

## ***Prefazione***

*L'elaborato che segue, si presenta come uno studio dell'istituto della responsabilità precontrattuale, dalle sue origini storiche fino ai giorni nostri, arrivando alla disamina del contratto validamente concluso pur nella sussistenza di una culpa in contrahendo.*

*Partendo dalla teoria sviluppata da Rudolph von Jhering, proseguiremo il nostro percorso esaminando come il nostro ordinamento abbia recepito quanto statuito dal giurista tedesco e come, con il susseguirsi dei vari codici, nonché con l'incessante lavoro di dottrina e giurisprudenza, si sia giunti ai disposti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. così come oggi li conosciamo.*

*Assimilatane l'epifania e la storia, passeremo poi a un esame più concreto dell'istituto, muovendo dai doveri in carico alle parti in sede precontrattuale, comprendendo anche meglio quale interesse il legislatore pone a tutela con questo strumento normativo.*

*Sarà quindi importante soffermarci sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale, confrontando le varie tesi che nel tempo si sono sviluppate.*

*Una volta chiarita anche la natura giuridica potremo passare dunque ad esaminare meglio cosa avviene nel caso di violazione di quanto disposto dal legislatore e, dopo aver definito l'interesse negativo, nell'accezione giuridica che oggi ha tale termine, descriveremo cosa accade in termini effettivi quando c'è violazione della buona fede precontrattuale e rimedi esperibili, nonché la quantificazione del risarcimento.*

*In ultimo ci occuperemo delle casistiche di contratto validamente concluso, pur in sussistenza di una culpa in contrahendo, descrivendo le tesi, tra loro opposte, a sostegno o contrarie alla possibile coesistenza di un contratto valido in presenza di una responsabilità precontrattuale, considerando anche l'incidenza del dolo incidentale.*

## 1. Evoluzione storica dell'istituto

Al giorno d'oggi la responsabilità precontrattuale è rubricata all'art. 1337 c.c. con il disposto che recita "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

L'attuale istituto è la rappresentazione ultima di una norma la cui evoluzione è stata lunga e non scevra di complessità, fino ad arrivare all'attuale tutela, molto sentita da un punto di vista sociale, verso la parte identificabile come contraente danneggiato, avvenuta durante la fase precedente alla conclusione dell'iter contrattuale, cioè durante le trattative a causa di un comportamento lesivo dell'altra parte, ovvero disonesto e comunque in mancanza di buona fede oggettiva.

Ma da dove trae la propria epifania l'istituto oggetto di trattazione? O meglio, quando possiamo riscontrarne le prime tracce?

Già in epoca Romana, come riporta Cicerone nel *De Officiis*, troviamo tracce di responsabilità precontrattuale anche se, in questo periodo della Roma classica, la tutela era provveduta avverso il solo *dolus in contrahendo* attraverso l'*actio doli*.

Successivamente, con Giustiniano, l'*actio doli* venne sostituita dall'*actio ex contractu* concessa, sempre a tutela di un eventuale comportamento scorretto durante la fase precontrattuale di una delle parti, ma applicabile anche, in concreto, nei casi di nullità del contratto. Quest'atteggiamento giurisprudenziale, volendo forzare i termini, era, da un punto di vista attuale, contrastante con lo stato dei fatti (la non conclusione del contratto che consente l'insorgenza di una responsabilità *ex contractu*), ma la ragione esplicativa è da ricercarsi nella concezione, ancora di derivazione classicistica, della tipicità delle azioni, per cui l'*actio* derivava comunque dalla tipologia contrattuale corrispondente, benché non conclusa.

In una prima fase questa tutela copriva le fattispecie espressamente elencate dalle fonti (come la condotta contraria a buona fede, quindi colposa o dolosa,

la non trasparenza nella rappresentazione della res oggetto di vendita – in positivo o negativo – la non possibilità di conclusione della prestazione, ecc).

Con l'andare del tempo, nel diritto comune, questo genere di tutela non subì, in buona sostanza, alcuna variazione: i giuristi dell'epoca rimasero aderenti agli schemi giusnaturalistici, non uscendo mai dalle linee guida di riconduzione dell'istituto all'interno delle ipotesi particolari derivanti da errore e dolo.

