

**SULLE ORIGINI STORICHE
DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE***

1. Le ragioni dell'indagine. 2. La fattispecie. 3. Alle radici di un dibattito ancora aperto. 4. L'originaria pluralità di discipline e di meccanismi sanzionatori. 5. Prime evidenze di una 'responsabilità precontrattuale' nelle compravendite immobiliari. 6. La rilevanza del 'dolo negativo' in una eclatante vertenza. 7. La responsabilità precontrattuale per 'dolo positivo'. 8. Una sentenza della CGCE sulla 'incerta' natura della responsabilità precontrattuale. 9. L'esperienza giuridica romana quale elemento di riflessione sulle soluzioni attuali.

1. *Le ragioni dell'indagine*

In tempi recenti, si è registrato un crescente interesse, da parte della civilistica, anche d'Oltralpe, per la questione dei contenuti dei doveri di informazione nella fase di trattativa e di conclusione del contratto e per il connesso problema delle conseguenze della violazione di tali obblighi, attraverso un silenzio reticente del contraente¹. Si tratta di una

* Saggio destinato, con alcune modifiche, agli Studi in onore del prof. Antonino Metro.

circostanza non certo casuale, dal momento che proprio nella problematica descritta è stata autorevolmente individuata, specie con riferimento alla fase di trattativa e di conclusione del contratto di compravendita, «una delle caratteristiche più importanti e peculiari del diritto contrattuale dell'Unione Europea»².

Il rilievo del tema, in sede transnazionale, investe tanto la precisazione dei contenuti dei doveri di informazione, che divengono progressivamente più vasti (sicché il silenzio resta lecito in un novero sempre più ristretto di casi), tanto l'individuazione delle molteplici, possibili conseguenze della violazione di tali obblighi (risarcimento dei danni, riduzione del prezzo, annullamento del contratto, applicazione di sanzioni penali)³; problema, quest'ultimo, che in realtà costitui-

¹La problematica all'esame investe dunque l'attività preparatoria, rispetto alla formazione del contratto, e per questa ragione parte della dottrina ritiene più corretto definire 'trattanti' i soggetti che discutono per decidere se, ed eventualmente in quali termini, addivenire alla stipula del contratto, evitando invece di ricorrere al termine 'parti', impropriamente usato dal legislatore all'art. 1337 cod.civ. it.: così, ad es., G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 10; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 124.

²V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.* 9, 2004, IV, 747 ss., specialm. 757, 763, il quale ricorda come numerosi altri Autori, tra i quali Stefan Grundmann, enfatizzano «il ruolo delle regole di informazione come il vero e proprio *core* del diritto contrattuale europeo» (*ibid.* 763).

³In Italia, la giurisprudenza si è di recente ripetutamente pronunciata sul tema: Cass. 29 marzo 1999, n.2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss., con *Nota* di T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: 'quantum' risarcitorio e 'natura' della responsabilità*; App. Venezia 31 maggio 2001, n.724, in *Corr. giur.*,

sce il punto cruciale della materia, sostanziando un complesso tema di politica del diritto⁴.

Le difficoltà incontrate al riguardo dalla commissione preposta all'elaborazione dell' 'Acquis communautaire' sono state di tale entità, da indurre ad ipotizzare un rinvio ai diritti nazionali⁵. Problemi analoghi, ma di carattere più generale (sui quali tornerò più diffusamente nelle ultime pagine di questo contributo), sono sorti con la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea in materia di responsabilità precontrattuale, circa l'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles: la Corte si è pronunciata per la prima volta nel 2002 sulla natura giuridica della responsabilità dei potenziali contraenti in relazione ai negoziati per un contratto (sentenza 17 settembre 2002, procedimento C-334/00), e l'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, al punto 47 delle sue Conclusioni (presentate il 31 gennaio

2001, 1199, con *Nota* di T. DALLA MASSARA, *Sul risarcimento del danno per dolo incidente*; Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, in corso di stampa. Esposizione critica della problematica in oggetto nel più ampio contesto europeo, in *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, a cura di R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit, Tübingen, 2003; T. WILHELMSSON, C. TWIGG-FLESNER, *Pre-contractual information duties in the Acquis Communautaire*, in *European Review of Contract Law* II, 2006, IV, 441 ss.; vd. anche *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei 'Principles of European Contract Law' della Commissione Lando*, a cura di G. Luchetti e A. Petrucci, Bologna, 2006, 115 ss., 187 ss., 218 s.

⁴ In questo senso, V. ROPPO, *L'informazione*, cit., 761.

⁵ Cfr. bibl. alla nt. 3, cui *adde* specialm. V. ROPPO, *L'informazione*, cit., 758 ss.

2002), ha rilevato come la responsabilità nei rapporti precontrattuali non fosse stata disciplinata, in quanto tale, nella Convenzione e come sulla questione esistesse sì una ricca dottrina negli Stati membri, ma non uniforme e, soprattutto, avulsa dal contesto del diritto internazionale privato.

Di qui, l'esigenza, avvertita nella civilistica dei Paesi afferenti all'Unione, di un profondo ripensamento della problematica, e la volontà di interrogarsi sulle ragioni della pluralità e della diversificazione di inquadramenti e soluzioni – nei tempi e nei luoghi – nella intricata materia della responsabilità precontrattuale⁶.

In Italia, dottrina e giurisprudenza sono caratterizzate da forti oscillazioni nella interpretazione degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., sia in ordine alla possibilità di agire per responsabilità 'precontrattuale' anche ove il contratto sia concluso, sia per quanto concerne l'inquadramento della responsabilità precontrattuale derivante dall'art. 1337 cod.civ. (come responsabilità contrattuale, extracontrattuale, o *tertium genus*, costituito dalla violazione della buona fede ex art. 1337 cod.civ.); infine, si pone anche in Italia la più specifica questione, prima segnalata con riguardo ai contesti transnazionali, della determinazione delle sanzioni per la violazione degli obblighi di informazione in compravendita (risar-

⁶ Si inseriscono in questa nuova fioritura di studi, in Italia, tra gli altri, i contributi di G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002; ID., *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005; P. GALLO, *Responsabilità contrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 295 ss.; I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, III, 724 ss.

cimento dei danni, nei limiti dell'interesse negativo e/o positivo, riduzione del prezzo, annullamento del contratto, applicabilità di sanzioni penali)⁷.

⁷ Si cercherà qui di dimostrare, tra l'altro, che il riconoscimento della responsabilità del contraente per le scorrettezze prenegoziali anche diverse e meno gravi rispetto al 'dolo commissivo', cui abbia poi fatto seguito la conclusione di un negozio, vanta una lunghissima tradizione storica, in quanto risale agli ultimi secoli della Repubblica romana. Nel XX secolo, in Italia, la tesi maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza è stata quella della extracontrattualità degli illeciti prenegoziali; tale orientamento affondava le sue radici nell'abr. cod.civ. it. del 1865, nel cui vigore, in assenza di una norma corrispondente all'attuale art. 1337 cod.civ., che conferisse rilevanza giuridica alla fase prenegoziale, inevitabilmente le scorrettezze attuate nella fase precedente la conclusione del contratto ricadevano sotto la disciplina dell'illecito civile (art. 1151 cod.civ. abr.); è di fondamentale importanza, ai fini della comprensione della materia, ricordare come tale dottrina e giurisprudenza, quale conseguenza dell'inquadramento extracontrattuale, individuassero quale presupposto della *culpa in contrahendo* – e dunque della responsabilità – la mancata o invalida conclusione del contratto. Sulle ragioni dell'introduzione, nel 1942, dell'art. 1337 cod.civ., vd., in giurisprudenza, App. Palermo 6 novembre 1957, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 70, ma già la motivazione di Trib. Napoli 10 febbraio 1949, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 284 ss.: «con l'entrata in vigore del nuovo Codice Civile l'istituto in parola [scil. la *culpa in contrahendo*] ha trovato la sua positiva consacrazione nel disposto dell'art. 1337, il quale, ispirandosi ai suaccennati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ha sancito il principio generale che nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti debbono tenere reciprocamente un comportamento improntato a *buona fede*». Tuttavia, la qualificazione della responsabilità precontrattuale come aquiliana è ancora pressoché pacifica in giurisprudenza (vd. soprattutto Cass. 19 aprile 1983, n. 2705; Cass. 18 giugno 1987, n. 5371) e restano isolate le pronunce orientate sul ricono-

Suscita interesse, nello storico del diritto, la circostanza che con notevole frequenza i sostenitori delle differenti soluzioni citino, a supporto delle loro (peraltro eterogenee e talora contrapposte) argomentazioni, l'autorità del diritto

scimento di una natura contrattuale (così Trib. Milano 1988, in *Giur. it.*, 1988, I. 2, 796; App. Milano 2 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I.2, 49); di conseguenza, occasionalmente ancora si continua a negare la configurabilità di responsabilità precontrattuale a carico del contraente scorretto, qualora poi il contratto sia stato concluso: vd. *infra*, nt. 13. La dottrina, invece, è divisa, benché anch'essa propenda in larga parte per la natura extracontrattuale della responsabilità prenegoziale. Cenni alle diverse costruzioni e relativa bibl. in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, specialm. 103 ss., 125 ss. e nt. 5, con bibl. Sintetici, ma efficaci *excursus* sui vari orientamenti, in V. ROPPO, *L'informazione*, cit., 750 ss., con specifico riferimento alla responsabilità derivante da violazione degli obblighi di informazione; e, più in generale, sulla natura della responsabilità *ex art.* 1337 cod.civ., raggugli ora in T. DALLA MASSARA, *Dolo*, cit., 1192 ss.; G. D'AMICO, *Buona fede 'in contrahendo'*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 335 ss.; ID., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, II, Milano, 2006, 1135 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 298 ss.; I. TARDIA, *Buona fede*, cit., 755 ss. Per la reticenza, quale condotta penalmente rilevante, e sul nesso spesso istituito tra frode civile e truffa c.d. contrattuale, cfr. C. DALIA, *Le aggressioni contrattuali al patrimonio. Reticenza e lesione della libertà negoziale*, Napoli, 2004. Per alcune tra le più recenti pronunce sul tema in oggetto, cfr. M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, 295 ss., in relazione a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024; C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrahendo' (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165 ss.

romano⁸. Di qui, il legittimo quesito: è possibile che all'interno dell'ordinamento giuridico romano albergasse tanta contraddittorietà? E la 'confusione' apparentemente regnante negli attuali inquadramenti, su pretesa base romanistica, dipende da realtà storica (e dunque da una antinomia o dalla pluralità di impostazioni ravvisabili all'interno dell'esperienza giuridica romana), o piuttosto da fraintendimenti da parte degli interpreti successivi?

