo e nt. 49 (in replica alla critica di C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 83 s., nt. 36).

<sup>207</sup> V. spec. L. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., 185 ss., 280 ss., 367 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 87 ss. Non possono non richiamarsi, poi, le ricostruzioni di G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209

concreta sempre un risultato (soddisfacendo l'interesse creditorio), ma che può corrispondere ora alla realizzazione di uno stato di fatto, ora a una semplice esecuzione diligente (e corretta). In ambedue i casi la non imputabilità di cui all'art. 1218 c.c., che emerge allorché l'obbligazione è divenuta impossibile (o si è estinta per disinteresse creditorio o è divenuta inesigibile), sta su un piano diverso e, a seconda dei casi, permette al debitore di andare esente da responsabilità fornendo la prova di aver diligentemente conservato la possibilità di adempiere oppure di non aver dato causa all'impossibilità (dovuta a caso fortuito o forza maggiore).

Applicato alle regole di buona fede, l'art. 1218 c.c. dovrebbe consentire una reazione risarcitoria a una condotta che violi una regola. Quest'ultima, a sua volta, può già avere nella sua fattispecie un criterio di imputazione: perciò diviene inutile chiedersi se la violazione è dovuta a negligenza o ad altro.

Lo abbiamo già visto con riguardo ai cosiddetti obblighi di informazione (che tali non sono): creare o lasciar vivere un affidamento costituisce un illecito, ogni qual volta ciò risulti essere scorretto. Il dolo o la colpa sono interni a quest'ultima valutazione; la non imputabilità della condotta riguarda casi davvero rarissimi (ad esempio, la minaccia irresistibile di un terzo che porta a creare un affidamento erroneo della controparte). Si tratta di una responsabilità oggettiva.

---

ss. e 313 ss., e ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 593 ss.; di P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 512 ss.; di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*<sup>3</sup>, Milano, 1975; di G. VISINTINI-L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 153 ss.; di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 15 ss. Al riguardo v. le due sintesi dottrinali e giurisprudenziali di G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, 1988, 1 ss., e di F. GALGANO, *La responsabilità contrattuale: i contrasti giurisprudenziali*, *ivi*, 32 ss. Da ultimo v. F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 1019 ss.

Il discorso è, forse, più complicato per la buona fede di stampo davvero conservativo (esterna ai problemi dell'affidamento soggettivo). Si può ritenere, infatti, che le regole che essa fonda siano, di volta in volta, differenti: in taluni casi sarà vietata (scorretta) la condotta di chi arreca un danno con dolo o colpa, in altri casi la condotta di chi arreca un danno *tout court*. In ambedue le ipotesi sarà ammissibile anche la prova della non imputabilità, che potrà essere a seconda dei casi prova della diligenza oppure del *casus*.

Non è facile comprendere quando le regole di buona fede assumano l'una o l'altra configurazione. Là dove, nel loro complesso, si tratti di regole che sanzionano una condotta a titolo di dolo o colpa (e non di responsabilità oggettiva), la differenza potrebbe derivare dall'evidenza del criterio di imputazione: là dove tale evidenza sia minore, dentro la stessa regola di buona fede rientrerà lo specifico elemento soggettivo volta per volta richiesto. Là dove, invece, essa sia maggiore, la prova contraria potrà assumere le forme della prova della non imputabilità (ossia, si dimostrerà che la violazione della regola di buona fede, pur avvenuta, è stata dovuta a causa non imputabile). In altri termini, la prova *prima facie* della violazione dolosa o colposa sarà prova anche della scorrettezza; la controparte potrà andare esente da responsabilità dimostrando di aver posto in essere una condotta diligente, volta proprio a evitare la scorrettezza.

Abbiamo, per quanto approssimativamente, inquadrato il funzionamento delle regole di buona fede allo stato puro (riferite sia all'affidamento soggettivo, sia ai beni 'altri').

A questo punto, risulta improcrastinabile la ricerca nell'ordinamento di quella cornice giuridica – di una situazione giuridica soggettiva – entro cui collocare queste regole di buona fede, sia per giustificarne dogmaticamente l'esistenza, sia per ordinarle in modo congruo. Se essa non fosse rinvenuta, non

resterebbe che, per ragioni di necessità e opportunità, aderire o alla tesi contrattualistica o a quella aquiliana, così forzando le rispettive categorie.

Ma, come a breve vedremo, di ciò non v'è necessità: sussiste una categoria giuridica, ammessa positivamente, entro cui far operare le regole di buona fede, esattamente nel modo che s'è detto. Anzi, rinvenendo tale categoria nell'ordinamento si trova quell'ultimo tassello, che chiude tutta l'esposizione e le dona circolarità.

### 15. *L'interesse legittimo pretensivo negativo e l'affidamento oggettivo*

La figura che andiamo cercando la troviamo richiamata già nella Costituzione, ove è citata accanto ai diritti soggettivi (art. 24 Cost.): si tratta dell'interesse legittimo<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> Sull'interesse legittimo in diritto privato v. tra gli altri, con notevole varietà di opinioni, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 527 ss.; EAD., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; G. ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Francesco Ferrara*, I, Milano, 1943, 707 ss.; S. VENTURA, *Interessi legittimi e proprietà fondiaria*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, 723 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 259 ss.; G. CATURANI, *Inapplicabilità agli interessi legittimi dei principi di risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammisibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 72 ss.; A.M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati dalla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, *ivi*, 286 s.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 868 ss.; S. TOMMASI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Bari, 2012, 120 ss.; C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 73 ss.; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 396; M. DELL'UTRI, *Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 303 ss.; L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, 67 ss. e 245 ss.; C. PINOTTI, *La risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*,

Per dimostrarlo, è necessario però proporre una definizione del contenuto di questa situazione giuridica soggettiva, ovviamente con la brevità che la sede impone. Il che è, in un certo senso, reso al contempo più difficile (in virtù dell'incertezza) e più facile (grazie all'ampio margine concesso all'interprete) dalla «crisi»<sup>209</sup> che secondo molti avvolge questa situazione giuridica. È necessario, sin da subito, distinguere e trattare separatamente l'interesse legittimo pretensivo e quello (oppositivo, o meglio) protettivo. Consideriamo anzitutto la prima variante.

Ogni posizione giuridica attiva tutela un certo bene della vita<sup>210</sup>. Ciò che contraddistingue l'interesse legittimo pretensivo non può che essere la particolare modalità di questa tutela, che si sintetizza in una parola: eventualità<sup>211</sup>.