Solo con il passare dei secoli e con l'aumentare del volume di traffico commerciale, nonché di scambi, si fece sempre più pressante la necessità di regolare in modo più profondo, attento e preciso le situazioni giuridiche derivanti dalla *culpa in contrahendo*.

### **1.1 Jhering e la *culpa in contrahendo***

Il primo giurista ad affrontare questa emergente necessità sociale, fu il tedesco di scuola storica, Rudolph von Jhering.

Nel suo saggio del 1861 intitolato "*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*" sviluppa in maniera sistematica l'istituto, esaminandone gli elementi e rimanendo, tutt'oggi una pietra miliare obbligatoria per chiunque volesse addentrarsi nello studio in dettaglio della responsabilità precontrattuale.

Il problema posto da Jhering tende a stabilire se un soggetto colpevole di causa di nullità di un contratto, avesse o meno l'onere di risarcire l'altra parte che avesse fatto affidamento sulla realizzazione e conclusione del contratto stesso per il danno subito. L'indagine muove le mosse dalle fonti romane, in particolare dall'analisi del *Digesto*, nei passi in cui si esaminano i casi di alienazione di *res extra commercium* e di eredità inesistente, con

comportamento colposo del soggetto che non abbia comunicato tempestivamente la nullità di tale atto all'altro<sup>1</sup>.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede si estenderebbe non solo alla fase di esecuzione del contratto, bensì anche a quella precedente delle trattative.

Viene dunque messo in luce dal giurista tedesco come, nei rapporti obbligatori, “il *proprium* della responsabilità contrattuale, non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, secondo il modello romanistico dell'*obligatio*, bensì dell'incrinatura di una relazione resa giuridicamente rilevante dall'ordinamento”<sup>2</sup>

Jhering, per questi casi di *culpa in contrahendo*, riconduce la tutela alle ipotesi non di *actio doli*, né di *actio legis Aquiliae*, ma facendo trovare giusta applicazione all'*actio empti* volta a far conseguire all'acquirente “*quod eius interfuit ne deciperetur*”<sup>3</sup>

Anche se la vendita fosse dunque risultata nulla, alla parte era riconosciuta l'*actio ex contractu* e la natura della relativa responsabilità doveva pertanto qualificarsi come contrattuale<sup>4</sup>.

Ma su che basi veniva concessa un'*actio* sulla base di un contratto invalido che quindi non veniva a porsi in essere? Il giurista tedesco rispondeva scorporando i due momenti giuridici, ed evidenziando come, il non addivenire in essere del contratto in quanto nullo, non comportasse di per sé una incapacità di produrre qualsivoglia effetto, ad eccezione dei vincoli di adempimenti posteriori per le parti.

---

<sup>1</sup> V.BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, GIUFFRÉ, 2012, p.24

<sup>2</sup> C.CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, GIUFFRÉ, 2015, p. 153

<sup>3</sup> V.BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, cit., p.25

<sup>4</sup> C.TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Catania, GIUFFRÉ, 1990, p.55

Potrà infatti produrre conseguenze sul piano della responsabilità e conseguente effetto risarcitorio nei confronti della parte che, nonostante fosse a conoscenza di cause di invalidità abbia ugualmente condotto le trattative e portato a conclusione il contratto, tacendole all'altra parte.

Il fondamento di questo obbligo risarcitorio sarebbe da ritrovarsi nella *Verschuldung*, ovvero la colpa, al di là della dolosità del comportamento.

A questo punto si profila, per Jhering, la possibilità di formulare un principio generale: se il dovere di risarcimento gravante sull'alienante di un *ares extra commercium* si fonda su una colpa commessa prima della conclusione del contratto, ogni qual volta ricorra una *culpa in contrahendo*, sorgerà quel dovere<sup>5</sup>.

Sulla base di questo brocardo, possiamo affermare che, in Jhering, la responsabilità precontrattuale trae la propria origine dalla violazione della diligenza e rispetto della buona fede nella fase delle trattative e non, come da alcuni prospettato, dal principio del *neminem laedere*.

Nonostante nell'opera di Jhering troviamo evidenza solo di casistiche di contratti nulli, è da ricordare come abbia preso in considerazione anche le fattispecie di interruzione senza giusta causa delle trattative ovvero di revoca di proposta a seguito di accettazione da parte dell'oblato<sup>6</sup>.

