

GAETANO PETRELLI

FORMAZIONE DEL CONTRATTO, RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE E RIMEDI GIURIDICI

Introduzione.

1. Il codice civile del 1942, colmando una lacuna della legislazione precedente, ha sancito, nell'art. 1337, il fondamentale principio per cui le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono conformarsi a doveri inderogabili di correttezza, lealtà, probità, i quali devono poi essere osservati, com'è noto, anche nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.).

In tal modo il nuovo codice ha recepito il lungo travaglio dottrinale e giurisprudenziale circa l'ammissibilità dell'istituto della *culpa in contrahendo* nel nostro ordinamento, dando al problema una soluzione affermativa e togliendo quindi attualità alle dispute intorno al fondamento giuridico di tale responsabilità (che veniva ravvisato, volta per volta, in un tacito contratto di garanzia intercorso tra le parti, nella *actio legis aquiliae*, nel contratto che venisse successivamente concluso e via dicendo) (1).

L'introduzione della norma in esame è stata determinata da diversi motivi. Ha indubbiamente influito il particolare momento storico in cui è stato emanato il codice vigente, e quindi ragioni contingenti di ordine politico, che si innestano nel quadro dell'ordinamento corporativo. Nella Relazione al codice, n. 638, e nella Relazione preliminare, n. 163, si fa riferimento all'ideale di una « pacifica collaborazione produttiva », alla luce del quale vengono spiegate le norme in tema di correttezza e di buona fede oggettiva. Ma, a parte ciò, importanza determinante hanno

(1) Tali dispute permangono, ad esempio, in Germania, ove manca una norma analoga al nostro art. 1337. Di qui il ricorso, da parte degli autori tedeschi, a strumenti quali l'analogia *legis* o *iuris*, la consuetudine, o il principio generale di buona fede consacrato nel par. 242 B.G.B.. Il problema è comune alla maggior parte degli ordinamenti stranieri, eccezion fatta per quello greco, in cui esiste una norma (art. 197 del codice del 1940) a fondamento dell'istituto in esame.

assunto le istanze solidaristiche, pressanti sin dagli inizi del secolo, e la crisi del sistema liberale che, com'è noto, ha comportato — non solo in sede di formazione del contratto — la previsione di una serie di limiti ai diritti soggettivi ed alle libertà dei privati. Ha avuto infine un rilievo non trascurabile la tendenza del legislatore del '42 a dare ampio rilievo alle c.d. clausole generali, a quei concetti-valvola che venivano visti come indici del progresso giuridico e come strumenti indispensabili per temperare l'iniquità dello *ius strictum*.

In una revisione critica dell'istituto della responsabilità precontrattuale, l'art. 1337 c.c. assume un'importanza fondamentale. Ciò, principalmente, in relazione alla possibilità ora attribuita all'interprete di elaborare su basi generali la teoria della *culpa in contrahendo*, sulla base di una clausola generale e prescindendo quindi dalle singole esemplificazioni e dalle poche ipotesi concrete sulle quali ha avuto luogo finora lo studio della dottrina e l'applicazione giurisprudenziale. Il duplice riferimento alle trattative ed alla formazione del contratto, contenuto nell'art. 1337 c.c., consente tale impostazione generale, su cui occorrerà più volte ritornare nel corso dell'esposizione.

Non bisogna d'altra parte trascurare l'importanza della previsione del concetto di buona fede oggettiva, che ha consentito di sganciare l'istituto in esame dai rigidi presupposti soggettivi del dolo e della colpa (2) ancor prima che la dottrina procedesse ad una revisione della teoria della responsabilità extracontrattuale. È del resto ormai consolidata, in giurisprudenza, l'affermazione che « l'obbligo di correttezza e di buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo; non occorre cioè ricercare ed accertare un particolare comportamento soggettivo di malafede, determinato dalla provata intenzione di un contraente di arrecare pregiudizio all'altro; ma è sufficiente che il comportamento per se stesso, indipendentemente dai motivi che lo hanno determinato, non risulti conforme all'obbligo generale di correttezza e di buona fede prescritto dall'art. 1337 che, secondo il legislatore, sostanzia ogni rapporto obbligatorio e domina anche nelle trattative contrattuali » (3).

2. L'analisi della struttura della responsabilità *in contrahendo* e, in generale, del complesso di strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico al fine di rimediare alla violazione del dovere di buona fede richiede

(2) Sul carattere oggettivo della responsabilità precontrattuale cfr. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pp. 252 ss.

(3) Cass., 5 novembre 1952, n. 2843, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, III, p. 598.

che, preventivamente, sia determinato il campo di operatività dei rimedi stessi, insieme ad una esatta articolazione delle varie fasi o momenti del periodo precontrattuale.

Sorge innanzitutto il problema di determinare il momento iniziale delle trattative contrattuali. Sul punto vi è concordia in dottrina nel distinguere, dalle trattative vere e proprie, i c.d. contatti preliminari, che si possono concretizzare in una richiesta di trattare, in una dichiarazione di essere pronti a trattare, nell'elogio commerciale della propria merce rivolto a chi non abbia chiesto tale giudizio (*réclame commerciale*), ed in genere in un comportamento unilaterale di un soggetto a cui non corrisponde l'adesione di un'altra persona. Carattere essenziale delle trattative, in altri termini, è la bilateralità: « appare a tal fine necessario che l'intenzione di trattare in ordine ad uno stesso contratto sussista in due parti autonomamente e sia reciprocamente conosciuta da entrambe, ovvero che all'intenzione di trattare esteriorizzata da una parte faccia riscontro almeno un'adesione a trattare dell'altra parte » (4).

Ciò del resto era stato già intuito dalla dottrina tedesca, la quale aveva richiesto, quale presupposto inderogabile della *culpa in contrahendo*, l'instaurazione di un « contatto sociale » tra due soggetti. I comportamenti tenuti in questa fase, pertanto, andranno valutati, sotto il profilo di una loro eventuale illiceità, sotto l'orbita dell'art. 2043 c.c..

Ciò premesso, risulta di fondamentale importanza distinguere, nell'ambito del periodo precontrattuale, fra trattative e formazione del contratto in senso stretto (in cui convergono proposta ed accettazione definitive), posto che la distinzione, indubbiamente rilevante sotto un profilo pratico, ha un fondamento positivo nell'art. 1337 c.c.. La dottrina, a tal proposito, ha elaborato una serie di criteri distintivi, alcuni dei quali sono palesemente inaccettabili, mentre altri si rivelano insufficienti.

Certamente inadatto è, innanzitutto, il criterio che si fonda sulla diversa natura degli atti e che comporta la distinzione tra fase preparatoria e fase giuridica (5), alla quale si vuol fare corrispondere quella fra trattative e formazione del contratto. È cioè inesatto dire che solo in quest'ultima fase ricorrono atti dotati di rilevanza giuridica, in quanto è di palese evidenza che alle attività svolte in sede di trattative l'ordinamento ricollega rilevanti conseguenze giuridiche (basti pensare alla responsabilità *ex art. 1337 c.c.*). In sede di trattative, quindi, riscontriamo una serie

(4) V.M. TRIMARCHI, *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958, p. 13.

(5) SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1907, p. 701.

eterogenea di attività, richieste o comunicazioni di informazioni, proposte parziali o incomplete, modifiche, rifiuti — nell'ambito delle quali sicuramente si collocano degli atti giuridici, oltre che attività meramente di fatto.

Insufficiente si rivela d'altra parte il criterio meramente cronologico, poiché è tutt'altro che infrequente che, una volta formulata la proposta definitiva e comunicata all'altro contraente perché l'accetti, sorga l'esigenza di riaprire la discussione e quindi la fase delle trattative.

Taluno ha cercato di individuare il criterio distintivo nel profilo volontaristico, sostenendo che, mentre nelle trattative esiste solo la volontà di trattare, solo in sede di formazione del contratto sussiste l'intenzione di stringere effettivamente il vincolo (6).

Senonché si è giustamente obiettato che un'intenzione di trattare, da parte di chi non abbia affatto intenzione di concludere il contratto, integra un comportamento scorretto, contrario al disposto dell'art. 1337 c.c.. Al più si potrebbe sostenere che, in sede di trattative, accanto alla volontà di trattare sussiste, ma solo allo stato potenziale, *in nuce*, la volontà di concludere.