2. *La fattispecie*

Veniamo allora ad una sintetica ricognizione del problema, nella sua prospettiva storica. L'indagine sarà qui condotta (salvo quanto si esporrà al § 9 sulla natura della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative) con

⁸ Il fenomeno si evidenzia attraverso la lettura, ad es., di A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 27 ss., 31 ss., 170 ss., 198 ss. e *passim* (dove però prevale il pregevole sforzo di fornire al lettore un inquadramento storico completo); A. PARRELLA, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina, 1931, 371 ss.; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Nota* a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 364 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 1 ss., 67 ss. (i riferimenti storici sono poi pressoché scomparsi in ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, I, *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, 1 s.); C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 745; M. DE POLI, *Servono ancora i 'raggiri' per l'annullamento del contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, *Nota* a Cass. Sez. civ. 7 aprile 2002, n. 11896, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 911 ss., specialm. 923.

specifico riguardo alla responsabilità precontrattuale in compravendita per slealtà prenegoziali, quali le affermazioni mendaci o la violazione degli obblighi di informazione⁹.

Questa scelta di campo si giustifica non tanto per le ragioni *de iure condendo* sopra esposte, ma soprattutto perché i più remoti precedenti romani dell'ampia figura moderna della 'responsabilità precontrattuale' si ritrovano proprio in alcune fattispecie di reticenza o di affermazioni non veritiere rese dal venditore nella fase precedente il compimento della *mancipatio* o la conclusione del contratto consensuale di compravendita. Illuminante, al riguardo, si rivela un lungo squarcio del terzo libro del *de officiis* ciceroniano, che, per puntualità e organicità di esposizione, ci si presenta come

⁹ Quanto si esporrà di seguito costituisce la sintetica rielaborazione, con aggiornamento bibliografico, di una serie di studi da me già svolti sul tema, e pubblicati altrove: (L. SOLIDORO MARUOTTI, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Rivista della Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze*, II, 2005, num. 8/9, 23 ss.; '*Aliud est celare, aliud tacere*' [Cic., de off. 3.12.5]. *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in *AG*, CCXXVII, 2007, II, 187 ss.; ...*Si vero sciens reticuit et emptorem deceptit...* [D. 19.1.13 pr.]: '*vizi di fatto*', '*vizi di diritto*' e reticenza del venditore, in *Fides humanitas ius. Studi in onore di L. Labruna VIII*, Napoli, 2008, in corso di stampa; *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, destinato agli *Studi in onore di Remo Martini; Gli obblighi*, cit.), e di alcune relazioni, tenute in occasione di Convegni (*Primi elementi di responsabilità prenegoziale*, SIHDA., *Loi et droit dans le gouvernement des sociétés antiques*, Catania, 27 settembre 2007), incontri di studio (*Sulla rilevanza giuridica del silenzio nel diritto romano: la reticenza del venditore in Cic. off. 3.12-17*, Circolo Toscano, Firenze, 1 marzo 2007), corsi di Dottorato (*Alle origini della responsabilità precontrattuale*, Seconda Università di Napoli, 23 gennaio 2008).

un vero e proprio 'trattato' (il primo in assoluto, sul tema) di 'responsabilità prenegoziale'. L'Arpinate dimostra come già nella Repubblica romana – per il principio di solidarietà umana, affermatosi in Grecia per merito di alcuni filosofi stoici – si sanzionassero le slealtà prenegoziali (anche diverse e meno gravi rispetto al 'dolo commissivo'), cui poi avesse fatto seguito la conclusione di un contratto valido¹⁰.

Prima di procedere all'esame di questa tematica, si rendono però necessarie due precisazioni.

La prima è di carattere terminologico. Non vi è alcuna espressione, nella lingua latina, che risulti assimilabile alla formule moderne 'responsabilità prenegoziale' e 'responsabilità precontrattuale'; ciononostante, una trattazione in chiave storica della materia si giustifica pienamente, per la ragione che già nell'età repubblicana, e più precisamente tra III e I sec. a.C., i Romani presero a sanzionare alla stregua di illeciti (civili o penali) taluni comportamenti scorretti, tenuti dalle parti nella fase precedente il compimento di un atto negoziale bi- o plurilaterale.

¹⁰ Per la lettura particolareggiata della fonte in oggetto, rimando a L. SOLIDORO MARUOTTI, *La reticenza del venditore in Cic. de off. 3.12.17*, in *Studi in onore di G. Nicosia*, VII, Milano, 2007, 471 ss.; *Gli obblighi*, cit., 39 ss. Che l'antica repressione delle scorrettezze prenegoziali trovasse la sua *ratio* ispiratrice già nel valore della solidarietà umana (e non solo, come da taluni si ritiene, nella preservazione dell'equilibrio negoziale) è suggerito da quanto esposto in *Cic. off. 3.12.52-53*; sul punto mi soffermerò in uno studio di imminente pubblicazione.

La seconda precisazione investe piuttosto i contorni della fattispecie. Occorre tenere ben presente che tanto nel contesto della compravendita, tanto in altri contesti negoziali, i Romani individuavano solo due tipologie di 'illeciti prenegoziali', e cioè, in ordine di tempo: 1) le affermazioni mendaci, la reticenza e i raggiri del venditore in fase di trattativa per un negozio poi giunto a conclusione, 2) l'omessa informazione, da parte del contraente, su una ragione di totale inutilizzabilità dell'atto, per esempio, la condizione di *res publica* del bene oggetto di una vendita privata (fattispecie, di cui in questa sede non mi occuperò, bene esemplificata in Mod. D. 18.1.62.1 e oggi riconducibile alle previsioni dell'art. 1338 cod. civ. it.)¹¹. Invece, a quanto ci risulta, per l'intero corso dell'esperienza giuridica romana non si predispose alcuna sanzione per quella che attualmente viene indicata come la fonte della terza ipotesi di responsabilità precontrattuale (ex artt. 1337 e 1338 cod. civ. it.), vale a dire il recesso ingiustificato dalle trattative: al riguardo, Jhering¹²

¹¹ Sui profili storici della fattispecie, vd. ora A. TRISCIUOGGIO, *Sinalagma genetico e vendita delle 'res extra commercium'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, 2 voll., Padova, 2007, I, 277 ss., 282 ss., 297 ss.

¹² R. VON JHERING, *'Culpa in contrahendo' oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, 1860, 87 nt. 89. Si deve a Gabriele Faggella il merito di avere definito l'ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative: G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi Fadda*, III, Napoli, 1906, 269 ss.; ID., *Il fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *AG*, LXXXII, 1909, 128 ss.; ID., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*², Roma, 1918. Sulla centralità della

commentò che i Romani ammisero e accettarono sempre la volubilità del contraente.

Tanto premesso, esaminiamo le forme più antiche di 'responsabilità' per scorrettezza in fase prenegoziale, che, come accennavo, ci risultano essere connesse con la conclusione di una compravendita: la compravendita fu, difatti, in assoluto, il primo ambito di rilevanza delle slealtà e delle scorrettezze prenegoziali, nonché, in seguito, il campo di elezione delle dispute giurisprudenziali sulle nozioni e sulla rilevanza della reticenza e del dolo prenegoziale¹³.

tesi di Faggella nella teoria della responsabilità precontrattuale, L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XII, 2, Torino, 2000, 199 ss., specialm. 239 ss.; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 16 ss. Attualmente, il recesso *sine causa* si intende come specifica violazione del dovere di buona fede ex art. 1337 cod.civ.: ampia discussione in G. MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità 'in contrahendo' ex art. 1338 c.c.*, *Nota a Cass.* 30 luglio 2004, n. 14539, in *Corr. giur.*, 8, 2005, 1101 ss.

¹³ Lo sottolinea L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Atti del III Congr. Int. ARISTEC, Ginevra, 24-27 settembre 1997, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 26; ma il dato era già stato rilevato dalla civilistica italiana: G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 12, 158 ss. La giurisprudenza italiana più recente, allineandosi alle posizioni della dottrina italiana e tedesca, ammette generalmente la configurazione di una responsabilità precontrattuale anche in presenza di un contratto concluso (e validamente concluso): vd., ad es., Cass. 20 luglio 1971, n. 2363, in *Giur. it.*, 1972, I.1, 907; Cass. 10 giugno 1984, n. 4049, in *Giust. civ.* 1985, I, 84; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Contratti*, 1999, 329 ss.; Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss.; Cass. 7 marzo 2007, n. 5273: «... quando dal dolo dipenda la con-

Le prime modalità repressive delle scorrettezze e slealtà prenegoziali del venditore riguardarono, dunque: da un lato, la reticenza (intesa come il contegno negativo, omissivo, del non-parlare, oggi tecnicamente qualificabile 'dolo negativo' o 'omissivo'¹⁴), dall'altro lato, i raggiri e le affer-

clusione di un negozio a condizioni più svantaggiose, il *deceptus* è ammesso a proporre una domanda diretta al risarcimento dei danni a titolo di dolo incidente (art. 1440 cod. civ.), con cui è fatta valere una responsabilità precontrattuale». In dottrina, per l'operatività dell'istituto della responsabilità precontrattuale anche in materia di contratti validi, ma conclusi a condizioni diverse rispetto a quelle che sarebbero state convenute in assenza di slealtà e scorrettezze della controparte, vd. soprattutto P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 318 s.; I. TARDIA, *Buona fede*, cit., 763 ss.; G. MERUZZI, *La trattativa*, cit., 229 ss.; ID., *La quantificazione*, cit., 1103. La breccia è stata aperta da Coll. Arb. Roma, 12 dicembre 1968, in *Arbitrati e appalti*, 1970, 378, in cui si affermò la sussistenza di responsabilità precontrattuale, sebbene il contratto fosse stato validamente concluso, purché si dimostrasse la contrarietà a buona fede del comportamento della controparte, senza il quale il contratto sarebbe stato concluso a condizioni diverse. Precedentemente, imperante la tesi della extracontrattualità, non si ammetteva *culpa in contrahendo*, e dunque responsabilità, per le scorrettezze (diverse dal dolo) intervenute prima della conclusione di un contratto valido (così, per es., Cass. 23 dicembre 1950, n. 2820, in *Giur. it.*, 1851, I, 484; Cass. 30 ottobre 1963, n. 2920, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, 41; ma ancora in questo senso Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corr. giur.* 1994, 986; App. Firenze, 17 settembre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, 286).