Il risarcimento di cui parlava il giurista tedesco, non potendo rappresentarsi come interesse *positivo* in quanto non derivante da contratto validamente, era riconducibile, forzatamente, nella sfera dell'interesse *negativo*, ovvero di quell'interesse scaturente per una parte a causa della mancata stipulazione del contratto, nonché del danno eventualmente subito. È tuttavia da ricordarsi come l'interesse *negativo*, avendo come obiettivo la ricostituzione in essere, per la parte lesa, della situazione patrimoniale propria della stessa, precedente

---

<sup>5</sup> F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, ESI, 2012, p.6

<sup>6</sup> C.TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p.56

all'inizio dell'avviamento delle trattative, non potrà, nella sistemica jheringhiana, mai concorrere al medesimo valore dell'interesse *positivo* alla esecuzione del contratto stesso.

La teorizzazione di Jhering fu sottoposta a numerose critiche anche perché il giurista tedesco aveva sì sollevato un quesito, ma nella sua trattazione non aveva dato una risposta completa e univoca. Ad esempio il suo elaborato lasciava adito all'applicazione della *culpa in contrahendo* anche a fattispecie concrete di contratto validamente concluso rendendo dunque, da questo punto di vista, totalmente irrilevante la conclusione o meno dell'iter contrattuale. Senza contare poi le critiche mosse dalla giurisprudenza sulla tematica della presenza *culpa* che può venire anche a mancare pur integrando, in sede di trattativa, comunque un presupposto di responsabilità. Infine, gli stessi giuristi contemporanei rilevavano come fosse distonico il rimando ad un'*actio ex contractu* per la tutela della parte danneggiata, quando nella realtà dei fatti il contratto su cui essa doveva fondarsi, non veniva neppure posto in essere risultando nullo.

Nello stesso ordinamento tedesco, fino alla recente riforma del 2002, si continuò a ricorrere, per sanzionare le condotte illecite nella fase precontrattuale, alla nozione di contratto sociale<sup>7</sup>.

Successivamente a Jhering i vari ordinamenti europei recepirono, o meglio, tentarono di recepire e ri-schematizzare nella propria codicistica, la responsabilità precontrattuale anche alla luce delle considerazioni del giurista tedesco, portando a compimento la totale penetrazione e assorbimento da parte dei vari ordinamenti moderni di questo istituto.

Questo è un passaggio molto rilevante, in quanto, per la prima volta negli ordinamenti positivi, troviamo una normativa a limitazione della libertà delle parti nelle trattative.

---

<sup>7</sup> A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, Torino, UTET, 1998, Utet, p. 396

Nel sistema di *common law* invece le teorie di Jhering non ebbero conseguenze. Questo da un lato era dovuto alle profonde differenze di questo tipo di sistema rispetto a quello di *civil law*, dall'altro al fatto che tal disciplina era, nei sistemi anglosassoni, già regolamentata in modo particolare: in linea di principio non risponde di *culpa in contrahendo* la parte non comunicata cause di invalidità o vizi della cosa e via dicendo, ad eccezione di due casistiche ricorrenti in caso di contratti *uberrimae fidei* (compravendita immobiliare, assicurazione, ecc.) e di vendita *by description* di merci. Nel primo caso tacere le circostanze essenziali porta all'invalidità del negozio, nel secondo, basandosi la vendita stessa proprio sulla descrizione delle merci che ne diviene elemento oggettivo fondante, se questa non corrisponde alle res alienate, l'acquirente potrà agire in risarcimento con un'azione per danni.

Sono inoltre previste azione per chiedere alternativamente l'annullamento del contratto ovvero il risarcimento, nei casi di comportamento doloso o colposo della parte nel comunicare informazioni non corrispondenti al vero o non complete, anche nelle casistiche in cui queste informazioni siano date in buona fede.