---

Milano, 1998, 196 ss. *Contra* E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 24 s.

<sup>209</sup> Cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*<sup>2</sup>, Milano, 1966, 19; A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 1004; infine A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 123; usa l'espressione «vento di crisi» F.G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 380 s. Secondo A. ROMANO TASSONE, voce *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, II, 1998, 261, l'interesse legittimo è «un rex travolto dalla stessa immensità della sua fortuna».

<sup>210</sup> Sul concetto di situazione giuridica v. qui per tutti A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 477; di recente G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 507 s. Non è possibile qui, invece, richiamare il dibattito storico e positivo sull'interesse legittimo. Di recente v. F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

<sup>211</sup> Alcuni amministrativisti declassano l'interesse legittimo a fascio di diritti soggettivi, così ipotizzando che esso corrisponda a un insieme di diritti di credito aventi ad oggetto condotte che, però, sono solo strumentali rispetto al bene della vita finale (variamente L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 659; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 935 ss.; C. MARZUOLI, *Un diritto 'non amministrativo'?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 138; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca*, cit., 159 ss.; F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 338). Ma è irrealistico e contrario alla sostanza delle cose ritenere che il privato abbia un interesse a un'attività strumentale della p.a.: il privato

La protezione del bene finale offerta da questa figura, infatti, non giunge mai a tutelarne pienamente l'acquisizione, ma consente sempre e solo di reagire a un'attività che, nel fornire o meno tale bene della vita, appaia difforme da un modello. E questo modello, rispetto a cui la condotta altrui dev'essere conforme, non può che essere costituito dalla buona fede: di talché non è tutelabile la mancata acquisizione del bene della vita, ma solo la condotta scorretta che, con riguardo a quest'ultimo, abbia tenuto la controparte.

Seguendo questa ricostruzione, la p.a. che non emani il provvedimento favorevole non sarà responsabile, salvo non abbia commesso una slealtà. Nei confronti del privato la slealtà della pubblica amministrazione non va intesa, però, come interna all'azione pubblicistica (dove, per vero, l'affidamento del privato può venire già tutelato, anche in forma specifica<sup>212</sup>). La scorrettezza

---

aspira a una cosa sola, il bene della vita finale. Né si dica che, seguendo le tesi contrastate, si farebbe semplicemente dell'attività della p.a. un'obbligazione di mezzi: con questa espressione si individua (in modo linguisticamente errato) un'obbligazione che soddisfa un interesse di un soggetto (in un caso in cui assicurare al soggetto un bene della vita ulteriore – ad esempio: la guarigione e non solo la cura – trasformerebbe l'obbligazione in garanzia o assicurazione). Nel caso dell'interesse legittimo questa situazione non si presenta: per cui si deve ammettere che il vero bene della vita, attorno a cui è costruita la tutela, è quello finale.

<sup>212</sup> È necessario distinguere (come peraltro spesso non avviene) l'interesse del privato tutelato (parzialmente) dall'interesse pubblico complesso, in cui rientra anche la considerazione dell'interesse del privato (interesse pubblico solitamente detto dagli amministratori «in concreto»: quell'interesse, definito «*a posteriori*, ... individuato dalle amministrazioni dopo aver confrontato e valutato diversi interessi, pubblici e privati, rilevanti nel caso di specie, conformandosi alle indicazioni concernenti l'interesse pubblico primario nonché gli altri principi e regole giuridiche», secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*<sup>6</sup>, Bologna, 2012, 27; già in tal senso E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse*, cit., 6 s., E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, 26 s., e F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1006). La differenza è evidente se si considera, ad esempio, l'art. 21-*nonies*, l. 241/1990: esso, per tutelare l'affidamento del privato, esclude l'annullabilità d'ufficio di un provvedimento illegittimo oltre un certo limite

è, per così dire, di ‘rimbalzo’: il privato può contare sul fatto che la p.a. proceda seguendo le norme d’azione pubblicistiche. In caso contrario, egli potrà caducare il provvedimento, con un’azione di annullamento che ha anche un effetto conformativo, imponendo all’amministrazione di riaprire il procedimento (e di tenere conto del giudicato).

Così individuato nel suo contenuto, l’interesse legittimo pubblicistico finisce per legarsi alle più antiche teorizzazioni della nostra figura giuridica, che vi ravvisavano una tutela solo riflessa del privato: ma, ovviamente, ciò avviene oggi in un senso molto diverso da quello del passato<sup>213</sup>. L’interesse legittimo, come figura relazionale, consente, tramite la buona fede, che le norme di azione amministrative si riflettano sul privato e che, nel caso di loro violazione, il privato stesso possa annullare il provvedimento o stimolare la p.a. (che ritarda od omette la decisione) e possa domandare, se del caso, il risarcimento del danno (eventualmente tramite la tecnica della *chance*).

Esportato al diritto privato, l’interesse legittimo – come figura che permette non già di pretendere una condotta, ma di

---

temporale. In tal caso è l’interesse pubblico complesso che è modificato dalla peculiare intensità dell’interesse di un privato. Là dove, invece, sia illegittimamente negato un provvedimento a un privato, è lesa, nei confronti del privato, il suo interesse legittimo pretensivo. Il primo, dunque, è il piano dell’affidamento del privato verso la p.a. di stampo pubblicistico (F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della ‘alternanza’*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 561 ss.; ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M.C. CAVALLARO, *Principio di buona fede e invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, 445 ss.). Sovrapporre queste ipotesi non è un buon servizio alla chiarezza (giacché esse si situano su piani ben diversi, per quanto vi siano delle ovvie similitudini: v. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 254 s.).

<sup>213</sup> O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell’autorità giudiziaria amministrativa*, in *Foro it.*, 1893, I, 470 ss.; ID., *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 256 ss. e 430 ss.

confidare in modo inattivo in una certa condotta altrui solo eventuale – si presta bene a descrivere ipotesi come quella dell'obbligo di negoziare<sup>214</sup>, in cui la buona fede impone una condotta volta alla possibile, ma non certa, soddisfazione di un interesse. Si tratta di casi in cui la condotta soddisfattiva potrà mancare, ma il comportamento della controparte dovrà sempre ispirarsi ai canoni della correttezza, dovendosi altrimenti risarcire il danno arrecato per la deviazione rispetto al modello di comportamento. Il risarcimento, di nuovo, si commisurerà al ritardo nell'ottenere un certo bene della vita o nel non ottenerlo definitivamente o al valore di tale bene (se definitivamente mancato)<sup>215</sup>.