Decisivo, a mio avviso, è il criterio proposto da un altro autore (7), che distingue atti che concorrono direttamente e atti che concorrono indirettamente alla formazione della fattispecie contrattuale. È possibile parlare di formazione del contratto solo in relazione alla proposta e all'accettazione definitive: in quanto esse divengono elementi costitutivi ed integranti del futuro contratto, contribuiscono direttamente alla determinazione del contenuto contrattuale. Viceversa, il complesso di attività facenti parte delle trattative (ivi comprese eventuali proposte), una volta che il contratto sia concluso, perdono ogni autonoma rilevanza ai fini della determinazione del contenuto del contratto stesso, e in generale cessano di produrre conseguenze giuridiche autonome. Di qui la conseguenza che, mentre proposta e accettazione definitive sono atti necessari del procedimento di formazione del contratto, le trattative costituiscono una fase solo eventuale, che può benissimo mancare.

3. La distinzione che si è cercato di tracciare nel paragrafo precedente ha importantissime conseguenze, in relazione al tipo di responsabi-

(6) CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 7: « Nelle trattative la volontà delle parti ha questo contenuto: esse vogliono semplicemente trattare, ma non vogliono, il che richiederebbe ulteriori determinazioni di volontà, l'oggetto delle loro trattative ». Nello stesso senso MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, p. 784.

(7) V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., pp. 21 ss..

lità che può scaturire dai vari comportamenti tenuti nella fase precontrattuale.

Abbiamo innanzitutto alcuni comportamenti, tenuti nel corso delle trattative, che in relazione a tale momento acquistano rilevanza giuridica: si tratta di quelle attività, contrarie alle regole della correttezza, che ledono l'altrui affidamento nella conclusione del contratto, e che comportano alla controparte dei danni, sotto forma di spese fatte, obbligazioni contratte, occasioni perdute in vista della futura conclusione del contratto, che poi non è avvenuta. L'interesse tutelato, in queste ipotesi, è quello che la parte aveva a non intraprendere trattative infruttuose che le hanno fatto perdere tempo e denaro. È evidente, pertanto, che l'ordinamento giuridico ricollega qui determinate conseguenze giuridiche al fatto delle trattative, in sé e per sé considerato.

Vi sono, per converso, delle altre ipotesi in cui il comportamento di mala fede di una delle parti si ripercuote in sede di formazione dell'accordo, comportando in ultima analisi la conclusione del contratto a condizioni svantaggiose per la controparte. In tali casi è più che evidente che il comportamento scorretto, in qualunque momento temporale sia intervenuto, acquista rilevanza solo al momento della formazione dell'accordo e della conclusione del contratto, il cui contenuto viene ad assumere un carattere certamente lesivo dell'altrui interesse giuridicamente tutelato. Qui pertanto, a differenza delle ipotesi precedentemente esaminate, i vari rimedi predisposti dall'ordinamento si ricollegano, sempre e comunque, alla conclusione del contratto, e mai alle trattative in sé considerate.

4. La problematica inerente alla tutela del soggetto in sede di formazione del contratto ed alla responsabilità relativa è stata certamente trascurata in dottrina. Ne costituisce una prova rilevante l'assenza, nei codici ottocenteschi, di una norma che regoli l'attività delle parti nella fase delicatissima della programmazione degli interessi negoziali. Il che non è dovuto al caso, od alla preferenza, da parte degli autori, di un argomento piuttosto che un altro, ma riflette invece chiaramente l'ideologia dell'epoca, col ruolo assolutamente esclusivo che veniva riservato, in questo settore, al principio di autonomia privata (8). Si spiega così come il primo contributo organico sul tema della responsabilità *in contrahendo* risalga solo al 1861: si tratta di un saggio di Rudolph von Jhe-

(8) Il punto è messo in luce con estrema chiarezza nella monografia di CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1968.

ring (9), in cui per la prima volta si esamina la possibilità di estendere la regola della diligenza del buon padre di famiglia, operante nel settore dell'adempimento delle obbligazioni, anche alla fase di formazione del contratto. Lo studio di Jhering prendeva in considerazione una sola ipotesi, quella della mancata comunicazione di cause di invalidità del contratto, conosciute o conoscibili; impostazione, questa, che ha esercitato la sua influenza sino ai giorni nostri (10).

Successivamente, si è prospettata la possibilità di estendere la responsabilità in esame anche alle ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative (11). Questo peculiare aspetto ha finito con il divenire la tematica principale affrontata dagli studiosi, fino ad ingenerare la convinzione, diffusa nella dottrina italiana dominante, che l'istituto della responsabilità precontrattuale riguardi esclusivamente le ipotesi in cui il contratto non viene concluso per il recesso ingiustificato dalle trattative (12). Di conseguenza, pur di fronte ad una norma di portata generale come l'art. 1337 c.c., la dottrina ha continuato a collocare l'istituto in una prospettiva estremamente riduttiva, esaminando solo ipotesi circoscritte. Sulla stessa linea si è posta la giurisprudenza, giungendo alla consolidazione di alcuni indirizzi interpretativi, quali l'attribuzione della natura aquiliana alla responsabilità *in contrahendo*, la definizione dei presupposti della responsabilità per recesso (assenza di giusta causa e ragionevole affidamento della controparte) e l'esatta delimitazione della portata dell'art. 1338 c.c. (inestensibilità alle cause di inefficacia del contratto; inapplicabilità alla mancata comunicazione

(9) *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten Verträgen*, in *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1882, pp. 327 ss..

(10) Nella Relazione al codice, n. 612, si dice che sussiste « responsabilità *in contrahendo* quando una parte conosce e non rivela all'altra una causa di invalidità del contratto ». Nello stesso senso Cass., 9 ottobre 1956, in *Mass. Giust. civ.*, 1956, p. 1156: « Il generale obbligo di correttezza e buona fede previsto dall'art. 1337 cod. civ., quale base del comportamento delle parti nelle trattative e nella formazione del contratto, sbocca in una responsabilità *in contrahendo* quando una parte conosca e non riveli all'altra una causa di invalidità del contratto ».

(11) FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi in onore di Fadda*, III, Napoli, 1906, pp. 269 ss..

(12) In questo senso esistono anche numerose sentenze giurisprudenziali. App. Roma, 23 aprile 1955, in *Mass. App. Giust. civ.*, 1955, p. 1151: « La *culpa in contrahendo* viene in rilevanza solo nel caso di rottura ingiustificata di trattative contrattuali a tutela del c.d. interesse negativo ». Cass., 24 marzo 1958, n. 958, in *Mass. Giust. civ.*, 1958, p. 349: « L'art. 1337 trova applicazione soltanto quando il comportamento di una parte, nel corso delle trattative, sia tale da generare nell'altra una ragionevole fiducia nella conclusione del contratto, successivamente non perfezionatosi senza giusto ed attendibile motivo ». Cfr. inoltre Cass., 11 dicembre 1954, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, p. 489; App. Palermo, 11 luglio 1955, in *Mass. App. Giust. civ.*, 1955, p. 1004.

di norme di legge; inapplicabilità al comportamento del minore di età *ex art. 1426 c.c.*) (13).

È mancato del tutto, invece, uno sforzo sistematico inteso a coordinare le ipotesi tradizionalmente inquadratesi nella responsabilità precontrattuale con le numerose altre che sicuramente costituiscono violazione del principio di buona fede nella formazione dei contratti (sia pure in presenza di un elemento ulteriore dato dalla conclusione del contratto): basti pensare ai casi di dolo, violenza morale, mancata comunicazione dell'altrui errore riconoscibile; conclusione del contratto con un incapace di agire, con un rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato, con la vittima della violenza o dei raggiri di un terzo; dichiarazioni inesatte o reticenti nel contratto di assicurazione; approfittamento dello stato di bisogno o di necessità dell'altro contraente.

Nonostante sia riscontrabile in ciascuna di queste ipotesi un comportamento contrario a correttezza, questa circostanza non è stata presa in considerazione, come avrebbe dovuto, per inquadrare il tutto nell'ottica comune della responsabilità e della tutela del contraente in sede di formazione del contratto (14).