## **1.2 L'evoluzione della responsabilità precontrattuale nella codicistica italiana**

Passando dunque ora al nostro ordinamento, la teoria di Jhering, viene vista dalla maggior parte della dottrina italiana come ormai superata. Questo a causa di quelli che sono stati definiti da un lato come "*limiti naturali*" identificati come gli strumenti tecnici a disposizione del tedesco, dall'altra nella concezione allora dominante prettamente di stampo individual-liberistica a cui si ispiravano non solo i rapporti economici e sociali, ma anche la loro interpretazione, nonché il quadro socio-politico economico<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> M.L. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, GIUFFRÉ, 1975, p. 89

Nel codice civile italiano del 1865, a causa principalmente della forte influenza del modello francese, non è rintracciabile alcuna disposizione direttamente dedicata alla tutela della parte per responsabilità precontrattuale che veniva ricondotta nell'area della responsabilità extra-contrattuale (art.1151, ora attualizzato nell'art. 2043 c.c.). Questa teorizzazione lasciava però spazio alle casistiche non riconducibili all'alveo del 1151 in quanto, in caso di *culpa in contrahendo* mancava una diretta violazione di diritti assoluti: si interveniva dunque riferendosi, per i casi concreti, all'onere di buona fede nell'esecuzione del contratto previsto dall'art. 1124 c.c.

All'inizio del 1900 il giurista italiano Gabriele Faggella approfondì finalmente l'argomento, elaborando la tesi alla base dell'attuale istituto così come lo conosciamo. Faggella infatti configurò, per primo nel nostro ordinamento, l'ingiustificato recesso dalle trattative quale causa di responsabilità precontrattuale.

Secondo il giurista italiano vanno distinte tre fasi nell'iter di formazione contrattuale: una prima in cui c'è volontà di contrarre senza però ancora averne definito i contenuti specifici; una seconda, ove si specificano i dettagli e i contenuti ma priva ancora di forza vincolante; una terza in cui vi è la vera e propria formalizzazione contrattuale con assunzione del vincolo obbligazionario<sup>9</sup>.

Nel momento delle trattative le parti non hanno vincoli, ponendosi pertanto in un contesto giuridicamente rilevabile come *extracontrattuale*: nel momento in cui le parti concordino reciprocamente la trattazione vera e propria viene a porsi in essere un affidamento reciproco di volontà di conclusione delle trattative e stipula del contratto che si protrae fino alla conclusione effettiva dello stesso<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> G.FAGGELLA, *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in arch. Giur. 1908, p. 128

<sup>10</sup> G.FAGGELLA, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, VALLARDI, 1916, , p. 76



In questa fase, in forza di questo affidamento che funge da vero e proprio accordo precontrattuale, scaturisce per le parti la responsabilità verso l'altra in caso di interruzione o recesso unilaterale dalle trattative senza che queste siano state concluse (positivamente o meno).

Va evidenziato come, in questa fase, il Faggella non sfruttò il lavoro fatto in precedenza dal giurista tedesco Jhering, nonostante ne avesse conoscenza piena e dettagliata: restò “ancorato al volontarismo negoziale condito di finzioni” e “ritenne che la responsabilità da quella che egli chiama intempestiva rottura delle trattative non fosse *culpa in contrahendo*, bensì responsabilità per rottura dell'accordo tacito [...] che le parti concludevano per entrare in trattativa”<sup>11</sup>.

La teorizzazione del giurista italiano fu da una parte accolta e applicata dalla giurisprudenza, mentre la dottrina, al contrario la osteggiò fortemente, adducendo come motivazione il fatto che l'obbligo di contrarre in buon fede avrebbe rallentato i traffici e gli scambi commerciali, senza contare che la tutela delle parti era, a loro dire, già garantita dall'oggi abrogato art. 1151 c.c.

Il legislatore però, nel codice del 1942, decise di introdurre, rubricandola come già detto in apertura, all'art. 1337, rispondendo da un lato all'intensificarsi dei traffici commerciali e dall'altra muovendo dall'intento di dare ampio rilievo alle clausole generali<sup>12</sup>, rassicurando l'interprete sull'applicabilità, nel nostro ordinamento di tale figura di *culpa in contrahendo* come figura generale, predisponendo una sorta di micro-sistema normativo racchiuso dagli artt. 1337 e 1338 del codice civile<sup>13</sup>.

Questo, per il periodo di riferimento, è stato - ed è tuttora - sicuramente facilitante in un ordinamento come il nostro, soprattutto quanto confrontato con ordinamenti come quello tedesco, dove il BGB, come già accennato

---

<sup>11</sup> C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, Milano, GIUFFRÈ, 2010, p. 13

<sup>12</sup> F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit. , p.12

<sup>13</sup> C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, GIUFFRÈ, 2012, p. 119

sopra, fino al 2002, non ha previsto una vera norma generale in riferimento a questo istituto conformandone la validità generale con considerazioni di carattere equitativo e sicuramente non soddisfacenti.