In ambedue i casi, a ben vedere, la buona fede non impone una condotta immediatamente soddisfattiva del vero e proprio interesse tutelato: il che esclude che si tratti di un diritto di credito. Viceversa, in virtù della sua particolare posizione, un soggetto è tenuto ad agire con riferimento a un bene della vita cui la sua controparte aspira, venendogli però riservato un certo spazio di

---

<sup>214</sup> O anche di rinegoziare. Anzi, il modello della tutela di ottemperanza potrebbe, *de iure condendo*, risolvere molti dei problemi che affliggono l'effettività di questo obbligo (*rectius*, interesse legittimo). V. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presunzione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II-2, Milano, 2008, 1026 ss.; A. GENTILI, *Riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-2, Milano, 2009, 809 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione*, in *Tratt. Visintini*, I, 583 ss.

<sup>215</sup> Una precisazione. Il risarcimento, nel caso di provvedimento amministrativo definitivamente mancato, segue una logica di *all or nothing*, cui si attaglia bene la tecnica della *chance*, al fine evitare le rigidità dell'art. 1223 c.c. Anzi, potrebbe ritenersi che nell'ordinamento vi sia un doppio binario risarcitorio, corrispondente a regole diverse da applicarsi in casi differenti: l'art. 1223 c.c., qualora le conseguenze risarcitorie siano flessibili nel *quantum*; la *chance*, ove esse siano rigide e accertabili solo nell'*an*, secondo il principio del tutto o niente. Si comprenderà, allora, come nell'ipotesi di negoziazione di buona fede spesso non serva ricorrere alla *chance*, potendosi modulare il risarcimento (per il bene mancato) dal punto di vista del *quantum*.

discrezionalità o libertà nello scegliere la condotta da tenere (qualsiasi, purché sia conforme a buona fede).

Il bene, verso cui si tende, è estraneo alla sfera giuridica di un soggetto (esattamente come il risultato materiale cui si tende nel diritto di credito), per cui davvero può parlarsi di una sfera pretensiva della posizione giuridica. Accanto a essa, come nel credito, vi è però una vera e propria sfera protettiva, che tutela gli interessi ‘altri’ da danni arrecati mediante condotte non conformi alla buona fede. Questa sfera è propria di ogni interesse legittimo: solo per quello pubblicistico può essere dubbio se essa si inserisca nel vero e proprio interesse legittimo amministrativo (com’è probabile)<sup>216</sup> o se rifluisca in un ulteriore interesse legittimo, per così dire di contorno, privatistico (con quel che ne conseguirebbe in punto di giurisdizione).

All’estremo opposto dell’interesse legittimo pretensivo si colloca quello protettivo, con cui viene tutelato un soggetto da invasioni nella sua sfera giuridica. L’affidamento è qui, semplicemente, a un’attività che non produca danni alla controparte; o, meglio, che eventualmente non li produca: trattandosi di reagire pur sempre non a qualsiasi danno, ma solo a quelli posti in essere nell’ambito di condotte scorrette.

Nel diritto pubblico, l’interesse legittimo protegge dall’esercizio di un potere non conforme a certe regole, che di

---

<sup>216</sup> Il che consentirebbe di attrarre alla giurisdizione amministrativa l’ampia casistica, di cui s’è incidentalmente detto alla nt. 73, ossia quella del danno da affidamento nella validità del provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo (v. a tal riguardo Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6594, cit., e A. DI MAJO, *L’affidamento nei rapporti con la p.a.*, in *Corriere giur.*, 2011, 933 ss., e C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell’affidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1949 ss.). Si tratta, infatti, di un danno rientrante nella sfera protettiva, e non in quella pretensiva, della posizione giuridica (o tutt’al più in una sfera pretensiva negativa, qui del tutto e per tutto assimilabile a quella protettiva; per queste definizioni v. oltre, in questo paragrafo).

nuovo possono ritenersi di buona fede (e tramite le quali avviene il richiamo delle regole d'azione amministrativa). L'eventualità che caratterizza la tutela, che si connota per non essere mai assoluta, è ulteriormente visibile, qui, se si tiene conto che il potere esiste e può essere esercitato (causando così senza dubbio un pregiudizio), purché si rispettino le norme sull'azione amministrativa.

Nel diritto privato<sup>217</sup>, l'interesse legittimo protettivo si presta a descrivere la posizione – ad esempio – del debitore nei confronti

---

<sup>217</sup> Il tema è sconfinato. Esso tocca la tutela del debitore (v. per tutti G. D'AMICO, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Violazione del contratto. Danni e rimedi*, a cura di E. DEL PRATO, Milano, 2003, 91 ss.) e, in particolare, l'istituto della *mora credendi* (su cui v. A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, ristampa, spec. 77 ss.; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., 194 ss.; L. BIGLIAZZI GERI-U. NATOLI, *'Mora accipiendi' e 'mora debendi'. Appunti delle lezioni*, Milano, 1975, 23 ss.), e la tutela di chi è in posizione di soggezione (studiata soprattutto dal punto di vista processualistico – C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 570; R. CAPONI-A. PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *Foro it.*, 2001, I, 3692 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 99 ss.; oggi Marco DE CRISTOFARO-G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *www.judicium.it*, 27 ss.; C. CONSOLO-D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, 731 ss. – e laburistico – M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento individuale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 791 ss.; F.P. LUISO-R. TISCINI-A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013 –). I due temi, poi, ovviamente sono strettamente connessi (se non coincidenti) con lo studio dell'abuso (e non eccesso) del diritto, su cui v. qui per tutti U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1958, 37; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 242; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, 1997, 83; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Abuso*, cit., 171 ss.; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2013, 419 s.; C. SALVI, *Abuso del diritto - I) diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 1 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, oggi in *Vicende del diritto soggettivo*, Torino, 1999, 18 ss.; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 1 ss. e 25 ss. Dal punto di vista romanistico v. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, e già G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (dir. rom.)*, in

del creditore o quella del titolare di un potere nei confronti di chi versa in stato di soggezione; posizione che è dominata da un affidamento nella correttezza altrui (art. 1175 c.c.), ossia da un affidamento in un'attività di controparte che, per quanto sancito dalla buona fede, non produca pregiudizi. Anche qui è ben visibile l'eventualità della tutela, giacché il creditore può ben esercitare la sua pretesa e il titolare del potere può fare uso di quest'ultimo, in ambedue le ipotesi causando un pregiudizio al titolare dell'interesse legittimo, purché ciò avvenga nei limiti prescritti dalla buona fede: in caso contrario, ossia nell'ipotesi di condotta scorretta, potrà essere attivabile dalla controparte un rimedio, anche ove non si siano travalicati i limiti del diritto<sup>218</sup> (si pensi a quel recesso che, benché valido, sia fonte di risarcimento del danno: cfr. ad esempio le due ipotesi dell'art. 1723 c.c.).