Del resto, questo stato di cose è imputabile in primo luogo al legislatore, che se da un lato ha introdotto una norma innovatrice quale l'art. 1337 c.c., dall'altro non ha minimamente riflettuto sulla necessità logica di riassumere sotto un unico comun denominatore tutti quei profili di disciplina che presentano un collegamento col dovere di buona fede precontrattuale. Tutto ciò sarebbe stato possibile solo qualora il legislatore avesse rinunciato a servirsi di categorie giuridiche tradizionali (come quella dei vizi del consenso), palesemente legate alla concezione volontaristica del negozio giuridico ed ormai inaccettabili.

Spetta quindi all'interprete ricostruire la disciplina in esame secondo un criterio assiologico-pratico (15).

(13) Su tutti questi aspetti cfr. la rassegna di RASI, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 496 ss..

(14) Già molti anni or sono uno scrittore tedesco osservava che « *Der Gedanke, daß für die Behandlung des vorvertraglichen Verschuldens des Umstand, ob ein gültiger Vertrag geschlossen wurde oder nicht, keinen Unterschied machen darf, ist der italienischen Literatur offenbar fremd* » (HELDRIICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig, 1924, p. 44). L'idea è comunque unanimemente accolta da dottrina e giurisprudenza germaniche; sul punto è estremamente indicativa l'ampia indagine comparatistica svolta da BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, II, pp. 988 ss., 1007 ss..

Anche la dottrina francese ammette che si possa avere *culpa in contrahendo* nonostante la conclusione del contratto (anche se ritiene che in tal caso la responsabilità stessa assuma natura contrattuale). In questo senso ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ.*, 1981, p. 536.

(15) FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978, p.

Vi è infine un'ulteriore lacuna da rilevare in dottrina e giurisprudenza, ed è l'assoluta mancanza di riflessione sui rimedi giuridici da applicarsi in seguito alla lesione dell'interesse giuridicamente rilevante del contraente. Il rimedio tradizionale del risarcimento del danno, infatti, si dimostra spesso insufficiente per garantire una tutela adeguata al titolare dell'interesse leso. Il codice prevede bensì, in relazione ad alcune ipotesi, la possibilità di ottenere l'eliminazione del contratto o dei suoi effetti, ovvero una modificazione del contenuto contrattuale tale da ricondurlo ad equità; ma non vi è stato alcun autore in dottrina che abbia tentato di ricostruire su basi unitarie ed organicamente un sistema di tutela in forma specifica dell'interesse leso.

5. Nella ricostruzione della disciplina relativa ai doveri di correttezza ed alla responsabilità *in contrahendo*, l'interprete deve tenere sempre presente il dato positivo. Questo, nel nostro caso, è costituito principalmente dall'art. 1337 c.c. che, nel porre a carico delle parti un dovere di comportamento secondo buona fede, fa riferimento sia allo « svolgimento delle trattative » che alla « formazione del contratto ». Si tratta, invero, di un punto di fondamentale importanza.

Nel riferirsi allo « svolgimento delle trattative », evidentemente, il legislatore ha inteso vietare tutti quei comportamenti scorretti che producano alla controparte danni economicamente valutabili, e la cui illiceità assuma rilevanza proprio in relazione alle trattative stesse. Le ipotesi sono quanto mai varie, e vanno dal recesso ingiustificato dalle trattative, alla revoca ingiustificata della proposta, al comportamento scorretto che legittimi l'altrui recesso o revoca; dalla mancata comunicazione di cause di invalidità del contratto alla violazione di doveri di segreto (16).

Nella parte in cui si riferisce alla « formazione del contratto », invece, deve ritenersi che il codice contempra quei comportamenti che si ripercuotono, attraverso il procedimento di formazione dell'accordo, sul contenuto del contratto, comportando sia pure indirettamente la produzione di un evento lesivo nei confronti della controparte.

394: « Ove si riconosca che non la volontà sta alla radice del diritto, ma la vita umana con tutti i suoi valori pratici, e si consideri inoltre che questi valori possono evidenziarsi nel campo dell'esperienza giuridica non solo attraverso la volontà, ma anche in virtù di atteggiamenti non volontari e perfino inconsci dell'uomo, risulta forzata la conseguenza che occorre rifare la classificazione dei fenomeni giuridici in funzione di questo loro aspetto specificamente assiologico o, meglio, assiologico-pratico ».

(16) Su questi ultimi cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1965, pp. 39 ss.

La valutazione di entrambe queste categorie di comportamenti sotto la comune ottica della responsabilità *in contrahendo* può risultare certamente opportuna sotto un profilo sistematico, consentendo di adottare un comune criterio assiologico-pratico di interpretazione (17). D'altronde, l'analisi congiunta delle due ipotesi può consentire di porre in rilievo le fondamentali differenze strutturali, e quindi la diversa natura ed efficacia dei rimedi giuridici che l'ordinamento predispone; a seconda dell'atteggiarsi della violazione della regola di buona fede.

Non bisogna infatti dimenticare che l'art. 1337 c.c., nel porre a carico delle parti l'obbligo di correttezza, non prevede né disciplina le conseguenze ricollegabili alla responsabilità precontrattuale; per cui spetta all'interprete enucleare, dal complesso delle norme costituenti l'ordinamento giuridico, i vari rimedi posti a disposizione del danneggiato.

Operazione, questa, delicatissima, ove si consideri che numerose norme del codice (fra cui, ad esempio, quelle sull'annullamento dei contratti) sono tuttora interpretate in un'ottica prettamente individualistica e volontaristica, sotto l'influenza di una impostazione concettualistica e formalistica degli istituti giuridici, in cui invano si cercherebbe il fondamento assiologico.

6. Un ultimo problema da esaminare, prima di entrare nel vivo della trattazione, è quello concernente i casi in cui, oltre ad una violazione della buona fede precontrattuale, si ha inadempimento di un'obbligazione. È il caso della responsabilità per vizi della cosa donata (art. 798 c.c.), vendita (art. 1494 c.c.), locata (art. 1578 c.c.), comodata (art. 1812 c.c.), mutuata (art. 1821 c.c.).

(17) In dottrina, sia pure in assenza di una costruzione generale, numerosi autori hanno inquadrato l'ipotesi del contratto concluso a condizioni svantaggiose nella responsabilità precontrattuale. Già sotto il vecchio codice, TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, pp. 105 ss., 329 ss.. Sotto il codice attuale: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, pp. 85-89; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 169; PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 105 ss.; BENATTI, *La responsabilità*, cit., pp. 62-68; MENGONI, *Sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 365 (in part. nota 1); LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964, pp. 201 ss.; VISINTINI, *La relicenza*, cit., pp. 251 ss.; in giurisprudenza, App. Roma, 2 febbraio 1957, in *Temi Romana*, 1957, p. 503: « Sussiste responsabilità pre-contrattuale quando una delle parti svolga trattative per la conclusione di un affare, avendo di mira maliziosamente non già di definirlo, ma di raggiungere altri scopi non danno dell'altra parte, o quando dalla malafede con cui ha condotto le trattative vuol trarre conseguenze giuridiche a suo vantaggio ». Cfr. anche App. Milano 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 580. Di recente l'argomento è stato affrontato più consapevolmente da RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, il quale ha messo in luce come sull'impostazione adottata dalla dottrina dominante abbia influito l'originaria costruzione dello Jhering sulla *culpa in contrahendo*.

In ciascuno di questi casi ricorre un comportamento scorretto *ex art.* 1337 (mancata comunicazione circa l'esistenza di vizi della cosa), al quale però si aggiunge l'inadempimento di una obbligazione di garanzia prevista dagli artt. 798 e 1490 c.c.; l'obbligazione di consegnare la cosa locata in buono stato di manutenzione (art. 1575 n. 1 c.c.); nei contratti di comodato e mutuo, obbligo del creditore di cooperare all'adempimento dell'obbligazione di custodire del comodatario e mutuatario (18).

Lo stesso può dirsi in relazione alla responsabilità per evizione: al comportamento scorretto nella formazione del contratto (mancata comunicazione circa l'altruità della cosa, o l'esistenza di vincoli su di essa) si aggiunge l'inadempimento di una obbligazione (artt. 1476 n. 3, 1478 c.c.).