¹⁴ Tale figura è stata introdotta in Italia da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*⁴, Milano, 1929, 329, e poco dopo efficacemente scolpita e discussa da A. TRABUCCHI, *Il dolo*, cit., 530. Di recente, Cass. 7 marzo 2007, n. 5273 (cit. alla nt. prec.) si è pronunciata proprio sulle conseguenze di un comportamento reticente in se-

mazioni mendaci (comportamenti, che viceversa sono individuabili in attività positive, quali parole o contegni volti a fornire una rappresentazione ingannevole della realtà, attraverso una 'messinscena', attualmente detta anche 'dolo positivo' o 'commissivo').

In questa sede, la mia attenzione si concentrerà solo su alcuni particolari aspetti della prima fattispecie, e cioè sulle più antiche discussioni circa la rilevanza della *taciturnitas* del venditore su vizi o mancanza di qualità del bene negoziato, altrimenti qualificabile, con terminologia moderna, 'violazione degli obblighi di informazione in compravendita'; mentre solo di seguito – e marginalmente – affronterò il problema della rilevanza del c.d. dolo positivo in fase prenegoziale (c.d. *dolus in contrahendo*). Si porrà in rilievo, inoltre, come già tra III e I sec. a.C. i Romani avessero approntato un ventaglio di validi strumenti di tutela nei confronti dei comportamenti scorretti attuati in fase prenegoziale, anche quando fosse poi stata conclusa una valida compravendita.

3. *Alle radici di un dibattito ancora aperto*

Ebbene, con riguardo alla reticenza del venditore (eventualmente identificabile in un 'dolo negativo'), mi sembra di potere individuare il punto focale delle attuali difficoltà di costruzione dogmatica in un elemento che poi è stato largamente trascurato e frainteso dagli interpreti moderni, dando luogo ad una sequela di equivoci nell'odierna

de precontrattuale, qualificabile come dolo omissivo e, in quanto tale, in contrasto con il principio generale di buona fede.

dottrina civilistica: e questo punto è costituito dal fatto che in diritto romano il 'silenzio' del venditore ha progressivamente assunto rilevanza all'interno di ben tre, distinti, 'sistemi' giuridici; che, poi, con il passare del tempo, nel corso dell'età classica (e dunque tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.), si sono intrecciati e fusi attraverso un percorso di assai difficile ricostruzione.

Di questi tre 'sistemi', o 'meccanismi sanzionatori', il primo, risalente al V sec. a.C., e più precisamente alla legislazione decemvirale, sostanzialmente non riconosceva alcuna rilevanza giuridica alla reticenza del venditore, se non nel caso estremo della vendita di cosa altrui, nel senso che il *mancipio dans* rispondeva con l'*actio auctoritatis* nei confronti del compratore evitto, e ciò a prescindere dal fatto che il suo silenzio sull'alienità del bene negoziato fosse stato di buona o di mala fede¹⁵; per il resto, il venditore rispondeva solo della veridicità delle affermazioni rese all'atto della *mancipatio*¹⁶, risultando dunque responsabile solo di quanto avesse detto, non di quanto avesse taciuto.

Il secondo 'sistema' è quello, ben noto, risultante dal contenuto degli editti emanati a Roma intorno al II sec. a.C. dagli edili curuli, in relazione alle sole compravendite di schiavi e animali concluse nei mercati cittadini¹⁷. Vi si pre-

¹⁵ Esauriente esposizione della complessa problematica, con rassegna completa di fonti e letteratura, ora in T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita*, cit., II, 279 ss., 282 ss.

¹⁶ Tanto risulta da Cic. *off.* 3.16.65.

¹⁷ Sul testo dei due editti emanati dagli edili curuli, si leggano soprattutto Ulp. D. 21.1.1 pr.-1 e Gell. *noct. att.* 4.2.1; tra la letteratura, che

vedeva, per la prima volta, la responsabilità del venditore recitante su taluni 'vizi di fatto' e 'di diritto' tassativamente elencati (malattie fisiche, propensione dello schiavo alla fuga o al furto, rischio di assoggettamento del proprietario a responsabilità nossale per pregressa commissione di un *delictum* da parte del sottoposto), persino a prescindere dalla conoscenza di questi 'difetti' da parte del venditore (per responsabilità oggettiva, o, forse meglio, per presunzione assoluta di colpa¹⁸). In tali disposizioni è dato ravvisare, in assoluto, i primi elementi di una responsabilità prenegoziale per negozi poi giunti a conclusione (dal momento che il suaccennato obbligo, posto nelle XII Tavole a carico del venditore, di rispondere per le affermazioni fatte aveva riguardo a quanto detto formalmente e solo contestualmente alla vendita, non anche anteriormente ad essa)¹⁹.

Infine, il terzo 'meccanismo sanzionatorio', quello che poi è di più ardua ricostruzione, si formò attraverso applicazioni estensive (non sempre del tutto chiare) dell'azione

in materia è sconfinata, si cfr. soprattutto, anche per i problemi di datazione, L. MANNA, '*Actio redhibitoria*' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto 'de mancipiis vendundis', Milano, 1994; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 5 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004.

¹⁸ In quest'ultimo senso depongono l'espressione ciceroniana, in *off.* 3.17.71, ...*qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium...* e la formula ulpiana, in D. 21.1.1.2, ...*potuit enim ea nota habere venditor...*

¹⁹ Discussione del problema con riferimento alla successiva fase cronologica (*emptio venditio*) in N. DONADIO, *La tutela*, cit., 144 ss., con un richiamo all'applicazione della *mancipatio* alla p. 145.

nascente dal contratto consensuale di *emptio venditio*²⁰: l'azione contrattuale (*actio empti*) consentiva di sanzionare la reticenza del venditore o quando oggetto della vendita fossero stati schiavi o animali affetti da vizi diversi, rispetto a quelli rilevanti ai fini della tutela edilizia, o quando oggetto della compravendita fosse stato un bene escluso dalle previsioni degli edili curuli, cioè tutti i beni immobili e i beni mobili diversi da schiavi e animali. Vi era però una condizione, almeno inizialmente, per l'applicazione dell'*actio empti* in funzione di garanzia: e cioè che il venditore *tacens* fosse consapevole del difetto (era infatti la *scientia venditoris* ad integrare quella violazione della *fides bona*, che costituiva il presupposto dell'esercizio dell'azione contrattuale)²¹.

4. *L'originaria pluralità di discipline e di meccanismi sanzionatori*

Quanto ho appena esposto per cenni dimostra come, nel corso dell'età repubblicana, la reticenza del venditore non fosse affatto assoggettata a una regolamentazione unitaria. Tutt'altro: la *taciturnitas* poteva dare luogo a ben differenti conseguenze, in ragione non solo

²⁰ Rinvio a quanto ho già esposto in *Gli obblighi di informazione*, cit., 84 ss.; sul tema, trattazione completa, con esame critico delle fonti e della prec. lett., in N. DONADIO, *La tutela*, cit., e vd. ora anche G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e 'risoluzione' della 'emptio venditio': alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita*, cit., II, 3 ss.

²¹ Si leggano, a tale riguardo, Ulp. D. 21.1.38.7; Ulp. D. 21.1.4.4, esaminati in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 84 s., con altra lett.

della natura del bene compravenduto, ma anche del tipo di difetto taciuto dal venditore e infine della *scientia*, o *inscientia* del difetto taciuto.

Il quadro risultava poi complicato dal fatto che a tale articolazione di discipline faceva riscontro una pluralità di rimedi processuali, differenti per natura, presupposti e finalità, e il cui concorso (a volte alternativo, a volte cumulativo) risultava regolato da criteri ancora oggi parzialmente oscuri.

Eccone, in estrema sintesi, e in ordine cronologico, un riepilogo. L'*actio auctoritatis*, cui si ricorreva nella sola ipotesi di evizione (giudiziale), si caratterizzava per la sua originaria natura penale e prevedeva una condanna nel doppio del valore del bene evitto, a prescindere da qualsivoglia valutazione circa la buona o la mala fede del *tacens*²²; dei due rimedi edilizi, entrambi esperibili nei confronti del venditore reticente anche se *insciens* del difetto non denunciato, il più risalente (l'*actio redhibitoria*) era volto (anche se in modo approssimativo) alla pratica risoluzione del contratto²³, ma assumeva probabilmente natura penale in caso di inottemperanza, da parte del venditore, all'*arbitrium iudicis*, cioè all'ordine di restituzione del prezzo e degli accessori (come si arguisce

²² Sulla tutela per l'evizione nel contesto del negozio mancipatorio, vd. ora T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 282 ss., con prec. lett.

²³ Opportune precisazioni sul concetto antico di 'risoluzione', alla luce delle fonti romane, in G. ROSSETTI, *Interdipendenza*, cit., 3 ss., con prec. lett.; sui rapporti tra *actio empti* e *resolutio emptio* nelle fonti romane, importanti puntualizzazioni ora in N. DONADIO, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni dell' 'emptio venditio'*. *Il problema del giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti*, in *La compravendita*, cit., II, 544 ss., specialm. 505 ss., 510 ss.

dalla previsione di una condanna *in duplum* in questa ipotesi: Gai D. 21.1.45)²⁴; l'altro rimedio (l'*actio quanti minoris*) invece era inteso alla esecuzione del negozio (previa riduzione del prezzo)²⁵; l'*actio empti*, infine, sul presupposto della *scientia* del difetto da parte del venditore reticente, almeno inizialmente²⁶ fungeva da rimedio *lato sensu* risarcitorio²⁷.

Una volta tratteggiato questo quadro d'insieme, occorre considerare in modo specifico la posizione del venditore di beni immobili, che fosse consapevolmente reticente sui vizi di *praedia* ed *aedes*.