In entrambi questi interessi legittimi non si può ritenere però che la posizione giuridica attiva protegga solo dall'attività di esercizio del potere o del credito. Più ampiamente, a essere tutelata è tutta la sfera di un soggetto, rispetto a danni arrecati nell'esercizio, o connessi con l'esercizio, di tali posizioni giuridiche attive (con la solita precisazione relativa all'interesse legittimo pubblicistico, per cui piuttosto che ampliarlo si potrebbe porvi accanto un ulteriore interesse legittimo privatistico).

E, anzi, un interesse legittimo protettivo sorge, con tutta probabilità, anche in situazioni in cui un soggetto non è titolare di alcuna posizione attiva, ma semplicemente entra in una stretta relazione con la controparte, nel cui ambito può arrecare un danno.

---

*Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 ss. In giurisprudenza ovviamente v. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2671, ma già Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corriere giur.*, 2000, 1479, con nota di A. DI MAJO, e Cass. 22 novembre 2000, n. 15066, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 109, con nota di M. SPADA.

<sup>218</sup> *A fortiori*, ove essi siano superati. Tuttavia, la condotta scorretta dovrà dirsi causalmente connessa con la posizione di forza della controparte, risultando altrimenti non sanzionata dall'interesse legittimo.

Semmai, può dibattersi su quali siano le ipotesi in cui ciò avvenga: una potrebbe essere quella della relazione che si crea tra chi partecipa alle trattative in quanto parte del futuro contratto e chi invece, semplicemente, vi interferisce<sup>219</sup> (ossia, in casi analoghi a quelli di cui al § 311 III BGB).

In questa sede non si può, però, sviluppare ulteriormente il discorso, né su questo ultimo profilo, né sui – tanti – altri che si sono sollevati; ad ogni modo, questi rapidi cenni risultano sufficienti per riconoscere i tratti essenziali dell'interesse legittimo.

Come abbiamo visto, l'interesse legittimo protettivo ispeccisce la tutela aquiliana, proiettandola in un rapporto; quello pretensivo declassa quella creditoria, rendendo eventuale il conseguimento di un bene della vita. Esso è sempre una posizione inattiva, non consentendo né di agire materialmente (*agere licere*) né giuridicamente (pretesa, diritto potestativo) per soddisfare un interesse: esso è, per così dire, una mera *facultas confidendi*, e non *agendi*<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> Il problema è noto in dottrina. Hanno sostenuto una tesi restrittiva A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., 45; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 85; U. CARNEVALI, *In tema di c.d. responsabilità da prospetto delle banche*, in *Corriere giur.*, 1989, 1004, nonché, più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 167, e, con alcuni distinguo, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, cit., 517 ss. Una tesi più ampia è fatta propria da F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv. - teor. gen.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 892; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1268 s.; G.B. PORTALE, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 21. Di recente si è ampiamente soffermato sul problema in esame L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, spec. 125 ss.

<sup>220</sup> L'interesse legittimo pubblicistico, a dire il vero, conosce anche un'azione di adempimento e consente al privato di intervenire attivamente nel procedimento pubblicistico. Quanto alla prima facoltà (art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm.), essa richiede che la discrezionalità della p.a. si sia esaurita e, più che contraddire la tesi esposta nel testo, la conferma: venuto meno lo spazio di libertà di cui la controparte gode (libertà di non tenere una certa condotta pur senza ledere l'interesse legittimo), la posizione attiva si irrobustisce sino al livello di quella che assicura la tutela più forte (il credito). Con riferimento alle facoltà procedimentali, basti qui dire che non per forza

Orbene: il rapporto giuridico precontrattuale appare fortemente imparentato con queste situazioni, anche se con talune peculiarità.

Ce ne avvediamo se ripensiamo al modo di agire, nel suo ambito, delle regole di buona fede. Nella relazione precontrattuale convivono una sfera pretensiva e una protettiva. La prima, a sua volta, mira all'acquisizione di un bene della vita: ma la buona fede non tutela in positivo (neppure secondo il modello dell'interesse legittimo pretensivo positivo) questa aspettativa, che è protetta solo in negativo. Nondimeno, va considerato il ruolo, nella relazione precontrattuale, proprio di questa aspettativa, che è in realtà ciò che dà senso al rapporto stesso e ciò per cui le parti mantengono in vita la relazione tra loro.

Tale aspettativa, a sua volta, è fortemente connessa con l'affidamento soggettivo, che non a caso corrisponde alla parte pretensiva del rapporto precontrattuale. Accanto a questo affidamento soggettivo, che non può mai mancare (per quanto talvolta sia solo apparente: si pensi alla trattativa maliziosa), v'è da considerare che anche nella relazione precontrattuale la buona fede dà vita a una sfera prettamente protettiva (relativa ai possibili danni a beni 'altri').

---

esse vanno ricomprese nell'interesse legittimo: esse, piuttosto, riguardano la parte davvero pubblicistica dell'azione amministrativa, là dove la titolarità dell'interesse legittimo è utilizzata quale criterio per individuare – ad esempio – chi debba partecipare al procedimento. Sul punto v. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 415 ss., e spec. 452 s.; ID., *Prime riflessioni sugli interessi procedurali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 728 ss.; G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, 206 ss.; A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*<sup>2</sup>, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2011, 228 ss.

Si può proporre, allora, di attribuire al rapporto giuridico precontrattuale la forma dell'interesse legittimo<sup>221</sup>: di un interesse legittimo, per la precisione, pretensivo (perché mira a un certo bene della vita) negativo (tutelato solo in negativo, nelle forme del *negatives Vertragsinteresse*). Esaminiamone la possibile conformazione, tenendo conto che tale figura, per essere adeguata quale categoria al fenomeno da disciplinare, non deve fungere solo e soltanto da cornice per le regole di buona fede, ma deve anche consentire di inquadrare i vari rimedi previsti dall'ordinamento in modo coerente e preciso.