È possibile quindi individuare, su un piano logico, due distinte anomalie: l'una verificatasi in sede di programmazione, l'altra al momento della realizzazione degli interessi negoziali. Nella valutazione dell'ordinamento giuridico, la *culpa in contrahendo* viene in gran parte assorbita nell'ambito più vasto della responsabilità contrattuale (19).

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ CIVILE E MECCANISMI DI TUTELA DEGLI INTERESSI GIURIDICI; LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

1. Da quanto precedentemente esposto risulta evidente che la tematica della tutela del contraente nella fase di formazione del contratto è inscindibilmente connessa con quella della responsabilità *in contrahendo*. L'analisi dei rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico nelle ipotesi di lesione dell'interesse giuridicamente rilevante di una delle parti non può quindi prescindere da uno studio attento intorno alla struttura di tale responsabilità, con particolare riferimento alle conseguenze che ad essa è possibile ricollegare.

A tal fine è assolutamente indispensabile verificare quali sono i principi che, sotto questa peculiare prospettiva, presiedono alla rego-

(18) FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 53.

(19) Nel senso che vi è solo una responsabilità precontrattuale MENGONI, *Profili di una revisione della teoria per i vizi della vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, pp. 128 ss..

lamentazione dell'illecito civile, nei due diversi settori della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

2. Con riferimento all'ipotesi in cui la lesione di un interesse giuridico avviene al di fuori di un preesistente rapporto tra il soggetto danneggiato ed il danneggiante (illecito aquiliano od extracontrattuale), l'ordinamento giuridico appresta innanzitutto dei rimedi preventivi, esperibili cioè precedentemente al verificarsi della lesione, e finalizzati ad evitare il verificarsi dell'evento lesivo. Così, ad esempio, l'ordinamento consente al titolare di una situazione giuridica soggettiva di reagire legittimamente all'altrui comportamento lesivo del proprio interesse, anche attraverso azioni che, diversamente, costituirebbero fonte di responsabilità (art. 2044 c.c.); il titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento od il possessore può, mediante denuncia alla Autorità giudiziaria, ottenere la sospensione della nuova opera (art. 1171 c.c.) o i provvedimenti necessari per evitare il danno temuto (art. 1172 c.c.). Sullo stesso piano si pone un altro strumento di tutela, l'azione inibitoria, che costituisce il più efficace ed importante rimedio preventivo, ed ha la funzione di impedire materialmente l'atto lesivo, ovvero di impedire che la lesione sia portata ad ulteriori conseguenze.

Il rimedio è previsto espressamente in relazione ad una serie di ipotesi: tutela del nome contro l'uso che altri indebitamente ne faccia (art. 7 c.c.); tutela dell'immagine (art. 10 c.c.); concorrenza sleale (art. 2599 c.c.); violazione del diritto di autore (art. 156 R.D. n. 633 del 1951), del diritto di brevetto (artt. 83, 85, 86 R.D. n. 1127 del 1939) o del marchio (artt. 63-66 R.D. n. 929 del 1942). Va segnalata d'altronde quella tendenza dottrinale volta ad estendere il campo di applicazione dell'istituto in esame, qualificandolo come strumento generale rivolto alla prevenzione dell'illecito (20).

Venendo alla tutela repressiva, è da segnalare in primo luogo una serie di strumenti diretti a realizzare la reintegrazione in forma specifica dell'interesse giuridico, cioè la c.d. « rimessione in pristino ». Vi sono innanzitutto le c.d. azioni petitorie, poste a tutela dei diritti reali: le azioni a difesa della proprietà (art. 948 ss. c.c.), attraverso le quali il proprietario può ottenere la restituzione della cosa posseduta o detenuta da altri, la declaratoria di inesistenza di diritti altrui sulla cosa medesima, la cessazione di eventuali molestie o turbative; le azioni a difesa della servitù (art. 1079 c.c.), estensibili analogicamente anche agli altri *iura in re alie-*

(20) TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, p. 107.

na, che sono dirette all'accertamento del diritto reale, alla cessazione di impedimenti e turbative all'esercizio del diritto stesso, alla « rimessione in pristino » delle cose. Accanto alla tutela petitoria si ha quella possessoria, rappresentata dalle azioni di reintegrazione (art. 1168 c.c.) e di manutenzione (art. 1170 c.c.).

Tutte queste norme sono poi affiancate dalla disposizione generale dell'art. 2058 c.c., che attribuisce al danneggiato la possibilità di ottenere la reintegrazione in forma specifica del proprio interesse, ogni qualvolta questa sia oggettivamente possibile e non risulti eccessivamente onerosa per il danneggiante.

Solo quando una tutela in forma specifica risulti impossibile si applica, in via secondaria e meramente supplementare, il rimedio del risarcimento del danno (art. 2043 c.c.) il quale, più che uno strumento di realizzazione dell'interesse giuridicamente tutelato, si atteggia come sanzione ad un comportamento illecito. Che il risarcimento « per equivalente » costituisca una forma di tutela concorrenziale e meramente succedanea risulta del resto chiaramente da una serie di norme: artt. 948, 1079, 7, 10, 2600 del codice civile; art. 158 della legge sul diritto d'autore (21).

3. Il complesso degli strumenti volti a tutelare l'interesse del creditore all'adempimento dell'obbligazione presenta significative analogie con i meccanismi, sopra evidenziati, rivolti principalmente alla tutela dei diritti reali e, più in generale, dei c.d. « diritti assoluti ».

Anche qui, infatti, si pongono in prima linea una serie di rimedi volti alla prevenzione dell'inadempimento. Il creditore, infatti, per evitare una lesione del proprio interesse, può sostituirsi al debitore inerte nell'esercizio di diritti patrimoniali di cui questi sia titolare (art. 2900 c.c.), e può ottenere la declaratoria di inefficacia, nei propri confronti, degli atti compiuti dal debitore in pregiudizio delle sue ragioni (art. 2901 c.c.). Inoltre, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuna delle parti può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se l'altra non adempie contemporaneamente la propria (art. 1460 c.c.) e può sospendere l'esecuzione della propria prestazione nell'ipotesi di mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte, tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione (art. 1461 c.c.).

Una volta verificatosi l'inadempimento, l'obiettivo fondamentale dell'ordinamento giuridico è quello di garantire al creditore, nella misura in

(21) Su questi aspetti cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, pp. 18-19.

cui risulti possibile, la realizzazione, sia pure secondaria e supplementare, del suo interesse. Di qui la predisposizione di una serie di adeguati meccanismi: l'esecuzione forzata in forma specifica degli obblighi di fare, di non fare, di concludere un contratto, di consegnare una cosa determinata (artt. 2930 ss. c.c.) costituisce il principale strumento in questo senso, accanto al quale si pongono tutta una serie di rimedi particolari, come ad esempio l'estensione anche al semplice detentore dell'azione di reintegrazione (art. 1168 c.c.) e la concessione al conduttore di una « azione di manutenzione » (art. 1578 II comma c.c.). Nei contratti a prestazioni corrispettive, al creditore è concesso di agire, nei casi di adempimento inesatto o di ritardo, per ottenere l'esatto adempimento della prestazione dovutagli (art. 1453 c.c.); inoltre, nell'ipotesi in cui non residui un interesse apprezzabile all'adempimento (art. 1455 c.c.), il contraente può ottenere la risoluzione del rapporto.

È estremamente significativo, d'altra parte, che dottrina e giurisprudenza abbiano sentito l'esigenza di colmare le lacune di questo sistema di tutela dell'interesse del creditore, mediante il ricorso alla norma generale dell'art. 2058 c.c., estesa anche all'istituto della responsabilità contrattuale.

Viene infine in considerazione il rimedio tradizionale del risarcimento del danno, che anche qui si applica come rimedio di natura complementare, quando gli altri strumenti non siano sufficienti a riparare la lesione, ovvero di natura supplementare, allorché non sia possibile una tutela in forma specifica.