Per quanto riguarda la fase più risalente (V-IV sec. a.C.), è verosimile che la disciplina della reticenza del venditore sui difetti (di fatto e di diritto) delle *res Mancipi* fosse unitaria (nel senso della totale irrilevanza del contegno omisivo del venditore che non avesse informato il compratore

²⁴ Per differenti interpretazioni di Gai D. 21.1.45, rinvio a N. DONADIO, *Azioni*, cit., 505 s. nt. 84.

²⁵ Ulp. D. 21.1.38 pr.; dettagli in N. DONADIO, *Azioni*, cit., 518 ss.

²⁶ In età classica, si ammise anche l'applicazione dell'*actio empti* con funzione risolutoria ('*ad resolvendam emptionem*': Ulp. D. 19.1.11.5, e Ulp. D. 19.1.11.3), e in qualche caso anche a prescindere dalla *scientia venditoris*: sulla diversità di presupposti, meccanismo e funzione della redibitoria edilizia, rispetto all'*actio empti ad resolvendam emptionem*, N. DONADIO, *Azioni*, cit., 510 ss., con lett.

²⁷ Vd. però sul punto le attente considerazioni critiche di R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec.a.C.-II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 159 s., il quale mette in guardia da una semplicistica identificazione del *damnum praestari oportere* del I sec. a.C. con la moderna nozione di 'Schadenersatz'.

dei difetti del bene negoziato²⁸, fatta salva l'ipotesi, del tutto particolare, della mancipazione *a non domino*).

Fu solo con l'introduzione delle disposizioni edilizie che la disciplina delle *res mancipi*, in relazione alla posizione del venditore reticente sui difetti del bene venduto, perse la sua originaria unitarietà: perché, mentre la reticenza dell'alienante nel corso delle trattative immobiliari continuò a restare priva di qualunque conseguenza (rilevando solo la difformità rispetto a quanto eventualmente promesso per esplicito: Cic. *off.* 3.16.65), in relazione alle compravendite di schiavi e animali si varò una disciplina molto più severa, volta a responsabilizzare fortemente il venditore, che, nella fase delle trattative, si vide gravato di un vero o proprio 'obbligo di informazione'.

È probabile che le rigorose disposizioni contenute nei due editti degli edili curuli, peraltro ricalcate su precedenti greci²⁹, fossero state ispirate dalla notoria inaffidabilità dei commercianti di schiavi e di bestiame³⁰, girovaghi e solo occasionali frequentatori dei mercati cittadini, in cui si svolge-

²⁸ In questo senso depone la ricostruzione di Tab. 6.2, sulla base di Cic. *off.* 3.16.65: A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 19 ss., specialm. 26 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 90 s., 96 s.

²⁹ Ampiamente, E. JAKAB, *'Praedicere und cavere' beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997.

³⁰ Già Platone, *leg.* 11.915, esprimeva la sua sfiducia verso quel genere di commercianti; nelle fonti giuridiche romane, analogo atteggiamento si rinviene, espresso da Paolo, in D. 21.1.44.1 (*Id genus hominum ad lucrum vel turpiter faciendum pronius est*); sul punto, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 80 e nt. 39.

vano le vendite private all'asta³¹; ed è possibile che le nuove regole fossero volte anche a sventare il rischio della sostituzione della merce. Viceversa, i beni immobili non erano sostituibili, i loro venditori erano stanziali, quindi facilmente rintracciabili, e appartenenti a un ceto sociale superiore e connotato da una maggiore moralità nelle contrattazioni, almeno in prevalenza.

In ogni caso, l'innovazione apportata dagli edili curuli dovette stimolare la riflessione dei giureconsulti sulle sorti dei venditori di immobili, che avessero taciuto al compratore i difetti del bene. Perché, indubbiamente, l'emanazione degli editti edilizi aveva creato una notevole disparità di trattamento tra venditori di schiavi e animali da un lato, e venditori di immobili dall'altro lato: ai primi era imposta la dichiarazione di un dettagliato elenco di vizi della merce in vendita (anche se non ne erano consapevoli), ai secondi, pure se *scientes*, restava consentito 'tacere' sui difetti dei *praedia*.

5. Prime evidenze di una 'responsabilità precontrattuale' nelle compravendite immobiliari

Di tale questione giuridica risulta ben consapevole Cicerone. In un celebre passo del terzo libro del *de officiis*³²,

³¹ Sulle vendite di schiavi mediante *auctiones* e sulle conseguenze della mancata dichiarazione dei vizi redibitori in quel particolare contesto, vd. ora N. DONADIO, *Azioni*, cit., 525 ss.

³² Sulle finalità dell'opera, dedicata all'educazione morale del figlio Marco, sulle ragioni e sui modi della trattazione, in quel contesto, del-

dopo avere affermato l'esigenza di riprovare moralmente e di sanzionare sul piano giuridico anche i venditori di immobili reticenti sui difetti del bene negoziato, l'Arpinate espone le tappe del lungo percorso attraverso cui i giureconsulti erano giunti, proprio in quegli anni, a determinare il contenuto degli obblighi di informazione da porre a carico del venditore di immobili :

Cic. *off.* 3.16.65: Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. 66. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. M. Cato sententiam dixit

le scorrettezze in compravendita, cfr. M.S. GORETTI, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano, 1982, 69 ss., 82 ss.; EAD., *Il problema del silenzio nella esemplificazione ciceroniana del 'de officiis': ipotesi circa la storia come giuridicità e come reale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, 75 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 42 ss.

huius nostri Catonis pater (...). Is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. 67. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor *rell.*

Nella prima parte del brano³³, Cicerone illustra la disciplina civilistica della responsabilità del venditore per i vizi dei beni immobili. Al riguardo, apprendiamo che lo '*ius civile*' sanciva all'epoca di composizione del *de officiis* (dunque nel 44 a.C.) l'obbligo, per l'alienante, di dichiarare all'atto della vendita di *praedia* i vizi di cui fosse a conoscenza; mentre precedentemente, in base alle leggi delle XII Tavole, il venditore si riteneva responsabile solo per ciò che avesse 'esplicitamente dichiarato' in occasione della *mancipatio* (e se non vi si atteneva doveva pagare una multa del doppio dell'importo). Poi (e qui Cicerone torna ai suoi giorni) i giuriconsulti avevano stabilito una pena anche per la reticenza, affinché dei *vitia* del fondo fosse responsabile il venditore, purché li conoscesse, a meno che all'atto della compravendita non ne avesse fatto menzione specifica.

Molte sono le perplessità e molti sono gli interrogativi sollevati da questa prima parte del passo: l'esatto significato della locuzione *ius civile* (assai ambigua, in questo contesto, come del resto in tutto il terzo libro del *de officiis*), la portata dell'antica regola civilistica menzionata da Cicerone (riguardava solo gli immobili o tutte le *res mancipi*?), la poco chiara

³³ Per una esegesi analitica, con ragguagli bibl. sul testo, rinvio a quanto ho già esposto in *Gli obblighi*, cit., 61 ss., 89 ss., e ad A. CORBINO, *Eccezione*, cit., 25 ss.

natura della *poena dupli* per la violazione dell'obbligo di rispettare la parola data (che se da un lato richiama la condanna *in duplum*, anch'essa penale, conseguente all'esercizio dell'*actio auctoritatis*, per altro verso riecheggia la condanna in *duplum* conseguente alla violazione dell'ordine di *redhibitio*), l'individuazione dei 'difetti' dei *praedia* di cui il venditore dovesse informare il *mancipio accipiens* ('vizi di fatto' o solo 'vizi di diritto', ed, eventualmente, quali?), infine, la misteriosa natura della *poena reticentiae*.

Risulta ben chiaro, comunque, che la disciplina decemvirale tendeva a sanzionare solo la veridicità di quanto affermato o la violazione di impegni espressamente assunti, non anche le condotte omissive, come la reticenza. Il mero contegno negativo del *tacens*, in sede di compravendite immobiliari, fu invece sanzionato solo dalla giurisprudenza, che ricondusse la responsabilità del venditore – già sancita nelle XII Tavole per le sole affermazioni mendaci o per il mancato adempimento di obblighi formalmente assunti – anche al silenzio consapevole (non 'colpevole', né 'doloso', ma 'consapevole': il termine usato è *scientia*) del venditore.

Si tratta ora di precisare quando si verificò questa interpretazione estensiva. Il contesto in cui viene illustrata la *poena reticentiae* lascia credere a tutta prima ad una innovazione relativamente recente. Ma la locuzione *poena reticentiae* ci richiama alla mente la *poena dupli* decemvirale, dunque l'*actio auctoritatis* e la prima giurisprudenza laica³⁴. In ogni caso, non avrei dubbi sul fatto che tale disciplina si 'agganciò', almeno in un secondo momento, alla diffusione della *emptio*

³⁴ Vd. da ultimo A. CORBINO, *Eccezione*, cit., 26 e nt. 18; approfondimenti e altra bibl. in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 91 s.

venditio (previa 'trasformazione' della *poena* in 'risarcimento del danno' e introduzione del presupposto della *scientia venditoris*): depone in questo senso la constatazione che, nell'immediato prosieguo del brano (peraltro introdotto da un '*ut*'), Cicerone instaura un chiaro nesso tra la *poena reticentiae* e l'applicazione dell'*actio empti* (di cui riporta parte della formula)³⁵ per la violazione della *fides bona*.

6. La rilevanza del 'dolo negativo' in una eclatante vertenza

E infatti, una volta enunciata la regola, l'Arpinate passa alla descrizione di un caso emblematico di reticenza, realmente verificatosi sul finire del II sec. a.C. e riportato, per la sua risonanza sociale, anche nei *facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo:

Val. Max. *mem.* 8.2.1: Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte

³⁵ Il riferimento testuale all'azione contrattuale non ha impedito ad alcuni di ipotizzare una infedeltà, da parte di Cicerone, al reale svolgimento della vertenza processuale, che sarebbe stata piuttosto incentrata sull'antica *actio auctoritatis*: discussione del problema e riferimenti bibl. in *Gli obblighi*, cit., 61 s. e nt. 89, cui *adde* ora A. CORBINO, *Eccezione*, cit., 27 s., il quale non prende in considerazione l'ipotesi che alla *emptio venditio* avesse fatto seguito una *mancipatio* (benché a mio avviso il testo risulti perfettamente logico e coerente anche supponendo che alla compravendita consensuale non fosse poi seguito il rituale della *mancipatio*), e B. KUPISCH, '*Exceptio doli generalis*' und '*iudicium bonae fidei*'. *Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, in *L'eccezione*, cit., 205 ss., specialm. 216 s.

habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum a collegio augurum erat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclyti Catonis patrem arbitrum cum Claudio adduxit formulam 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'. Cato, ut edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnavit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.