L'interesse legittimo precontrattuale corrisponde a un affidamento giuridicamente tutelato in una certa attività futura della controparte, sorto in virtù della peculiare relazione precontrattuale, connotata – quale fulcro – da un affidamento soggettivo.

L'affidamento così inteso (relativo a una certa attività futura della controparte) non è certo soggettivo: esso è oggettivo. Non si tratta nemmeno dell'affidamento nella lealtà della controparte: piuttosto, esso assomiglia all'aspettativa, alla speranza in qualche modo fondata (e protetta) di una futura attività altrui.

L'affidamento in questione non è tutelato con certezza, ma solo eventualmente, ossia entro certi limiti. L'attività altrui che si verificherà (forse) nel futuro costituisce l'oggetto reale della tutela (sarebbe irrealistico supporre che per un soggetto il bene della vita

---

<sup>221</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 1268 ss.; ID., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, 78 ss., ha ritenuto, invece, che la forma del rapporto tra p.a. e privato sia l'obbligazione senza prestazione, a fronte di una sterilizzazione dell'interesse legittimo (sostenuta soprattutto in ID., *La 'civiltà' della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 648 ss.). È però possibile seguire un percorso inverso, donando maggiore importanza a quest'ultima figura, anche per collegare i rimedi risarcitori e caducatori a una stessa situazione giuridica soggettiva.

protetto sia il rispetto della buona fede: e, del resto, se così fosse il rapporto diventerebbe obbligatorio di prestazione). La protezione, a sua volta, è eventuale e negativa, giacché per quanto attiene alla parte pretensiva a venire tutelato è, in realtà, l'affidamento soggettivo; per quanto attiene alla parte protettiva sono i beni preesistenti del soggetto attivo.

Guardiamo più da vicino queste due sfere.

Quanto all'interesse finale protetto, esso è ricalcato sull'affidamento soggettivo e psichico, privato del riferimento alla propensione altrui e appiattito su quello effettivo (qualora quest'ultimo sia più favorevole per la controparte di quello apparente). Nondimeno, anche nel caso in cui l'affidamento effettivo si riduca a nulla (si pensi allo stato di fiducia del trattante malizioso), un interesse legittimo sorge comunque, in tanto in quanto vi sia una trattativa: semplicemente, il suo nucleo sarà solo protettivo. Per determinare la nascita in sé e per sé dell'interesse legittimo, infatti, è sufficiente guardare al solo affidamento soggettivo in prima battuta apparente, anche se poi esso sarà svuotato da quello, inesistente, effettivo (e la ragione è ovvia: anche il trattante malizioso è legato da una relazione precontrattuale, sia attiva che passiva).

Ma l'affidamento non è solo 'a ottenere un certo bene della vita': è, semmai, 'a ottenerlo tramite una condotta che non causi quei danni a beni preesistenti del soggetto attivo che secondo correttezza non vanno arrecati'. È evidente la vicinanza con il diritto di credito, rispetto al quale manca però la prestazione vera e propria, sostituita dalla tutela dell'affidamento soggettivo. Nella parte protettiva dell'interesse legittimo precontrattuale sono ospitate tutte quelle regole di buona fede relative alla tutela di beni preesistenti del soggetto protetto, di cui già abbiamo detto.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, quale sia l'utilità di distinguere l'interesse legittimo pretensivo negativo da quello

protettivo, che comunque potrebbe fungere da cornice per le varie regole di buona fede. La risposta sta nella necessità di considerare tutelato, per quanto indirettamente e in negativo, proprio l'interesse al bene della vita finale. Solo in questo modo, infatti, si può rendere complessivamente armoniosa la protezione offerta dall'ordinamento giuridico in chiave precontrattuale.

Un esempio evidente è fornito dalla disciplina dei vizi del consenso.

Essi, pur non riducendosi certo a forme di risarcimento in forma specifica dell'interesse alla libertà contrattuale<sup>222</sup>, vanno considerati rimedi per la lesione dell'affidamento soggettivo. La caducazione del contratto consente di tutelare il soggetto leso, benché alla stessa non si colleghi l'effetto conformativo di cui gode la caducazione del provvedimento amministrativo (che, non a caso, avviene nell'ambito di un interesse legittimo pretensivo positivo e che assomiglia da vicino a una tutela inibitoria, per così dire reale, volta a precludere talune condotte – per così dire 'provvedimentali' – scorrette<sup>223</sup>).

Si è detto, poi, di come in taluni casi l'annullamento del contratto non sia permesso, essendo sostituito da un rimedio risarcitorio (dolo incidente). Se si ammette che in questo caso a venire risarcito sia proprio l'interesse positivo (l'interesse che si

---

<sup>222</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, oggi in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 264 ss.; P. BARCELONA, *Profili*, cit., 208; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 998. La ragione è semplice: non è necessario che vi sia un pregiudizio economico per attivare i rimedi in parola.

<sup>223</sup> Sul giudicato amministrativo (e con notevoli differenze tra le ricostruzioni che adottano la prospettiva del processo sull'atto e di quelle che lo ritengono vertente sul rapporto) v. E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 447 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo. Profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990, 409 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 1171; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.

aveva alla conclusione del contratto che si credeva di perfezionare), si comprende come di fatto l'azione a tutela interesse legittimo pretensivo negativo si atteggi ad azione di adempimento, per poter consentire un'adeguata tutela del *deceptus*.

Gli esempi potrebbero continuare. Uno, però, è particolarmente significativo.

Come noto, una parte della dottrina (tra cui implicitamente lo stesso Jhering<sup>224</sup>) ritiene che l'interesse negativo precontrattuale non possa superare, nel suo *quantum*, quello positivo<sup>225</sup>. Tale problema, che ancora non ha trovato una soluzione soddisfacente, può essere utilmente affrontato nel prisma dell'interesse legittimo pretensivo negativo.

Nel caso di trattativa inutile, il danno risarcibile non dovrebbe mai superare il valore del bene della vita (indirettamente) tutelato. A dire il vero, sul punto possono compiersi alcune distinzioni.

Quanto alle spese sopportate, il danno va risarcito senza alcun limite. È necessario, con riguardo a questa voce di danno, preferire a un approccio quantitativo uno che tenga qualitativamente conto di ciò che si risarcisce: se così non fosse, si giungerebbe all'esito assurdo di non risarcire le spese sopportate

---

<sup>224</sup> R. VON JHERING, *'Culpa'*, cit., 16.