4. Dalla disciplina complessiva dettata in materia di illecito civile è stato possibile enucleare alcune direttive fondamentali, individuate, del resto, già da tempo da una autorevole dottrina (22). L'obiettivo giuridico fondamentale, di fronte alla tutela risultante da una norma, è quello di garantire la realizzazione primaria, completa e perfetta dell'interesse giuridico, il che ha luogo solamente ove venga posto in essere il comportamento umano rispetto al quale l'ordinamento ha effettuato una valutazione assiologica in termini di necessità. Poiché, tuttavia, la caratteristica essenziale, che connota ogni attività umana, è la libertà, è possibile che si abbia l'inadempimento del dovere giuridico diretto a tutelare l'interesse; in tal caso subentra un rimedio giuridico, ovverossia uno strumento di realizzazione supplementare dell'interesse, la cui reintegrazione, salvo l'occasionale interferenza di interessi esterni

(22) FALZEA, *L'offerta*, cit., pp. 23 ss..

poziori e il limite generale dell'impossibilità, risulta giuridicamente necessaria (23).

La caratteristica di questi mezzi di tutela suppletiva è quella di garantire la reintegrazione dell'interesse nella maniera più piena e più completa possibile; di qui il carattere più o meno satisfattivo che essi presentano, e che risulta, del resto, dall'indagine compiuta nei paragrafi precedenti.

D'altra parte, se è vero che « il costo della reintegrazione viene a gravare su colui che in via primaria era tenuto ad attuare l'interesse giuridico, ogni rimedio presenta, accanto ai caratteri riflettenti la funzione satisfattiva, ulteriori caratteri riflettenti la funzione sanzionatoria » (24).

Quest'ultima assume rilievo prevalente nel risarcimento del danno « per equivalente », che chiaramente non realizza se non in via assolutamente secondaria l'interesse oggetto della tutela giuridica.

5. A questo punto dell'indagine, una ricostruzione del sistema complessivo dei rimedi giuridici ricollegabili alla responsabilità nella formazione dei contratti richiede, come necessaria premessa, l'individuazione della natura giuridica della responsabilità stessa; è chiaro, infatti, che ove si pervenga all'inserimento della *culpa in contrahendo* in uno dei due *genus* principali di responsabilità (contrattuale od extracontrattuale) dovranno, come logica conseguenza, applicarsi i principi già evidenziati (*supra*, parr. 2 e 3) che vi presiedono.

Al riguardo, mentre la giurisprudenza è unanimemente orientata nel senso di attribuire natura aquiliana alla responsabilità *in contrahendo* (25), in dottrina esistono diversi punti di vista.

Taluno si pone sulla stessa linea della giurisprudenza, configurando il dovere di buona fede *ex art. 1337 c.c.*, come applicazione specifica del dovere di *alterum non laedere* sancito dall'*art. 2043 c.c.*

Altri autori sostengono la natura contrattuale della responsabilità in esame, ritenendo che la violazione della buona fede precontrattuale si atteggi come inadempimento di un rapporto obbligatorio *ex lege* (26). Altri ancora ritiene che la responsabilità (27) si atteggi ora come aquiliana, ora come contrattuale, a seconda che si abbia violazione del generico do-

(23) FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 24.

(24) FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 24.

(25) Fa eccezione una sola sentenza (App. Venezia, 11 aprile 1953, in *Foro padano*, 1954, 1, c. 1050), che attribuisce all'illecito in questione natura contrattuale.

(26) Per una sintesi dei vari indirizzi dottrinali, cfr. BENATTI, *La responsabilità*, cit., pp. 115 ss..

(27) V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., pp. 35-36.

vere di buona fede *ex art.* 1337 c.c. o di obblighi specifici come quello sancito dall'*art.* 1338 c.c..

È rimasto invece isolato il tentativo di costruire un *tertium genus* di responsabilità, con principi e caratteristiche propri (28); ciò sarebbe stato possibile solo ove il codice avesse contenuto regole particolari in relazione alla *culpa in contrahendo*, divergenti rispetto a quelle che disciplinano gli altri due settori della responsabilità civile. Poiché, viceversa, non esiste un'autonoma regolamentazione di profili quali l'onere della prova, la prescrizione, il risarcimento dei danni imprevedibili, la reintegrazione in forma specifica, dovranno applicarsi le norme dettate in relazione alle altre categorie di illecito; ma a questo punto è chiaro che sarebbe superflua la creazione di un *tertium genus* di responsabilità, visto che le norme applicabili sarebbero sempre le stesse, in via diretta o analogica.

Anche la teoria contrattualistica, sostenuta anche di recente da numerosi autori, risulta inaccettabile ove venga analizzata attentamente. Occorre distinguere, nell'ambito di essa, due indirizzi principali: parte della dottrina ritiene che l'espressione « comportarsi secondo buona fede » sia solo una sintesi terminologica per indicare una serie di obblighi specifici (di comunicazioni, segreto, custodia) che si qualificherebbero come obbligazioni in senso tecnico (29); altri invece definisce come obbligazione in senso tecnico lo stesso dovere di buona fede genericamente inteso (30).

Quanto al primo di questi orientamenti, è evidente che tutto si risolve in una tipizzazione delle ipotesi di responsabilità precontrattuale, con solo risultato di restringere inammissibilmente la portata dell'*art.* 1337 c.c. (essendo chiaramente impossibile ricondurre l'ampia fenomenologia che può presentarsi nella realtà nel quadro di pochi obblighi « di protezione »); d'altra parte è sicuramente diverso il ruolo ed il *modus operandi* della regola di buona fede nella formazione dei contratti rispetto a quanto avviene nella fase di esecuzione del rapporto, ove la buona fede può agire come vera e propria « fonte di integrazione »

(28) SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia, culpa in eligendo ed apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, pp. 86 ss..

(29) MENGONI, *Sulla natura*, cit., pp. 360 ss.; BENATTI, *op. cit.*, p. 136; VISINTINI, *La reticenza*, cit., pp. 253 ss..

(30) GRANATA, *Natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, IV, p. 216; MOSCO, *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, in *Giur. Cass. civ.*, 1947, III, p. 431.

dell'autonomia contrattuale, attraverso il combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 del codice civile (31).

Rimarrebbe quindi la possibilità di configurare il dovere di buona fede, genericamente inteso, come obbligazione in senso tecnico, sia pure scaturente dalla legge e non già da un accordo intervenuto tra le parti. Senonché ad una tale configurazione si oppongono ostacoli insormontabili: manca certamente il requisito della patrimonialità, che è indispensabile per potersi parlare di obbligazione ai sensi dell'art. 1174 c.c. (32); manca spesso una specifica situazione giuridica soggettiva attiva facente capo ad un eventuale « creditore » (così, ad esempio, nelle ipotesi di recesso dalle trattative o di revoca ingiustificata della proposta); manca infine, spesso il requisito della determinatezza (33) della prestazione che dovrebbe formare oggetto della presunta obbligazione (art. 1346 c.c.).

Rimane quindi la tesi extracontrattualistica, che del resto si rivela pienamente soddisfacente, come dimostra la prassi giurisprudenziale che non ha mai sentito l'esigenza di distaccarsene.

Questa soluzione era stata bensì ritenuta insufficiente dalla dottrina (34) ma solo perché si partiva da una concezione restrittiva della responsabilità aquiliana, la cui funzione veniva circoscritta alle ipotesi di lesione dolosa o colposa di un altrui diritto soggettivo assoluto.

Oggi, dopo l'ampia revisione dell'istituto avutasi sin dagli anni '60 (35), con riferimento sia ai criteri di imputazione che alle posizioni soggettive tutelate, non vi sono più ostacoli ad una identificazione del dovere di *alterum non laedere* col dovere di solidarietà e correttezza che vige anche nelle trattative e nella formazione del contratto (36). D'altra parte, non può costituire un ostacolo alla soluzione appena delineata il carattere prevalentemente indeterminato e negativo del dovere di *neminem laedere*: si è infatti osservato che « negatività e indeterminatezza sono aspetti soltanto normali del principio giuridico consacrato nell'art. 2043 c.c. e che, a differenza di quanto avveniva nel diritto romano clas-

(31) Sul punto cfr. RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1976, p. 175; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, pp. 91, 158 ss..

(32) In questo senso, V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., p. 31.

(33) RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974.

(34) COVIELLO, *Sulla c.d. « culpa in contrahendo »*, in *Il Filangieri*, 1900, p. 721. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1925, IV, p. 457.

(35) RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, pp. 98 ss..