Ecco quanto emerge dal circostanziato resoconto di entrambi gli scrittori. Claudio Centumalo era proprietario di una casa sul Celio, che, per la sua altezza, impediva agli auguri di prendere gli auspici. Venne perciò intimato al proprietario di demolire la parte della casa che risultava di ostacolo all'attività. Ma Centumalo, anziché ottemperare, vendette la casa a Calpurnio Lanario, tacendo – e questo è il punto – dell'ordine di demolizione ricevuto dagli auguri. Questi ultimi rivolsero allora il loro *iussus* al compratore, che ottemperò, eseguendo la parziale demolizione. Poi, appreso che il dante causa gli aveva venduto l'immobile dopo aver ricevuto l'ordinanza degli auguri, Lanario citò in giudizio Centumalo con l'*actio empti*, chiedendo all'arbitro di pronunciarsi su *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*. La sentenza venne pronunciata da Catone (morto tra il 95 e il 91 a.C., padre dell'Uticense), il quale decretò che nella compravendita, quando si fosse consapevoli di qualche circostanza

e non la si dichiarava, si doveva 'risarcire il danno' (*damnum praestari oportere*) al compratore.

La sentenza, dunque, fu motivata; e visto che motivare era all'epoca una facoltà, non un obbligo, per il giudicante³⁶, anche il solo fatto che Catone avesse sentito l'esigenza di dare conto delle ragioni alla base della sua decisione la dice lunga sull'importanza e sulla delicatezza del caso. Ecco la motivazione: attiene alla buona fede che il venditore renda noto al compratore il 'vizio' di cui è a conoscenza. Quale significato tecnico attribuisse poi Catone (o Cicerone) al termine 'vizio', in questo contesto, non viene spiegato. Ma è chiaro che, nel caso all'esame, il 'vizio' non era né un difetto materiale, né un 'vizio di diritto' in senso stretto, quale l'evizione parziale (l'ordine di demolizione colpì solo una parte dell'edificio negoziato): l'evizione non era infatti configurabile, per i Romani, in assenza di vittorioso esperimento dell'azione intentata dal terzo, che vantasse un diritto reale sul bene venduto³⁷. Direi, allora, che siamo piuttosto di fronte ad una fattispecie di 'prevedibile (da parte del venditore *sciens*) perdita (parziale) della cosa', in qualche misura riconducibile alla figura della 'Sachverlust', coniata da L.

³⁶ Sulla antica inesistenza di un obbligo, a carico dei giudicanti, di dare conto delle ragioni delle decisioni adottate, diffusamente M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Genève, 1999, 53 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, 721 ss., con riferimenti anche al testo qui considerato.

³⁷ Ribadisce ora il principio romano della 'evizione giudiziale' T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 280 s., con altra lett.; vd. anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 76 e nt. 24, 94.

Mitteis³⁸ a proposito di quel particolare 'vizio redibitorio', costituito dalla inclinazione dello schiavo alla fuga (*servus fugitivus*).

È interessante l'affondo di Cicerone sulla motivazione della sentenza. Elemento che però si riscontra con un risalto ancora maggiore nel resoconto di Valerio Massimo, dove ritroviamo una esposizione più particolareggiata: Catone, avendo appreso che Centumalo volutamente (di qui la lesione della buona fede) aveva omesso di dichiarare l'ordine di demolizione, lo condannò *continuo* (subito, senza perplessità) e *summa cum aequitate*, perché chi vende, secondo le regole della *fides bona*, non deve né accrescere nel compratore le speranze dei vantaggi (qui sembra chiaro il riferimento al c.d. dolo positivo, la messinscena), né occultare gli svantaggi che l'affare presenta (l'espressione è allusiva al cd. dolo negativo, occultamento dei difetti mediante silenzio).

Mi pare che, con la motivazione della sua sentenza, Catone disegni una nozione nitidissima e specifica di 'buona fede prenegoziale in compravendita', la cui lesione espone il venditore all'azione contrattuale. E, quanto alla diversa qualificazione dei difetti dell'immobile negoziato nel resoconto dei due scrittori ('*incommoda*', in Valerio Massimo, '*vitia*' in Cicerone), azzarderei l'ipotesi che il ricorso, da parte di Valerio Massimo, a un termine – *incommodum* – denotato da una semantica molto più ampia, rispetto al vocabolo *vitium*,

³⁸ L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde* II.1, Leipzig-Berlin, 1912, 193, su cui vd. ora N. DONADIO, *Responsabilità del venditore per i vizi della 'res emptā': a proposito di D. 19.1.13.1(Ulp. 32 ad ed.)*, in *Index*, XXXIII, 2005, 481 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 94 e nt. 104, con altra lett.

non fosse del tutto casuale: questa scelta terminologica potrebbe riflettere il notevole allargamento del novero dei difetti occulti di cui il venditore doveva dare conto al compratore, prodottosi ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale degli anni compresi tra la composizione del *de officiis* e l'elaborazione dei *facta et dicta memorabilia*. Studi recenti³⁹ hanno ampiamente dimostrato che tra I sec. a.C. e I sec. d.C. (fase storica appunto coincidente con il periodo intercorso tra Cicerone e Valerio Massimo) il contenuto degli obblighi di informazione a carico del venditore subì una notevole dilatazione; alla luce di tali acquisizioni, si può supporre che Valerio Massimo, con una anticipazione storica, mediante l'uso del vocabolo *incommoda* avesse inconsapevolmente ricondotto già al tempo di Catone una nozione molto ampia di 'difetto non apparente', e dunque del contenuto degli obblighi di informazione a carico del venditore.

Per concludere, mi limito a sottolineare i tre dati che emergono con maggiore chiarezza dalle due fonti ora esaminate: 1) la specifica nozione di buona fede prenegoziale in compravendita, la cui lesione genera responsabilità *ex empto*; 2) il criterio di determinazione della responsabilità, individuato nella *scientia* del venditore: consapevole del vizio, tace; 3) la natura della responsabilità prenegoziale, che in questa particolare fattispecie di scorrettezza è individuabile in una responsabilità oggi definibile come contrattuale.

³⁹ Vd. soprattutto L. MANNA, '*Actio redhibitoria*', cit.; N. DONADIO, *La tutela*, cit.; EAD., *Responsabilità*, cit., con altra lett.

7. *La 'responsabilità precontrattuale' per 'dolo positivo'*

«Ma se sono riprovevoli quelli che tacciono – osserva Cicerone in *off.* 3.14.58 – come dobbiamo valutare coloro che adoperano parole ingannevoli?». Con siffatto quesito (ma già suggerendo la necessità di un giudizio più severo a carico di chi ordisca l'inganno mediante attività positive, rispetto a chi assuma un contegno meramente omissivo, tacendo), l'Arpinate introduce la narrazione di un altro caso realmente verificatosi tra la fine del II e l'inizio del I sec. a.C.

Ecco i fatti. Il cavaliere romano Caio Canio, recatosi a Siracusa per diletto, andava in cerca di una villetta in cui ricevere gli amici e divertirsi, lontano dai seccatori. Diffusasi la notizia, Pizio, banchiere siracusano, invitò Canio a pranzo per il giorno successivo; poi, essendo un personaggio influente a causa della sua professione, radunò dei pescatori e li istruì, affinché il giorno successivo si recassero dinanzi alla sua villa per pescare, spiegando loro cosa voleva che facessero. Quando Canio arrivò per il pranzo, trovò un banchetto sontuosamente allestito e una grande quantità di barche dinanzi alla villa; ogni pescatore portava ciò che aveva pescato e i pesci venivano gettati davanti ai piedi di Pizio. Di fronte allo stupore ammirato del cavaliere, Pizio disse «Di che ti meravigli? Qui ci sono tutti i pesci di Siracusa, e i pescatori non possono fare a meno di questa villa». Bramoso della villa, Canio implorò allora Pizio affinché gliela vendesse e questi alla fine cedette, ottenendo un prezzo assai alto. Il giorno successivo, Canio invitò i suoi amici alla villa, e vi si recò per tempo, ma non vide alcuna barca. Interrogò allo-

ra un vicino, chiedendo se per caso fosse un giorno festivo, ma quello rispose che in quel luogo non si recava mai nessuno a pescare, e anzi si era stupito per quello che aveva visto il giorno precedente. Canio ne fu disgustato. Ma che fare? Aquilio Gallo non aveva ancora introdotto i rimedi contro il dolo.

Cic. *off.* 3.14.58: Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promisisset, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempori venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur. 59. Tum Canius 'quaeso', inquit, 'quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum?' Et ille: 'Quid mirum?' inquit, 'hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt'. Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? Impetrat. Emit homo cupidus

et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. 'Nullae, quod sciam', ille [inquit], 'sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar, quid accidisset'. 60. Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum *rell.*

Dal resoconto di Cicerone apprendiamo, insomma, che il compratore non ottenne alcuna tutela giurisdizionale per la grave slealtà prenegoziale subita. Avrebbe potuto avvalersi dei rimedi contro il dolo – precisa l'Arpinate – se questi, all'epoca, fossero stati già introdotti. Nessuna menzione, invece, dell'azione contrattuale.