<sup>225</sup> Così, di recente, C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, III-2, Milano, 2009, 239; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Tratt. Visintini*, III, Padova, 2009, 61 ss. *Contra* la maggior parte dottrina più recente: G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale*, cit., 338 s.; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 372 s. e 389 s.; V. PIETROBON, *Errore*, cit., 118; V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1274; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 151; M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede*, cit., 98 s.; G. PATTI, sub *art. 1337 c.c.*, cit., 87 s.; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1124 ss.V. anche i §§ 307 e 309 a.F. BGB (ma la dottrina tedesca li aveva interpretati in senso restrittivo: cfr. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 541; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 403); nella dottrina d'oltralpe v. Ha. STOLL, *Tatbestände*, cit., 436, testo e nt. 4, nonché K. LARENZ, *Bemerkungen*, cit., 419.

dalla parte che intendeva concludere un contratto per lei economicamente sfavorevole<sup>226</sup>.

Con riguardo, invece, al danno corrispondente alle altre occasioni perse, esso andrebbe risarcito nei soli limiti dell'interesse positivo (eventualmente come *chances* perse). Un soggetto, che ha scelto di continuare una trattativa, piuttosto che concludere un diverso contratto, va tutelato ponendolo in una situazione economicamente non migliore a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato concluso. D'altro canto, in questo modo si apprezza la reale *ratio* del rapporto precontrattuale: se esso tutela con eventualità un bene della vita finale, e solo in negativo, deve supporre che la perdita di altre occasioni surroggi la mancanza di un'azione di risarcimento per il mancato ottenimento di un bene della vita e, per tale ragione, non possa offrire una tutela migliore di quest'ultima.

A dire il vero, ci si potrebbe domandare se anche in quest'ultimo caso non debba prevalere un'ottica qualitativa, giacché, se fosse esistito un credito, si avrebbe avuta a disposizione anzitutto un'azione di adempimento, e solo in caso di impossibilità della prestazione sarebbe emersa un'azione risarcitoria. Sennonché, a ciò potrebbe replicarsi che l'impossibilità della prestazione può ben derivare anche da un'attività del debitore, e che, là dove non sia attivabile la tutela reale, l'ordinamento si accontenta sempre di un'azione di risarcimento per equivalente. Non si vede, allora, perché l'interesse legittimo pretensivo negativo debba offrire una protezione migliore del diritto di credito.

---

<sup>226</sup> Esse sono, nel linguaggio dell'analisi economica, *sunk costs*, costi ormai già sostenuti e quindi persi. Vi si potrà applicare semmai l'art. 1223 c.c., ove le spese siano eccessive. D'altro canto, le spese richiamano un'ottica di *conservazione*, più che di *espansione* della sfera giuridica di un soggetto: non solo sono un danno emergente e non un lucro cessante, ma soprattutto esse si distinguono dalle occasioni perse, che in un certo senso, e in negativo, riproducono l'ambizione al bene della vita. Dalle occasioni perse, comunque, dovranno detrarsi le spese che si sarebbero affrontate per le altre trattative.

Ovviamente queste osservazioni non esauriscono il tema<sup>227</sup>.

Ad esempio, deve precisarsi che al risarcimento dell'interesse negativo si applica anche l'ulteriore limite di cui all'art. 1223 c.c. (per cui se si è persa un'occasione certa preferendo una trattativa del tutto incerta la prima non andrebbe risarcita, o non andrebbe interamente risarcita). Da un punto di vista opposto, può ritenersi che, là dove una parte non inizi un'altra trattativa giacché si sente legata da quella (in realtà inutile) che sta svolgendo, il limite dell'interesse positivo debba essere aumentato del danno che la parte avrebbe dovuto risarcire alla controparte se avesse receduto dalla trattativa per sfruttare l'altra occasione.

V'è poi da interrogarsi sul caso in cui si sia giunti alla conclusione di un contratto in realtà non voluto. In tal caso dovrebbe risarcirsi, con pienezza, anche il danno arrecato dal

---

<sup>227</sup> Il limite in parola va applicato in modo razionale. Ad esempio, più occasioni perse, purché tra loro compatibili, si possono senza dubbio sommare: l'interesse positivo non va inteso, infatti, in modo statico, ma dinamico, come situazione in cui un soggetto si sarebbe trovato se fosse stato soddisfatto il suo interesse finale rilevante di momento in momento durante la trattativa (d'altro canto, ogni violazione della buona fede avviene in un momento storico preciso, e solo per comodità la lesione dell'affidamento soggettivo – la creazione scorretta di un affidamento non veridico – viene guardata come un *continuum*). Seguendo lo stesso principio va risolta l'ipotesi in cui un soggetto abbia rivenduto il bene che erroneamente supposeva di procurarsi con il contratto, della cui conclusione è ragionevolmente certo, e debba quindi risarcire il danno al terzo cui non potrà essere consegnato il bene. L'interesse positivo attiene allo stato in cui il soggetto si sarebbe trovato ottenendo il contratto supposto, e in quello stato egli non avrebbe dovuto risarcire alcunché a un terzo: per cui l'interesse positivo tiene conto di questo danno, che può dunque sommarsi alle altre voci. Infine, deve tenersi conto che il contratto nel corso delle trattative è individuato in modo inizialmente più vago, e poi più preciso; l'interesse positivo dovrà essere pari, in ogni momento, a quanto razionalmente ci si poteva aspettare dalla trattativa, ossia a un valore di norma medio tra i due estremi (anche se, seguendo un'altra tesi, si potrebbe dire che esso, in ogni momento, è pari alla versione più favorevole di questo ipotetico, e ancor vagamente individuato, contratto).

contratto in sé (perché economicamente sfavorevole) e dalla convinzione di aver concluso un contratto diverso.

Pure qui, però, il discorso si complica: ci si dovrebbe chiedere se ammettere, in questo ambito, la vigenza di una regola di pregiudizialità tra annullamento e risarcimento (quanto meno nel caso di errore<sup>228</sup>) e di quella per cui il lucro e il danno si compensano (se il contratto concluso è economicamente favorevole). Per di più, nelle ipotesi di vizi incidenti<sup>229</sup> il risarcimento delle occasioni perse e quello derivante dalla posta passiva rappresentata dal contratto non possono sommarsi, proprio in conseguenza della 'progressione' che vi è tra il contratto concluso effettivamente, quello supposto e quello che può rappresentare un'occasione persa.