(36) RODOTA, *Il problema*, cit.; lo stesso autore (*Le fonti di integrazione del contratto*) ha invece respinto una identificazione tra dovere di correttezza e *neminem laedere* con riferimento alla fase di esecuzione del contratto.

sico, tale principio, mentre tende ad un necessario e naturale determinarsi in situazioni specifiche, può, in questo suo processo di progressiva determinazione, assumere atteggiamenti positivi » (37). Ciò avviene sia in via eccezionale, nei casi espressamente previsti dalla legge, sia in via generale: infatti, « producendosi situazioni in cui, anche senza colpa del soggetto estraneo, costui si trova già all'interno della sfera (giuridica altrui), l'obbligo generale assume un atteggiamento necessariamente contrario al primo: e, poiché il primo è negativo, quest'ultimo risulta di necessità positivo » (38).

Anche in sede di formazione del contratto le parti devono tenere, in genere, solo un contegno meramente omissivo (rispettoso dell'altrui sfera giuridica), e solo nei casi tassativamente previsti dalla legge devono compiere un'attività positiva (obblighi di comunicazione relativi a cause di invalidità o inefficacia del contratto, errore, esistenza di vizi nella cosa venduta, ecc.).

A favore della tesi extracontrattualistica è stata avanzata un'ulteriore argomentazione: si è detto che, essendo l'art. 1337 c.c. una norma sprovvista di sanzione, sorge l'esigenza inderogabile di ricollegarla ad una norma sanzionatoria, che non può essere che la disposizione generale dell'art. 2043 c.c. (39).

6. Una volta stabilito che le norme che disciplinano la condotta delle parti in sede di trattative e di formazione del contratto costituiscono esplicitazione del generale dovere di *alterum non laedere*, deve trarsene come logica conseguenza l'applicabilità, anche in questa sede, dei principi e delle norme che regolano l'illecito aquiliano, in quanto compatibili con la struttura e le particolari esigenze dell'illecito precontrattuale. Anche qui, pertanto, potranno trovare applicazione le norme che disciplinano le varie cause di giustificazione, l'imputabilità del fatto dannoso, la responsabilità per fatto dei domestici, commessi, rappresentanti, e via dicendo.

Ai fini del presente lavoro, peraltro, rileva soprattutto il problema dell'applicabilità dell'art. 2058 c.c., ai sensi del quale « il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile ».

(37) FALZEA, *L'offerta*, cit., p. 72.

(38) FALZEA, *op. ult. cit.*, p. 73.

(39) V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., pp. 33-34; PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, p. 460.

Anche qui è decisiva, a mio avviso, la distinzione fra trattative e formazione del contratto. Invero, una volta premesso che nel nostro ordinamento le parti sono libere di trattare o meno, di interrompere le trattative stesse ove, ad un certo momento, non ravvisino più l'utilità di esse in relazione al loro interesse, risulta evidente che una reintegrazione in forma specifica risulta, già sotto un profilo logico, inammissibile.

L'istituto disciplinato dall'art. 2058 c.c., infatti, presuppone la sussistenza di una determinata situazione di fatto o giuridica, la quale venga compromessa per effetto del comportamento illecito altrui, e prevede la possibilità, per colui che ha subito la lesione, di ottenere una *restitutio in integrum*, ossia il ripristino della situazione preesistente che sia stata violata. Nell'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative, o di mancata comunicazione di cause di invalidità, la situazione preesistente al comportamento illecito non è una situazione di vincolo che richieda di essere ripristinata attraverso la conclusione coattiva del contratto: è viceversa una situazione di piena libertà, rispetto alla quale non si pone, né potrebbe porsi, un problema di reintegrazione in forma specifica. Per cui, in queste ipotesi, l'unica possibile tutela consiste nel rimuovere attraverso lo strumento del risarcimento per equivalente i danni subiti dal soggetto in buona fede.

A diverse conclusioni si giunge ove si consideri la disciplina della tutela dei soggetti in sede di formazione e conclusione del contratto. In questi casi si verifica, sostanzialmente, il passaggio da una situazione generica di libertà ad una situazione specifica di vincolo, rappresentata dalla conclusione del contratto a condizioni obiettivamente svantaggiose per una delle parti, che sia stata determinata dal comportamento scorretto dall'altra. In tal caso la permanenza della situazione di vincolo rappresenta una lesione per la parte stessa, alla quale non può negarsi una *restitutio in integrum*, che nella fattispecie consiste nel ripristino della situazione generica di libertà attraverso l'eliminazione — su iniziativa del soggetto leso — del vincolo e quindi del contratto.

In tal senso è stata interpretata da una parte della dottrina (40) la normativa codicistica in tema di annullamento e rescissione del contrat-

(40) DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, pp. 310-311, il quale, distinguendo tra reintegrazione materiale e reintegrazione giuridica, fa rientrare in quest'ultimo *genus* i rimedi dell'annullamento e della rescissione: « la reazione giuridica (azione di annullamento) ammessa dall'ordinamento contro vizi della volontà ripugnanti allo stesso ordinamento, persegue un fine indubbiamente restitutorio a favore della vittima della violenza o del dolo; e il suo esito positivo (annullamento) produce la reintegrazione in forma specifica dell'interesse di tale vittima ». Ancora, « una forma di reintegrazione in forma specifica può ravvisarsi, inoltre, nella rescissione del contratto concluso in stato di pericolo o di bisogno: rescis-

to, in modo da configurarli quali strumenti di tutela in forma specifica del contraente, ricollegabili alla normativa di correttezza operante nella fase di formazione del rapporto.

Nei capitoli successivi si cercherà appunto di individuare, in forma sistematica, i vari rimedi giuridici che l'ordinamento ricollega alle principali ipotesi di mancata realizzazione primaria dell'interesse del contraente in sede di trattative e di formazione del contratto, ponendone in rilievo i caratteri differenziali, in relazione al diverso momento in cui acquisita rilevanza giuridica il comportamento di mala fede di uno dei soggetti.

CAPITOLO II

LA TUTELA IN FORMA SPECIFICA DELL'INTERESSE DEL CONTRAENTE

SEZIONE I

La responsabilità precontrattuale nelle trattative

1. Si è già visto come le ipotesi di responsabilità precontrattuale tradizionalmente considerate dalla dottrina sono il recesso ingiustificato dalle trattative e la revoca arbitraria della proposta da un lato, e dall'altro la mancata comunicazione di cause di invalidità o inefficacia conosciute o conoscibili.

Dopo avere analizzato queste ipotesi, la dottrina è giunta alla conclusione che l'unica conseguenza ad esse ricollegabile è il risarcimento del danno nei limiti del c.d. « interesse negativo », comprendente cioè le spese sostenute e le occasioni perdute in vista della futura conclusione del contratto. Si è negato, invece, che al soggetto danneggiato possa competere una qualsiasi forma di tutela in forma specifica: soluzione, questa, indubbiamente esatta, e della quale si è già visto il fondamento teorico, ricollegabile al meccanismo che sta alla base della libertà delle trattative. Dell'esattezza di tale conclusione è possibile trarre conferma dall'esame delle singole fattispecie di responsabilità.

Viene in considerazione, innanzitutto, l'ipotesi di mancata comunicazione del difetto di potere da parte del rappresentante, nella fattispecie disciplinata dall'art. 1398 c.c..

sione che vale a rimuovere la situazione di danno corrispondente al contratto concluso a condizioni inique od obbligate ad una prestazione sproporzionata ».

Il negozio concluso dal rappresentante senza poteri o con eccesso di potere è inefficace nei confronti del rappresentato fino all'eventuale ratifica (art. 1399 c.c.) da parte dello stesso: ciò perché, evidentemente, sarebbe inammissibile una illegittima invasione della sua sfera giuridica, al di fuori dei limiti segnati dalla procura. Ciò non toglie che ricorra un'esigenza di tutela del terzo contraente che, pur avendo agito con la normale diligenza (avendo chiesto, ad esempio, al rappresentante la giustificazione dei suoi poteri a norma dell'art. 1393 c.c.), non si è avveduto del difetto di poteri e quindi ha confidato, incolpevolmente, nell'efficacia del contratto. A tutela di quest'interesse, l'ordinamento giuridico concede al terzo contraente il potere di chiedere al rappresentante il risarcimento dei danni subiti. La tutela in forma specifica dell'interesse (che nella fattispecie consisterebbe nella attribuzione di efficacia al negozio nei confronti del *dominus*) non può invece aver luogo, perché evidentemente è impossibile far sorgere un contratto fra rappresentato e terzo per il solo fatto che il rappresentante ha agito scorrettamente.