Il dato ha ripetutamente richiamato l'attenzione degli studiosi⁴⁰. Ma le ragioni per cui, nella fattispecie descritta, l'*actio empti* non poteva essere esercitata con successo mi sembrano chiare: l'inganno (da valutarsi, ai fini dell'esperimento dell'azione contrattuale, nel suo profilo 'minimale' di lesione della buona fede c.d. oggettiva), ordito dal venditore, aveva avuto ad oggetto non una qualità del

⁴⁰ Rinvio, sul punto, a L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 58 ss., e, da ultimi, a B. KUPISCH, '*Exceptio*', cit., 220 ss., e a F. PROCCHI, '*Dolus*' e '*culpa in contrahendo*' nella compravendita. Considerazioni in tema di *sinallagma genetico*, in *La compravendita*, cit., I, 183 ss., specialm. 185 ss., con altra lett.

bene in vendita, bensì la natura delle acque marine antistanti la villa. E, come si evince dal racconto di Cicerone, la pescosità delle acque del mare (non in vendita, in quanto *res extra commercium*) era stato elemento determinante non ai fini della conclusione del contratto⁴¹, bensì della sola determinazione del prezzo. E sul punto i Romani, oltre a non essere mai giunti a richiedere il requisito del giusto prezzo, ancora in età classica affermavano il principio per cui alle parti in compravendita era assolutamente lecito *se circumvenire, invicem se circumscribere*, in ordine al prezzo⁴², benché la *emptio venditio* fosse un 'contratto di buona fede'. In altri termini, i contegni ingannevoli tenuti dal venditore ai fini della determinazione del prezzo (purché non identificabili in un vero e proprio *dolus malus in contrahendo*⁴³) non integravano lesione della buona fede e, pertanto, l'eventuale sproporzione non giustificava l'esercizio dell'azione contrattuale⁴⁴.

In definitiva, esclusa una responsabilità contrattuale (*ex empto*), il 'dolo positivo' attuato dal venditore in fase pre-

⁴¹ Vd., al riguardo, l'intuizione di A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 651 s., ora sviluppata da B. KUPISCH, 'Exceptio', cit., 220 ss.

⁴² Ulp. D. 4.4.16.4: *Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; Paul. D. 19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

⁴³ M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 368 e nt. 664.

⁴⁴ Lo ribadisce ora P. ZILLOTTO, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e 'laesio enormis'*, in *La compravendita*, cit., I, 599 ss., special. 602 s. e nt. 12, con altra lett.

contrattuale (al fine di vendere la cosa negoziata a un prezzo più alto) avrebbe dato luogo ad una responsabilità delittuale (dunque 'extracontrattuale'), qualora le *formulae de dolo* fossero state, all'epoca, già introdotte nell'ordinamento giuridico romano.

8. *Una sentenza della CGCE sulla 'incerta' natura della responsabilità precontrattuale*

La lettura dei casi tratti dalla pratica forense romana ha rivelato la possibilità, nell'ordinamento giuridico romano dell'età repubblicana, di due differenti inquadramenti (che si possono presumere non sempre necessariamente alternativi) della 'responsabilità precontrattuale' nelle compravendite immobiliari⁴⁵: nel I sec. a.C., la reticenza del venditore poteva dare luogo ad applicazione di azione contrattuale per violazione della buona fede oggettiva, mentre il 'dolo positivo' in fase prenegoziale veniva considerato sanzionabile con l'azione delittuale *de dolo*. In secondo luogo, esponeva senz'altro a responsabilità il comportamento scorretto tenuto dal contraente in fase prenegoziale, pure quando poi si concludeva un contratto valido. Tanto emerge inequivocabilmente dalle fonti esaminate.

Il dato mi sembra significativo anche in ordine all'attuale dibattito, che investe, naturalmente, non solo le ipotesi di reticenza o mendacio, ma anche il recesso ingiu-

⁴⁵ Cfr. ciò che viene qui esposto con la costruzione – non contraddittoria, rispetto a quanto da me sostenuto – di recente proposta da F. PROCCHI, '*Dolus*', cit., 185 ss.

stificato dalle trattative. La civilistica moderna ha infatti a lungo discusso, e ancora oggi discute, sulla natura della responsabilità prenegoziale (se sia contrattuale, extracontrattuale, o *tertium genus*), sulla sua configurabilità anche in ipotesi di conclusione di un contratto valido, nonché sui criteri di determinazione di tale responsabilità (colpa, dolo, o *tertium genus*, eventualmente costituito dalla lesione di una particolare nozione di buona fede prenegoziale); e, in questo percorso, per fornire una giustificazione delle sue – peraltro variegata – scelte, la civilistica si è spesso rivolta all'autorità della tradizione storica, e in particolare al diritto romano⁴⁶, dove però – lo abbiamo appena constatato – non ha trovato una disciplina unitaria e organica della c.d. responsabilità precontrattuale, bensì un approccio 'a coriandoli'.

Il problema è di non poco conto, considerato che la pluralità di possibili costruzioni della responsabilità prenegoziale comporta, attualmente, ben individuati disagi sul piano pratico. In particolare, la 'querelle' sulla natura della responsabilità prenegoziale è tutt'altro che puramente teorica, dal momento che dalla soluzione scelta dipendono diverse conseguenze, in ambito nazionale, ad es. in materia di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, di determinazione del *quantum* risarcibile e di onere probatorio⁴⁷.

⁴⁶ Vd. *supra*, nt. 8.

⁴⁷ Quanto alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno, vale il termine speciale quinquennale per la responsabilità extracontrattuale (art. 2947 cod. civ.), il termine ordinario decennale, invece, per la responsabilità contrattuale; in ordine all'onere probatorio, ai fini della responsabilità contrattuale vige una presunzione relativa di colpa a carico del danneggiante (su cui incombe l'onere di dimostrare la non

Ben più radicale si prospetta invece la scelta di campo quando la controversia insorga tra soggetti residenti in Stati diversi: l'inquadramento della 'responsabilità precontrattuale' come contrattuale, extracontrattuale o *tertium genus* diviene infatti determinante ai fini della individuazione della giurisdizione nazionale (e quindi del diritto da applicare).

Emblematica si rivela, al riguardo, la controversia, cui si è accennato nelle battute iniziali di questo lavoro, relativa a un caso di responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative, decisa con la sentenza della Cor-

imputabilità del danno, *ex art.* 1218 cod. civ.), laddove per la responsabilità extracontrattuale è il danneggiato che deve fornire la prova del dolo o della colpa del danneggiante; infine, si considerano danni risarcibili, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, anche i danni colposi imprevedibili, per la responsabilità contrattuale sono esclusi i danni non dolosi imprevedibili, *ex art.* 1225 cod. civ. Minore rilevanza pratica sembra invece rivestire la costruzione della responsabilità precontrattuale come un genere a sé stante (*tertium genus*), in quanto tale opzione «lascia comunque impregiudicata l'individuazione della disciplina applicabile» (I. TARDIA, *Buona fede*, cit., 762, sulle orme di V. CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1265 ss., specialm. 1270). La tesi del *tertium genus* è respinta dalla giurisprudenza: emblematica in tal senso Cass. 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, 2088, secondo cui «l'ipotesi del *tertium genus* può senz'altro essere scartata sul riflesso che il nostro ordinamento riconosce solo due tipi di responsabilità caratterizzati dall'obbligo da cui nascono, e cioè quella contrattuale, avente di regola origine da un obbligo volontariamente assunto, e quella extracontrattuale, prevista in via generale dall'ordinamento a tutela delle singole disposizioni». Analiticamente, sul rilievo pratico delle differenti costruzioni, vd. soprattutto L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 372; V. CUFFARO, voce *Responsabilità*, cit., 1273 s.; I. TARDIA, *Buona fede*, cit., 756 ss., 762.

te di Giustizia della Comunità Europea del 12 settembre 2002, nel procedimento C-334/00. Non sarà inutile soffermarsi brevemente sulle varie implicazioni della vertenza.

Questi i fatti. La società Fonderie Meccaniche Tacconi, con sede in Perugia, avvia trattative con la società HWS HeinrichWagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, con sede in Germania, per la conclusione di un contratto di compravendita di un impianto di formatura automatico, da fornirsi alla società italiana. Tale impianto non viene mai fornito alla Tacconi. Le parti disputano intorno alla questione se il contratto si sia perfezionato o meno (lo nega la Tacconi, lo sostiene la HSW). Il 23 gennaio 1996, la società italiana conviene dinanzi al Tribunale di Perugia la HSW, affermando che la società tedesca ha improvvisamente interrotto le trattative, non rispettando così gli obblighi di correttezza e di buona fede: il legittimo affidamento della Tacconi, che nella conclusione del contratto aveva confidato, è stato violato. La società italiana fa quindi valere la responsabilità precontrattuale della HWS ai sensi dell'art. 1337 cod. civ. it., chiedendo la condanna della controparte al risarcimento dei danni cagionati. Nella sua comparsa di costituzione, la società tedesca, pur non contestando l'affermazione della Tacconi, che le rimprovera di avere improvvisamente interrotto i negoziati, sostiene il perfezionamento del contratto con la controparte, ed eccepisce per conseguenza il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Il 16 marzo 1999 la Tacconi propone istanza di regolamento preventivo di giurisdizione (*ex art. 41 c.p.c. it.*) e in particolare chiede alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di dichiarare la giuri-

sdizione del giudice italiano, affermando che l'indicazione del giudice competente deve avere luogo ai sensi delle norme della Convenzione di Bruxelles.

Al riguardo occorre ricordare come, ai sensi del preambolo, tale Convenzione – poi sostituita dal 1° marzo 2002 dal regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, che peraltro ha riprodotto i medesimi criteri esposti qui di seguito – miri a unificare le norme sulla determinazione delle giurisdizioni degli Stati contraenti e a potenziare la tutela delle persone residenti nella Comunità, permettendo all'attore di identificare facilmente il giudice che può adire, così come al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato⁴⁸. L'art. 2 della Convenzione, al primo comma, accoglie il criterio tradizionale del *forum rei* («salve le disposizioni della presente convenzione, le persone aventi il domicilio nel territorio di uno Stato contraente sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti agli organi giurisdizionali di tale Stato»), e l'art. 5, ai punti 1 e 3, ha previsto quali criteri di competenza speciali, in deroga al principio generale del *forum rei*, gli altrettanto tradizionali criteri del *forum contractus* («il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: 1) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione

⁴⁸ Le norme sulla competenza, in quanto intese a rafforzare anche la certezza del diritto, devono infatti presentare un alto grado di prevedibilità, come dispone l'undicesimo considerando del regolamento n. 44/2001. Cfr. anche le sentenze CGCE 20 marzo 1997, causa C-295/95, Farrel, Racc. I-1683; 19 febbraio 2002, causa C-256/00, Bexis, Racc. I-1737, punti 25 e 26.

dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita ...») e del *forum delicti commissi* (« 3): in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto»).