La descrizione offerta dell'interesse legittimo precontrattuale non è però ancora completa. Non si può sottacere come, anche nell'area pretensiva o accanto alla stessa, si debba tenere conto di ulteriori profili.

Anzitutto, una parte potrebbe essere semplicemente disinteressata alla conclusione di un contratto, cui invece è

---

<sup>228</sup> Non si può, qui, nemmeno accennare al tema. Si rimanda, in dottrina, per il dolo (e con varietà di opinioni) a R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, cit., 559; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 481; C. CHESSA, *Dolo omisivo del cliente e responsabilità nei confronti della banca*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2115 ss.; A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 331 ss., spec. 333; per la violenza C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 174. In giurisprudenza, sempre per il dolo, Cass. 19 settembre 2006, n. 20260, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 296. Nel prisma dell'interesse legittimo è ovvio il richiamo degli artt. 30, comma 3, e 124, comma 2, cod. proc. amm.

<sup>229</sup> Più in generale, tutte le ipotesi in cui, ove si guardi al contratto concluso e al contratto sperato dal lato contraente leso, appaia esservi una differenza solo quantitativa tra i due (tali casi corrispondono a vizi determinanti, allorché la difformità quantitativa tra i due contratti sia profonda: v., per un criterio, il § 13).

costretta, ad esempio per violenza<sup>230</sup>. Non si creda che in questo caso l'affidamento oggettivo finale e futuro venga meno: tutt'altro. Soltanto, esso è affiancato da un'ulteriore posizione protettiva, che sempre si innesta sul nucleo dell'interesse legittimo (anzi, in posizione preminente). Sceglierà poi il minacciato di quale tutela avvalersi: se chiedere la tutela per il danno derivante dal contratto concluso o per l'affidamento tradito (ad esempio, se alla violenza si fosse sommato un dolo).

In secondo luogo, talvolta l'affidamento si specifica – questa volta dall'interno – in virtù della necessità che il contratto da concludere o concluso rispetti talune altre regole poste a protezione di una parte, solitamente più debole.

Ad esempio, l'affidamento finale e futuro del consumatore verso il professionista avrà sempre ad oggetto un contratto privo di clausole vessatorie (o che comunque si può privare in giudizio delle stesse), anche qualora il progetto di contratto ne contenga<sup>231</sup>. Si assiste, in questo caso, a una certa sovrapposizione di tutele, giacché su quella negativa se ne innesta una positiva.

Per tale ragione, l'accordo perfezionato in violazione della normativa sulle clausole vessatorie risulterà difforme dal bene della vita tutelato: e risulterà difforme in virtù di una scorrettezza, contro cui l'ordinamento reagisce in forma positiva<sup>232</sup>. Infatti, la disciplina

---

<sup>230</sup> Sulla violenza v. G. CRISCUOLI, *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 127 ss.; L. CORSARO, voce *Violenza (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, 1 ss.; C. CICERO, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000.

<sup>231</sup> Sulla nullità di protezione, cui ovviamente si fa riferimento, v. per tutti A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 77 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV-1, Milano, 2006, 155 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; EAD., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a 'tertium genus' nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, 55 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1019 ss.

<sup>232</sup> A. PLAIA, *La tutela civilistica degli interessi legittimi pretensivi nel codice del processo amministrativo*, in [www.civilecontemporaneo.it](http://www.civilecontemporaneo.it); ID., *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia*

del codice del consumo interviene in via conformativa sul contratto; e anche là dove si scopra o si reagisca durante la trattativa alla presenza di tali clausole la tutela dovrà essere positiva: nel senso che ogni rifiuto di eliminarle od ogni rifiuto di contrarre motivato dalla volontà di non eliminarle condurrà a un'inibitoria anche individuale del loro utilizzo (e alla necessità, per il professionista, di ottemperare a questa, proseguendo la trattativa in modo non elusivo) o al risarcimento di quanto s'è perso per non aver concluso il contratto.

La *ratio* testé esaminata può replicarsi, poi, in svariati ambiti: si pensi a quello, oggi di grande attualità, della discriminazione contrattuale<sup>233</sup>, contro cui dovrebbe prevedersi una protezione in positivo innestata proprio su un interesse legittimo pretensivo negativo.

Qualcosa di inverso, invece, avviene nei casi in cui è la tutela pretensiva negativa a innestarsi su quella positiva: si pensi al caso dell'obbligo di negoziare. In tale ipotesi, infatti, un soggetto potrà aspirare a concludere un contratto alle migliori condizioni per lui immaginabili (affidamento a un fatto futuro, sempre protetto eventualmente, ma in positivo).

Accanto al nucleo pretensivo positivo, dunque, se ne creerà uno pretensivo negativo, collimante con l'affidamento soggettivo che si crea durante le negoziazioni. E la ragione è evidente: le tutele per l'obbligo di negoziare si sommano – non potrebbe essere

---

*privata e dell'atto amministrativo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1015 ss.; ID., *L'invalidità satisfattiva*, in *Studi in onore di Giovanni Indica*, Milano, 2014, 1105 ss.

<sup>233</sup> E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.; B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale e tutela della persona*, Torino, 2016 (ma già EAD., *Uguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 186 ss.); A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 207 ss.; D. MAFFEIS, *Il divieto di discriminazione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, 1587 s. e 1590 ss.; M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 439 ss.

altrimenti – a quelle previste per l'affidamento soggettivo, pur nel limite della reciproca compatibilità, onde evitare una locupletazione.

Non si può però dire altro: il tema è troppo vasto per essere sviscerato in questa sede.

## 16. *Conclusione e ulteriori prospettive di indagine*

Dalle riflessioni svolte possiamo trarre queste conclusioni.

Nella responsabilità precontrattuale v'è una situazione di fatto che è idonea a porre le parti in una relazione peculiare tra loro, caratterizzata, quale sua cifra tipica, da una lealtà che fa nascere regole giuridicamente tutelate. L'epifenomeno di questo rapporto è la nascita di un affidamento soggettivo, che si mantiene per tutta la durata della relazione, pur variando nell'oggetto e nella protezione.

In un certo senso, come la volontà è ciò da cui nasce l'assetto di interessi, dal porre in essere una situazione affidante precontrattuale e dall'atto di assenso rispetto a questa nasce un affidamento soggettivo e, con esso, anche un interesse legittimo precontrattuale, ossia una posizione giuridica che tutela un affidamento in una condotta futura ed eventuale (nel fatto che controparte concluda un contratto, tra l'altro senza arrecare danni a beni preesistenti).