Più complesso è il discorso in relazione alla fattispecie disciplinata dall'art. 1338 c.c. (mancata comunicazione di cause di invalidità conosciute o conoscibili); ammesso per assurdo che sia data una forma di tutela in forma specifica, questa dovrebbe essere rappresentata dalla attribuzione di validità al negozio, attraverso una sorta di sanatoria del vizio. Ma noi sappiamo che, in relazione al negozio nullo, questa possibilità è radicalmente preclusa da una espressa disposizione di legge (art. 1423 c.c.). E la nullità è proprio l'ambito normale di applicazione dell'art. 1338, come risulta del resto dall'origine storica della norma (41).

Quanto alle ipotesi di annullabilità, è vero che esiste l'istituto della convalida del negozio annullabile, ma è altresì vero che la *ratio* dell'istituto è del tutto indipendente dalle ragioni che stanno alla base della reintegrazione in forma specifica. D'altra parte, è quanto meno dubbio che nell'espressione *cause di invalidità* il legislatore abbia inteso far rientrare anche le cause di annullabilità relativa.

La persona legittimata ad impugnare non potrebbe infatti identificarsi con alcuna delle parti indicate nell'art. 1338. Non con la parte che conosce o deve conoscere la causa di invalidità: supposto per assurdo che quest'ultima sia una causa di annullabilità relativa, si giungerebbe alla conclusione inaccettabile che l'ordinamento consente al soggetto che conosce la causa di annullabilità di concludere il contratto e quindi di

(41) Jhering, nella sua celebre monografia sulla *culpa in contrahendo*, partì dalla considerazione di alcuni passi del *Corpus Iuris* (di Modestino, Ulpiano, Giavoleno, Paolo) che esaminavano ipotesi di nullità del negozio per impossibilità originaria della prestazione.

chiedere l'annullamento. L'impugnativa potrebbe semmai essere attribuita all'altro soggetto; ma neanche questo, a mio avviso, è possibile, ove si rifletta sulla *ratio* della norma e sulla sua origine storica: il presupposto è cioè che il soggetto si trovi improvvisamente dinanzi ad un contratto invalido per cause a lui estranee ed indipendenti dalla sua volontà, mentre la situazione è totalmente diversa ove vi sia una causa di annullabilità, dato che qui il soggetto leso ha il potere di porre nel nulla il negozio attraverso l'azione di impugnativa che la legge gli attribuisce.

2. L'altra ipotesi tradizionalmente considerata da dottrina e giurisprudenza è quella del recesso ingiustificato dalle trattative, accanto a cui si colloca la revoca arbitraria della proposta. In entrambi i casi, i presupposti della responsabilità, individuati dalla giurisprudenza, sono da un lato l'assenza di una giusta causa di recesso o di revoca, e dall'altro la presenza di un ragionevole affidamento della controparte.

Ricorrendo tali requisiti, viene ammessa la responsabilità del recedente o revocante nei limiti del risarcimento dell'interesse negativo; dalla inapplicabilità di una esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre (art. 2932 c.c.) si è voluta desumere l'estraneità di qualsiasi forma di risarcimento in forma specifica alla responsabilità precontrattuale (42).

Invero, lo strumento previsto dall'art. 2932 è inapplicabile nella fattispecie, perché non esiste un obbligo a contrarre: la responsabilità non scaturisce dalla violazione di un obbligo di continuare a trattare o di concludere il contratto, bensì dalla violazione del dovere di correttezza cui le parti devono conformare la loro attività nel corso delle trattative (43).

In altri termini, è possibile affermare che l'ordinamento giuridico non tutela, in linea generale, l'interesse a contrarre del soggetto che abbia intrapreso con altri delle trattative; tutela, invece, l'interesse a non subire danni (sotto forma di spese, obbligazioni, occasioni perdute) in vista di un contratto che poi non giungerà a conclusione, e purché la mancata conclusione sia imputabile ad un comportamento scorretto della controparte.

(42) Cass., 10 ottobre 1962, n. 2919, in *Mass. Giur. it.*, 1962, c. 984.

(43) V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., p. 37: « Sia il recesso che la revoca rientrano normalmente nella sfera di libertà del soggetto e tranne il caso in cui, specificamente, esista un obbligo di non revocare la proposta, non integrano alcuna violazione di un preesistente obbligo ».

3. In un regime di libera concorrenza l'ordinamento non tutela l'interesse dei soggetti della collettività ad ottenere la conclusione di un contratto da una persona o un'impresa determinate, con cui magari siano intercorse trattative; questo perché vi è la possibilità di rivolgersi ad altre imprese operanti nel medesimo settore, da cui è possibile ottenere gli stessi o analoghi beni o servizi. Di qui l'enunciazione del principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), che si atteggia come situazione di libertà sia nel concludere il contratto che nel determinarne il contenuto.

L'interesse a contrarre è invece tutelato nei confronti di imprese che agiscono in regime di monopolio, attraverso l'imposizione di obblighi (artt. 2597, 1679 c.c.) che riducono fortemente l'autonomia negoziale. Appare evidente, del resto, che « la libertà di scegliere il contraente ed il potere di determinare il contenuto del regolamento negoziale debbono trovare la loro contropartita naturale nella possibilità per il contraente rifiutato di soddisfare altrimenti le proprie esigenze rivolgendo ad altri analoga richiesta » (44).

Non vi è dubbio sul carattere illecito del rifiuto di contrarre o delle eventuali discriminazioni, anche sotto forma di disparità di trattamento nella pattuizione delle singole clausole contrattuali (45).

Senonché, a questo punto, nella qualificazione della responsabilità scaturente dal rifiuto illecito o dalla disparità di trattamento, si potrebbe esser tentati di far ricorso all'art. 1337 c.c.; si potrebbero cioè configurare i vari obblighi di contrarre come specificazioni del dovere di buona fede nella formazione dei contratti, e la violazione degli stessi come fonte di responsabilità precontrattuale, con la conseguenza di ricollegare a quest'ultima il rimedio dell'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Questa via è stata tentata da una parte della dottrina francese (46), considerando l'imprenditore in posizione dominante come se fosse in stato d'offerta permanente (*offre forcée*), per cui, una volta intervenuta la richiesta di contrarre, il rifiuto da parte del monopolista integrerebbe un comportamento scorretto in sede di formazione del contratto e, quindi, una responsabilità *in contrahendo*. Questa tesi, che pure è stata con-

(44) BARCELONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 38.

(45) Tale illiceità risulta chiaramente, oltre che dalla legislazione nazionale, dall'art. 86 del trattato istitutivo della C.E.E.

(46) ROUBIER, *Essai sur la responsabilité precontractuelle*, Lyon, 1911, pp. 122 ss.; KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, Paris, 1967, pp. 109 ss.

siderata « meritevole di attenta considerazione » (47), presenta profili sicuramente inaccettabili. A parte la finzione dell'« offerta permanente » in cui si verrebbe a trovare, in virtù della legge, il monopolista, è possibile dimostrare che, molte volte, l'illecito non si esaurisce nella fase di formazione del contratto, ma può risultare da comportamenti precedenti alla richiesta di contrarre, con la quale si instaura tra le parti quel « contatto sociale » che è il presupposto della responsabilità precontrattuale. La dottrina ha enucleato, a tal proposito, una serie di obblighi preparatori e strumentali, come, ad esempio, l'obbligo di mantenere l'impresa in stato di efficienza, in modo da soddisfare le richieste che rientrano nella « normalità » (48). Di qui una serie di comportamenti — soddisfacimento di una richiesta esorbitante che cagioni una indisponibilità del bene o del servizio, contrazione della produzione per ragioni attinenti alla politica dei prezzi — che non potrebbero venire adeguatamente valutati sotto l'ottica particolare della *culpa in contrahendo*. A ciò si aggiunga che la normativa degli obblighi a contrarre presenta venature di carattere pubblicistico (nel senso di tutela di interessi superindividuali) che trascendono l'ambito meramente individuale della tutela apprestata dall'art. 1337 c.c..