È chiaro che la questione al vaglio della Corte è quella della 'natura' della responsabilità precontrattuale invocata dalla parte attrice, a carico della società tedesca: perché qualora tale responsabilità si configuri come extracontrattuale, secondo la tesi della società italiana, si deve applicare l'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles, interpretandosi «il luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» anche come il luogo in cui si è determinato l'impovertimento patrimoniale del soggetto che si pretende leso dall'illecito precontrattuale (nella specie, Perugia, sede sociale della Tacconi). Viceversa, se si condivide quanto dedotto nel controricorso dalla HWS, che asserisce il perfezionamento dell'accordo a seguito dell'invio di una lettera di conferma dell'ordine della Tacconi, consegue la carenza di giurisdizione del giudice italiano.

La Corte di Cassazione, con ordinanza del 9 giugno 2000, chiede allora alla Corte di Giustizia della Comunità Europea una decisione pregiudiziale sulla questione «se l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale di un convenuto rientri nella materia dei delitti o quasi-delitti (art. 5, n. 3 [scil., della Convenzione di Bruxelles]); nell'eventualità di risposta negativa, se detta azione rientri nella materia contrattuale (art. 5, n. 1) e, nel caso positivo, quale sia l'obbligazione dedotta in giudizio; in caso di risposta negativa, se alla detta azione sia applicabile il solo criterio generale del domicilio del convenuto». Nell'ordinanza di

rinvio, il giudice italiano parte dal presupposto che la responsabilità non derivi da contratto.

Di rilievo si presentano alcune tra le osservazioni scritte presentate dalle parti nel corso del giudizio pendente innanzi alla Corte di Giustizia della Comunità Europea (C-334/00).

La Tacconi deduce dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che la nozione di 'materia contrattuale' non può ricomprendere le fattispecie in cui non sussistano obblighi liberamente assunti da una parte nei confronti dell'altra: nella fase precontrattuale manca ogni vincolo contrattuale tra le parti e, se le trattative non sfociano in un contratto, manca anche ogni vincolo contrattuale tra le medesime. La società italiana asserisce che la responsabilità precontrattuale deve considerarsi extracontrattuale e rientrare nella materia dei delitti o quasi-delitti, ricadendo pertanto sotto la giurisdizione del giudice italiano.

Per contro, la HWS sostiene, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che occorre interpretare la Convenzione di Bruxelles autonomamente, e cioè senza tenere conto della interpretazione che della Convenzione viene data in base al diritto nazionale applicabile. Per conseguenza, sarebbero prive di peso le posizioni di dottrina e giurisprudenza italiane, le quali prevalentemente assimilano la responsabilità precontrattuale alla responsabilità per fatto illecito. L'art. 5, punto 1, della Convenzione non troverebbe applicazione nella fattispecie in esame, secondo la società tedesca, in quanto la disposizione presuppone l'esistenza di un contratto, mentre la domanda della Tacconi implica il mancato perfezionamento del contratto: la responsabilità

precontrattuale non sarebbe né una responsabilità per delitto o quasi-delitto, né una responsabilità contrattuale, e pertanto competente a conoscere della causa principale è il giudice tedesco, ai sensi della disposizione generale dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles.

Dal canto suo, la Commissione giunge alla conclusione che l'azione con la quale si fa valere la responsabilità precontrattuale rientra nella materia dei delitti o quasi-delitti, prevista dalla Convenzione all'art. 5, punto 3.

L'Avvocato generale L. A. Geelhoed, dopo avere analiticamente considerato la giurisprudenza della Corte di Giustizia, lo spirito della Convenzione di Bruxelles, la nozione di 'responsabilità precontrattuale' nei vari Stati membri, propone alla Corte, nelle Conclusioni presentate il 31 gennaio 2002, di rispondere alla questione posta dalla Corte di Cassazione nei seguenti termini: «Un'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale può essere considerata un'azione in materia di delitti o quasi-delitti ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Qualora un'azione del genere riguardi un'obbligazione assunta dalla controparte nei confronti dell'attore, essa può però considerarsi compresa nella materia contrattuale, ai sensi dell'art. 5, punto 1, della detta Convenzione».

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 17 settembre 2002, preso atto che dal fascicolo non risulta alcun impegno liberamente assunto dalla HSW nei confronti della Tacconi e valutato che la rottura ingiustificata delle trattative, costi-

tuendo violazione della norma con cui si impone alle parti di comportarsi secondo buona fede in sede di trattative, non può dare luogo ad una responsabilità di natura contrattuale, ha ritenuto che l'azione con la quale si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientri nella materia dei delitti o quasi-delitti, ai sensi dell'art. 5, punto 3, della Convenzione di Bruxelles.

9. L'esperienza giuridica romana quale elemento di riflessione sulle soluzioni attuali

Lo svolgimento e l'esito della lite ora descritta paiono significativi, con particolare riguardo *in primis* ai contenuti dell'ordinanza di rinvio con cui la Corte di Cassazione ha sottoposto alla Corte di Giustizia della Comunità Europea le questioni pregiudiziali, poi al tenore delle osservazioni presentate alla Corte di Giustizia nella pendenza del giudizio, infine all'insistente sforzo da parte dell'Avvocato generale di addivenire a una soddisfacente costruzione teorica circa la natura della responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative.

Tutti questi dati, complessivamente, rivelano l'estrema incertezza – e quindi il disagio – degli interpreti di fronte alla informe e vastissima categoria della 'responsabilità precontrattuale', nonché la (conseguente) difficoltà di 'isolare', al suo interno, le varie fattispecie ad essa riconducibili. Compito, questo, non agevole, come si è potuto concretamente constatare dai termini della questione esemplare, di cui nel 2002 è stata investita la Corte di Giustizia della Co-

munità Europea, ma non eludibile, se si vuole perseguire il fine di potenziare la tutela dei soggetti.

È ovvio che questo tipo di impegno, rivolto a sceverare, all'interno dell'ampia materia delle scorrettezze prenegoziali, le particolarità delle fattispecie, e quindi le ben diverse conseguenze giuridiche cui queste possono dare luogo, comporti la rinuncia alla indubbia comodità di un inquadramento unitario, che è tra l'altro estraneo alla nostra tradizione giuridica. Appartiene dunque al passato l'illusione, coltivata da alcuni civilisti, di ritrovare almeno nei precedenti storici una traccia di unitarietà e di organicità nella disciplina, che conferisca autorevolezza e vigore a una costruzione monolitica della 'responsabilità precontrattuale'; una operazione di tal fatta non si può realizzare che attraverso forzature o letture assolutamente improprie o parziali delle fonti romane⁴⁹.

Tra questi tentativi (comunque apprezzabili, per lo sforzo di allargare la prospettiva d'indagine e di acquisire maggiore consapevolezza della problematica nel suo complesso), campeggia ancora l'affermazione, tralasciata nella civilistica, secondo cui il diritto romano avrebbe configurato originariamente gli illeciti prenegoziali 'tout court' come fonte di responsabilità delittuale, cioè extracontrattuale (anche quando il contratto fosse giunto a conclusione)⁵⁰.

⁴⁹ Per la dimostrazione, vd. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 125 ss.

⁵⁰ Cfr. soprattutto L. MENGONI, *Sulla natura*, cit., 364 ss. (il quale attribuisce al diritto romano preclassico e classico l'inquadramento della responsabilità *in contrahendo* come extracontrattuale e invece all'età giustiniana la riconduzione delle slealtà prenegoziali sul piano della

Sia chiaro, non si intende negare che tale conclusione risulti, per certi aspetti, rispondente al vero: e infatti, i fautori di tale costruzione hanno correttamente addotto, a supporto della loro dottrina, il caso, sopra esaminato, che vide protagonisti il banchiere siracusano Pizio e il cavaliere romano Canio (Cic. *off.* 3.14.58-60). Come si è illustrato, la questione verteva non su una fattispecie di reticenza del venditore (contegno negativo, 'non-parlare'), bensì su una 'messinscena', dunque su un dolo cd. positivo, attuato nella specie non solo mediante parole mendaci, ma anche altri inganni, orditi al fine di fornire una rappresentazione fallace della realtà: un contegno che – a detta di Cicerone – dopo l'introduzione delle *de dolo formulae* si sarebbe dovuto sanzionare con i rimedi predisposti per il dolo (dunque a titolo di responsabilità delittuale, extracontrattuale).

Dal resoconto ciceroniano sulla lite tra Pizio e Canio non si possono però trarre conclusioni generalizzanti. Al riguardo, abbiamo già rilevato come la mancata applicazione dell'azione contrattuale (l'unica astrattamente esperibile, prima dell'introduzione dei rimedi contro il dolo) dipendesse verosimilmente dal particolare oggetto dell'inganno (la pescosità delle acque del mare – in quanto tali, non in vendita – antistanti l'abitazione privata). Ma, in ogni caso, se da un lato è senz'altro vero che talora si sanzionavano le slealtà prenegoziali solo a titolo di responsabilità extracontrattuale, per altro verso a questa constatazione non si può attribuire valore assoluto. Emerge, infatti, dalla lettura complessiva

responsabilità contrattuale) e, sulle sue orme, F. BENATTI, *La responsabilità*, cit., 1 ss.; vd. quanto si considera al riguardo in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 136 ss.

del terzo libro del *de officiis* di Cicerone e dalla breve attestazione nei *facta et dicta memorabilia* di Valerio Massimo, che, per altre e differenti ipotesi di slealtà prenegoziale, tra cui la reticenza sui vizi del bene, il venditore veniva piuttosto sanzionato mediante applicazione dell'*actio empti*.

In definitiva, se in qualche caso la cd. responsabilità prenegoziale si configurava dai Romani come delittuale ('extracontrattuale'), in fattispecie diverse essa si inquadrava invece alla stregua di responsabilità oggi definibile come 'contrattuale'.

Il quadro si allarga poi ulteriormente se si pensa alle varieguate conseguenze della reticenza del venditore di beni mobili (applicazione dell'azione redibitoria [penale?], dell'azione estimatoria, o dell'*actio empti*). E questa è appunto la segnalata conseguenza del fatto che il diritto romano conobbe, sin dall'età più antica, una pluralità di discipline e di rimedi processuali per le slealtà e le scorrettezze prenegoziali in compravendita; una peculiarità che non consentì neppure ai bizantini di giungere ad una configurazione unitaria di quella che attualmente denominiamo 'responsabilità precontrattuale'⁵¹.