La previsione, da parte del legislatore del 1942, di una disciplina, seppur limitata da un punto di vista quantitativo, che fosse in grado di regolamentare e trattare non solo la responsabilità precontrattuale in senso stretto, ma anche la relazione precontrattuale in senso olistico globale, intendendola come momento autonomo, rispetto alla fase di conclusione del contratto e ricomprensivo un organico complesso normativo teso a regolamentare i rispettivi obblighi reciproci tra le parti, fa apparire in modo cristallino il “recepimento legislativo dell’impostazione dogmatica jheringhiana”<sup>14</sup>.

Nonostante la nuova disciplina normativa introdotta nel codice, si affermava, inizialmente, che l’art. 1337 fosse da considerarsi una norma di secondo grado, senza alcun valore precettivo in capo alla disposizione stessa. L’applicabilità era riconosciuta solo per fattispecie concrete di violazione di diritti riconosciuti nonché già disciplinati da norme, per così dire, primarie<sup>15</sup>.

L’applicazione accettata dell’art. 1337, in questa prima fase, era unicamente quella relativa al suo rapporto da *genus a speciem* in rapporto all’art. 1338<sup>16</sup>.

Rispetto a queste argomentazioni, emerge come sia indissolubile, in questa prima fase dell’esperienza ordinamentale italiana su questo istituto, il nesso tra responsabilità precontrattuale ed interesse negativo, quale criterio risarcitorio coerente con la figura della responsabilità precontrattuale<sup>17</sup>.

Con il passare del tempo, questo scetticismo nei confronti delle disposizioni di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., venne meno e, accompagnata da una rinascita

---

<sup>14</sup> G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, ESI, 2016, p. 33

<sup>15</sup> G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto: una rilettura dell’art. 1337 del codice civile*, Napoli, ESI, 2003, p.53 ss.

<sup>16</sup> G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1947, p. 88

<sup>17</sup> E. PELLECCIA, *La correttezza precontrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Liber Amicorum per Francesco Donato Busnelli*, Milano, 2008, p. 498.

di interessi da parte della dottrina, negli anni 60 e '70, per le clausole generali -fino ad allora non ben viste – portò a una rivisitazione e lettura diversa della responsabilità precontrattuale.

Da un lato si riconobbe al legislatore il merito di aver introdotto una norma che consentiva all'interprete di non avere la necessità di dover dimostrare se la *culpa in contrahendo* fosse o meno un istituto immanente al sistema giuridico italiano, sottolineando il ruolo centrale previsto per l'art. 1337 c.c.<sup>18</sup>.

Dall'altro la possibilità di estensione di applicabilità della norma anche a fattispecie concrete di conclusione di contratto valido, nonché inconcludenza dell'iter contrattuale a causa di interruzione nelle trattative, fino alle situazioni di ingiustificato ritardo nella conclusione del contratto ovvero dell'ingiustificato recesso dalle trattative<sup>19</sup>.

L'articolo 1337 c.c. quindi è applicabile non solo ai casi di contratto invalido, ma anche alle fattispecie concrete di contratto validamente concluso, cui al riguardo troviamo un rimando all'art. 1440 c.c. "*Dolo Incidente*", che considera appunto la validità del contratto concluso ma prevedendo a carico della parte in mala fede l'obbligo di corresponsione dei danni subiti dall'altro; nonché ai casi di interruzione delle trattative come sopra detti.

Non solo, il legislatore si preoccupò quindi di dare rilievo esplicito alle teorizzazioni jheringhiane nell'articolo 1338 c.c., che non è altro se non un'applicazione del precedente art. 1337 c.c., finanche di creare uno strutturato reticolato normativo connesso con le norme relative alla buona fede che troviamo rispettivamente rubricate agli artt. 1366, 1375 e 1175 dell'attuale codice vigente.

Sarà necessario ora passare ad esaminare nel dettaglio, nei capitoli successivi quale sia il reale contenuto dell'obbligo previsto dall'art.1337 c.c., quali le

---

<sup>18</sup> C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, GIUFFRÉ, 1955, p.204

<sup>19</sup> F.BENATTI, *La responsabilità precontrattuale, cit.*, p. 13;

relazioni con l'art. 1338 cc nonché a quali soggetti essi siano imposti, quali le sanzioni previste e la casistica specifica del contratto validamente concluso.