Come la volontà contrattuale non pone certo di volta in volta le regole in base alle quali essa può creare un vincolo, ma semmai e più banalmente riproduce una situazione fattuale cui socialmente e giuridicamente si collega la nascita di un vincolo volontario (attiva, cioè, quella *constitutive rule*, in base alla quale pronunciare X in un contesto Z vale Y), così l'affidamento soggettivo precontrattuale non richiede che le parti creino le regole in base

alle quali può essere prestato, ma semmai e molto più semplicemente si collega all'esistenza di una situazione di fatto che è in sé e per sé connotata da una lealtà reciproca e che, quindi, permette a un soggetto di fidarsi quanto meno della sussistenza di una trattativa (viene attivata, in altri termini, quella *regulative rule*, stando alla quale un certo fatto va disciplinato in un certo modo).

Le difficoltà che queste ipotesi pongono sono diverse, ma analoghe: stanno tutte nel rapporto tra fatto e valore. La volontà si serve di un fatto per creare un valore, il che può sembrare paradossale, ma non lo è se si ammette che le parti stesse volontariamente attivino convenzioni tramite le quali si crea un valore che va oltre il fatto. Tale *surplus* deontologico deriva da una convenzione preesistente, voluta e attivata in concreto dalle parti.

L'affidamento soggettivo deriva da un fatto, ma è esso stesso un valore; un valore che non eccede però il fatto (non trattandosi di un negozio), ma che qualifica il fatto stesso. Quest'ultimo si ritiene idoneo socialmente e giuridicamente a far nascere determinate regole: per cui l'atto di assenso alla situazione affidante è al tempo stesso l'atto che perfeziona la fattispecie e l'oggetto da tutelare. Senza dire che, dal momento in cui nasce, l'affidamento soggettivo (meglio: l'affidamento soggettivo precontrattuale) si collega a un intero rapporto, nel cui ambito sorgono regole anche non direttamente relative all'oggetto dell'affidamento.

Quest'ultima peculiarità ridonda, senza dubbio, in una maggiore complessità della seconda ipotesi. Infatti, mentre nel caso della volontà tutte le regole del rapporto che ne derivano sono poste contestualmente, nel caso del rapporto precontrattuale esse sono in divenire. Lo stesso affidamento soggettivo sorge come debolmente tutelato, integrandosi solo via via che la relazione si ispessisce. Dal che si trae che, per quanto l'affidamento soggettivo sia veicolo della nascita di un rapporto, quando quest'ultimo possa

sorgere dipende da una scelta più ampia, relativa ai connotati stessi della relazione.

Il legislatore italiano ha ritenuto che una tale situazione si presenti nelle trattative e tra le parti delle stesse: ciò che avviene, ad esempio, nel caso tipico in cui due privati contrattano per la conclusione di un futuro accordo di scambio o concludono lo stesso. Oltre questa ipotesi, che rappresenta il *Kern* dell'art. 1337 c.c., sorgono dubbi e problemi: ci si può domandare se la relazione precontrattuale possa precedere contratti gratuiti o di liberalità, se si instauri già dalla semplice *Anbahnung* del contratto, se una forma di responsabilità analoga a quella precontrattuale possa sorgere anche in virtù di un contatto pseudo-negoziale o addirittura solo in qualche modo qualificato, se – infine – possano rispondere per *culpa in contrahendo* anche soggetti diversi dalle parti del futuro contratto.

La domanda, in altri termini, attiene a questo: ci si può chiedere se, nell'attuale sistema normativo italiano, si dia la possibilità che un interesse legittimo pretensivo negativo nasca in casi più ampi di quelli a prima vista apparenti e, soprattutto, se ciò avvenga in virtù dei caratteri di una relazione instaurata tra le parti o dei caratteri dell'affidamento soggettivo oppure degli uni e degli altri.

Sono interrogativi cui, però, dovrà essere dedicata un'ulteriore ricerca. Per ora, è sufficiente aver individuato il ruolo che riveste l'affidamento (e aver rilevato l'eterogeneità degli affidamenti che si presentano) nelle fattispecie che costituiscono il nocciolo della responsabilità precontrattuale.

### **ABSTRACT**

Le questioni che occupano gli interpreti dediti allo studio della responsabilità precontrattuale sono svariate: basti pensare al problema

della sua natura, al novero di obblighi o doveri di cui essa si compone, al rapporto con i vizi del consenso. Tutte, però, in qualche modo si collegano a un quesito teorico generalissimo: quale sia il fondamento di questa specifica forma di responsabilità.

Questo è l'interrogativo che guida la ricerca: nella prima parte essa, attraverso questo prisma, ripercorre la storia della *culpa in contrabendo* e compara l'ordinamento italiano con quello tedesco; nella seconda offre una risposta alla domanda sollevata, proponendo di ricostruire la responsabilità precontrattuale attorno all'affidamento, ora inteso in modo soggettivo e puntuale (affidamento nello svolgimento di una certa trattativa con un certo oggetto), ora in modo oggettivo e generico (affidamento nella lealtà altrui o semplicemente aspettativa della conclusione futura di un certo contratto). Dalla tesi argomentata vengono, infine, fatti derivare corollari in tema di individuazione delle condotte scorrette prenegoziali e di rimedi a tutela della parte lesa.

There are many issues that occupy legal scholars involved in the study of pre-contractual liability: for example, the problem of its nature, the number of obligations or duties of which it is composed, the relationship with the vices of consent. All of them, however, in some way relate to a very general theoretical question: what is the basis of this specific form of liability.

The essay, retracing the history of the *culpa in contrabendo* and comparing the Italian legal system with the German one, offers an answer to this question, proposing a model for pre-contractual liability based on reliance, understood both in a subjective and punctual way (reliance on the development of a certain negotiation with a certain object) and in an objective and generic way (reliance on the loyalty of the other party or simply expectation of the future conclusion of a certain contract), and making it derive corollaries in terms of identification of pre-contractual misconduct and effective remedies.

ANDREA MARIA GAROFALO

Professore a contratto (Dipartimento di scienze giuridiche, del  
linguaggio, dell'interpretazione e della traduzione)

Università degli Studi di Trieste

Email: [andreamaria.garofalo@gmail.com](mailto:andreamaria.garofalo@gmail.com)