Le considerazioni ora svolte sul piano storico risultano, allora, perfettamente simmetriche rispetto al dibattito attuale⁵². Infatti, la dottrina e (occasionalmente) la giurisprudenza italiana e della Corte di Giustizia della Comunità Europea negli ultimi anni hanno evidenziato come si debba repu-

⁵¹ È quanto trova ulteriore conferma anche nelle recenti ricerche di N. DONADIO, *La tutela*, cit., *passim*.

⁵² Vd. l'esposizione in L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi*, cit., 126 nt. 5.

tare assai discutibile il pur diffuso tentativo dottrinale di 'agglutinare' sotto la formula 'responsabilità precontrattuale' le numerose reazioni dell'ordinamento a una serie di illeciti del tutto diversi l'uno dall'altro, illeciti che in comune hanno solo il fatto di intervenire in un arco temporale compreso tra i primi contatti bilaterali e l'accordo definitivo – o il mancato accordo – tra i contraenti⁵³. Tanto che alcuni civilisti italiani⁵⁴, anche sulla scia di recenti ricerche comparatisti-

⁵³ Lo rilevano, sul piano dottrinale, D. CARUSO, *La 'culpa in contrahendo'. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, *Introduzione*, 1 ss. e *passim*; G. D'AMICO, *'Regole di validità' e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 254 e *passim*; ID., *La responsabilità*, cit., 1135 ss. La giurisprudenza ha dato segno, in più occasioni, di collocare ora sul versante contrattuale, ora sul versante extracontrattuale, in dipendenza delle peculiarità della fattispecie litigiosa (esercizio di professione intellettuale da parte del contraente, lacunose informazioni economiche specie nell'ambito dell'intermediazione finanziaria, reticenza da parte del produttore di beni di consumo), alcuni casi particolarmente discussi di reticenza o di inesatta informazione in fase prenegoziale: si vd. per es. l'esemplare pronuncia resa dalla Corte di Cassazione di Francia, con sent. 30 gennaio 1974, in *Foro it.*, 1975, IV, 147, con *Nota* di M. BESSONE; in Italia, Trib. Reggio Emilia 23 ottobre 1974, in *Arch. civ.*, 1975, 576; Cass. pen. 5 luglio 1979, in *Foro it., Rep.*, 1980, voce *Alimenti e bevande*, 55; Cass. pen. 5 marzo 1980, in *Foro it., Rep.*, 1980, voce *Alimenti e bevande*, 51; Cass. 29 giugno 1981, n. 7336, in *Rass. dir. civ.*, 1985, II, 801; Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giur. it.*, 1983, I.1, 786; Cass. pen. 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1825.

⁵⁴ Vd. soprattutto A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792 ss., specialm. 803; G. D'AMICO, *'Regole'*, cit., 254 ss.; ID., *La responsabilità*, cit., 1135 ss.; contro tale 'eclettismo', rivendica l'opportunità di una disciplina unitaria F. BENATTI, richiamandosi al dettato dell'art. 1337 cod.civ., *'Culpa in contrahendo'*, in *Contratto e impre-*

che⁵⁵, hanno cominciato ad abbandonare i velleitarismi di una costruzione unitaria, una volta constatato che la rigidità di un unico inquadramento monolitico inevitabilmente sacrifica le connotazioni specifiche della vasta gamma di possibili slealtà e scorrettezze prenegoziali.

Così è spuntata, e ormai si fa sempre più strada, l'opzione per un approccio casistico: in tale prospettiva 'eclettica', la responsabilità in oggetto può configurarsi, in attenta considerazione delle peculiarità del caso concreto, come contrattuale o extracontrattuale, con una serie di importanti conseguenze. Tra queste, oltre alla diversificazione dei termini di prescrizione e del regime dell'onere probatorio, se ne vogliono qui sottolineare in particolare due: la prima, rilevante solo nell'ambito del diritto internazionale privato della Comunità Europea, è che occorre ispirarsi a differenti criteri, a seconda dei casi, per la identificazione del giudice competente (applicando l'art. 5, punto 1, se l'accordo si è perfezionato, e pertanto la responsabilità prenegoziale si qualifica come 'contrattuale'; invece l'art. 5,

sa, 1987, 116 ss.; è invece ritornata con forza sulla scarsa rispondenza di una categoria unitaria, ma senza condividere l'esigenza 'estrema' di un inquadramento modulabile dall'interprete, di volta in volta, in ragione delle peculiarità del caso concreto, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede in diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, secondo la quale l'art. 1337 cod.civ. fonderebbe una responsabilità di tipo ora contrattuale (per rottura ingiustificata delle trattative e omessa comunicazione di una ragione di invalidità dell'atto), ora extracontrattuale (per distruzione del bene oggetto di trattativa, tra proposta e accettazione).

⁵⁵ Il riferimento è a D. CARUSO, *La 'culpa'*, cit., le cui riflessioni sono rielaborate da G. D'AMICO, *'Regole'*, cit., 254 ss.

punto 3, in caso di recesso ingiustificato dalle trattative, configurandosi in tale ipotesi la responsabilità come 'extra-contrattuale'⁵⁶); la seconda, valevole tanto nel diritto interno italiano, quanto nelle vertenze con soggetti domiciliati nel territorio di uno Stato membro della CE, è che il danno risarcibile si può riferire, sempre a seconda dei casi, o all'interesse negativo o all'interesse positivo⁵⁷.

⁵⁶ Ai sensi del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000.

⁵⁷ Per questa impostazione, spunti in A. LUMINOSO, *La lesione*, cit., specialm. 782; cfr. Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, 1192 ss., con *Nota* di T. DALLA MASSARA, *Dolo*, cit.; Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit., su cui M. FRANZONI, *La responsabilità*, cit., 295 ss.; C. TURCO, *L'interesse negativo nella 'culpa in contrahendo'*, cit., 165 ss. Nel silenzio dell'art. 1337 cod.civ. circa il *quantum* risarcibile, dottrina e giurisprudenza hanno fatto capo unanimemente, sino a qualche anno fa, solo alla generica descrizione di danno risarcibile contenuta nell'art. 1338 cod civ. (secondo cui la parte che non abbia comunicato all'altro contraente una causa di invalidità del contratto, che conosceva o che avrebbe dovuto conoscere, è tenuta a risarcire il danno subito dalla controparte, per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto). È questa appunto la nozione di 'interesse negativo', derivata da R. VON JHERING, *Culpa*, cit., 33 ss., il quale introdusse il principio secondo cui la parte negoziale che consapevolmente abbia cagionato l'invalidità dell'atto è tenuta a corrispondere alla controparte non l'equivalente della prestazione promessa (cd. interesse positivo, interesse all'adempimento), ma a porre la controparte nella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovata se non avesse stipulato il contratto invalido ('negatives Vertragsinteresse'). Si è però di recente rilevato che la nozione di interesse negativo deve rilevare limitatamente all'ipotesi di contratto non concluso per recesso ingiustificato dalle trattative, o, nella prospettiva originariamente indicata da Jhering, quando la violazione degli obblighi di informazione generi nella con-

Non più, dunque, 'la' responsabilità precontrattuale, ma 'le' responsabilità precontrattuali. E appunto in questa direzione mi sembra che la lezione della storia possa risultare senz'altro istruttiva.

LAURA SOLIDORO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano
nell'Università degli Studi di Salerno

E-mail: lsolidor@unisa.it

ABSTRACT

Il tema della responsabilità precontrattuale e, in particolare, quello della violazione degli obblighi di informazione in compravendita costituiscono punti cruciali del diritto contrattuale dell'Unione Europea. Di qui, un rinnovato interesse per la materia e l'emersione di numerosi tentativi, in dottrina e in giurisprudenza, per superare le difficoltà offer-

troparte un ragionevole, ma fallace, affidamento circa la conclusione di un contratto valido; mentre differenti criteri ('interesse positivo', o, più precisamente, 'risarcimento pari alle migliori condizioni che il contraente avrebbe ottenuto senza l'illecita ingerenza') vanno adottati quando alla violazione degli obblighi di informazione faccia seguito la conclusione di un contratto valido, se l'illecito incida sulle condizioni, e non anche sulla determinazione del contraente di concludere il contratto: cfr. sul punto, oltre alla dottrina e alla giurisprudenza già cit. in questa nt., C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 180; I. TARDIA, *Buona fede*, cit., 775 s.

te dall'inquadramento della fattispecie, tradizionalmente incentrate soprattutto su due poli: l'incerta natura della responsabilità prenegoziale (extracontrattuale, contrattuale, o *tertium genus?*), anche sotto il profilo della sua discussa applicabilità ai contratti poi giunti a conclusione; l'individuazione delle molteplici, possibili conseguenze delle slealtà dei contraenti in fase di trattativa e di formazione del contratto.

Tali difficoltà derivano dalla oggettiva complessità della nostra tradizione storica, che è stata poi, in qualche misura, anche fraintesa dagli interpreti. Nel diritto romano dell'età repubblicana, le scorrettezze prenegoziali (all'epoca rilevavano solo la reticenza, le affermazioni mendaci e i raggi, non anche il recesso ingiustificato dalle trattative) venivano sanzionate, a seguito della conclusione del negozio, sulla base di tre, ben distinti 'sistemi' giuridici, cui facevano capo altrettanti strumenti di tutela processuale, caratterizzati da differenti strutture e finalità (*actio auctoritatis*, *actio redhibitoria*, *actio quanti minoris*, *actio empti*, prima con funzione solo 'risarcitoria', in seguito, all'occorrenza, anche con funzione risolutoria). L'esame di alcune fonti (Cic. *off.* 3.14.58-60; 3.16.65-67; Val. Max. *mem.* 8.2.1), relative a liti realmente verificatesi tra la fine del II e l'inizio del I sec. a.C., evidenzia come, all'epoca, le scorrettezze in fase prenegoziale dessero luogo, in ragione delle peculiarità del caso di specie, a conseguenze oggi rapportabili, in alternativa, o a una responsabilità contrattuale, o a una responsabilità extracontrattuale (delittuale).

Sulla stessa linea di approccio casistico si collocano, non solo in Italia, recenti tendenze dottrinali e giurisprudenziali, che respingono ogni tentativo di inquadramento unitario della 'responsabilità precontrattuale', giudicandolo inutilmente costrittivo e, per ciò stesso, fuorviante.