Tutto ciò dimostra chiaramente che l'esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre, se in alcune ipotesi può astrattamente ricollegarsi ad un illecito intervenuto esclusivamente nella formazione del rapporto, generalmente costituisce lo strumento di una tutela abbastanza diversa, rispetto a quella rappresentata dai meccanismi di *culpa in contrahendo*.

Ciò non toglie, comunque, che analogie di disciplina indubbiamente sussistano tra la normativa di correttezza, con specifico riferimento al periodo precontrattuale, ed i doveri di consentire alla costituzione del rapporto, o di praticare un determinato trattamento a soggetti economicamente più deboli (49).

SEZIONE II

Strumenti di tutela del contraente in sede di formazione del contratto

4. Il comportamento scorretto di una delle parti in sede di formazione del rapporto può cagionare alla controparte un danno *sub specie*

(47) BARCELLONA, *Intervento*, cit., p. 125.

(48) LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, II, Catania, 1979.

(49) BARCELLONA, *Intervento*, cit., p. 239, ritiene che il rimedio del risarcimento del danno sia applicabile, in caso di violazione dell'art. 2597 c.c., attraverso il ricorso in via analogica agli artt. 1337-1338 c.c..

di determinazione del regolamento negoziale a condizioni lesive del suo interesse. La lesione, d'altra parte, può atteggiarsi in maniera più o meno grave, a seconda che investa una clausola essenziale del contratto o clausole meramente accessorie. Generalizzando la terminologia adottata dal legislatore in relazione al dolo (artt. 1439-1440 c.c.), potrebbe dirsi che nel primo caso il contratto è inficiato da un vizio « determinante », nel senso che la mala fede di uno dei contraenti ha indotto l'altro a stipulare un contratto che, altrimenti, non avrebbe concluso. Nel secondo caso potrebbe parlarsi di vizio « incidente », in quanto, senza il comportamento scorretto di uno dei contraenti, l'altro avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse, per lui più vantaggiose.

Avvenuta la lesione, sorge il problema della sua rimozione che, sotto un profilo strettamente logico, dovrebbe consistere, nel primo caso, nell'eliminazione successiva del contratto o dei suoi effetti (mancando qualsiasi interesse del danneggiato); nel secondo caso, in una modificazione del contenuto contrattuale, in modo da ristabilire l'equità tra le prestazioni.

Nel nostro ordinamento positivo, la eliminazione del contratto o dei suoi effetti è attuata rispettivamente mediante gli istituti dell'annullamento (artt. 1425 ss. c.c.) e della rescissione (artt. 1447 ss. c.c.). Quanto alla modificazione delle prestazioni, esiste l'istituto della rettifica, i cui limiti sono però controversi. L'indagine seguente sarà volta innanzitutto a dimostrare la possibilità teorica di configurare rescissione ed annullamento come rimedi giuridici, da collocare accanto alla tutela rappresentata dal rimedio tradizionale del risarcimento del danno e, quindi, dalla responsabilità precontrattuale; inoltre occorrerà accertare la portata e l'ambito di applicazione, in sede di formazione del contratto, dell'istituto della rettifica.

5. L'eliminazione successiva del rapporto contrattuale, ove questo si atteggi come lesivo di un interesse giuridico, viene realizzata innanzitutto mediante l'istituto della rescissione (artt. 1447 ss. c.c.). Si può concordare con quella parte della dottrina che colloca in una prospettiva unitaria (50) gli istituti di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c.; i singoli elementi delle due figure, infatti, pur non identificandosi del tutto, possono essere accoppiati abbastanza ragionevolmente: l'assunzione di obbliga-

(50) CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946, pp. 26 ss.: A parte va considerata invece la rescissione della divisione (artt. 763 ss. c.c.) che non ci interessa sotto il profilo specificamente considerato.

zioni a condizioni inique e la sproporzione delle prestazioni *ultra dimidium* rappresentano la lesione subita dal soggetto; stato di necessità e stato di bisogno costituiscono i presupposti del minorato stato di libertà in cui il soggetto viene a trovarsi; conoscenza ed approfittamento, infine, integrano gli estremi soggettivi del comportamento della controparte.

La dottrina, nel tentativo di individuare il fondamento e la natura giuridica dell'istituto in esame, ha dato prevalenza, volta per volta, ad uno dei tre elementi costitutivi della fattispecie, giungendo a conclusioni diverse.

Taluno ha attribuito la preminenza all'elemento oggettivo della sproporzione tra i valori delle prestazioni, ed ha così rapportato l'istituto ad un vizio oggettivo della causa del contratto (51). Altri ha posto in rilievo soprattutto l'influenza dello stato soggettivo di bisogno o di necessità sull'anormalità della situazione contrattuale, ed ha quindi costruito la rescissione come mezzo derivante da un vizio del consenso (52). Taluno, infine, ponendo in risalto il comportamento della controparte (approfittamento o sfruttamento di uno stato di pericolo o di bisogno), è giunto a vedere nell'istituto una sanzione civile ad un comportamento illecito (53).

I sostenitori della prima tesi collocano l'istituto in esame accanto a quello della risoluzione per eccessiva onerosità (artt. 1467 ss. c.c.), riconducendoli ad un fondamento unitario, da essi individuato nell'esigenza di ricondurre le prestazioni delle parti contraenti ad un equilibrio tra i rispettivi valori economici; l'assenza di tale equilibrio determinerebbe un vizio della causa del contratto, con la conseguenza di esporre lo stesso alla caducazione su iniziativa del soggetto danneggiato.

Quest'opinione non può tuttavia trovare accoglimento. Innanzitutto, per l'impossibilità di avvicinare fenomeni diversi, quali la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità; a parte il diverso ambito di operatività dei due istituti (piano della programmazione e piano di attuazione del programma), è riscontrabile una notevole diversità delle circostanze che hanno provocato lo squilibrio delle prestazioni: nella rescissione, lo stato soggettivo di una delle parti (bisogno o necessità); nella risoluzione, un evento oggettivo di carattere straordinario ed imprevedibile. Inoltre, diverso è il criterio in base al quale dev'essere valutata la sproporzione tra

(51) SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 180 ss.; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, (s.d.), p. 609; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit..

(52) ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 177 ss..

(53) BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, pp. 455 ss.; SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, 1948, I, p. 49; TALASSANO, *Illecito civile e illecito penale nella lesione enorme*, in *Foro pad.*, 1946, I, pp. 67 ss..

le prestazioni: nel primo caso si deve ricorrere ad elementi extracontrattuali, quali il giusto prezzo o valore di mercato; nell'ipotesi della eccessiva onerosità, invece, il parametro sarà esclusivamente contrattuale, dovendosi rapportare i valori attuali ai valori che le prestazioni stesse avevano al momento della conclusione del contratto (54).

D'altra parte, la tesi secondo cui alla causa dei contratti con prestazioni corrispettive deve essere sempre riferito il requisito dell'adeguatezza o proporzionalità delle prestazioni non può essere accolta.

Occorrerebbe infatti dimostrare che l'ordinamento non considera meritevole di tutela, in linea generale, il contratto caratterizzato da uno squilibrio tra le prestazioni corrispettive. Ma ciò non è assolutamente vero, e nessuno dubita che, al di fuori delle ipotesi di approfittamento di uno stato di bisogno o di necessità, il contratto risulti perfettamente valido ed efficace, nonostante l'iniquità delle condizioni o l'esistenza di una lesione *ultra dimidium*.

Né è possibile invocare, a sostegno della tesi criticata, la norma dell'art. 1450, che preclude l'azione di rescissione in seguito all'offerta di riduzione ad equità della controparte. Come si vedrà in seguito (par. 15), la norma ha una *ratio* che certamente non ha nulla a che fare con un preteso principio di equilibrio tra le prestazioni corrispettive.

6. La concezione che individua in un vizio della volontà il fondamento dell'azione di rescissione è condizionata dall'influenza dei precedenti legislativi degli artt. 1447 ss. dell'attuale codice civile. L'art. 22 del progetto italo-francese del 1928 di un codice unico delle obbligazioni e dei contratti prevedeva l'applicabilità del rimedio « se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto ed alla prestazione dell'altro contraente, in maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero ».

Sulla stessa linea si poneva l'art. 7 della legge n. 938 del 1925, riguardante le convenzioni di assistenza e salvataggio stipulate al momento e sotto l'influenza del pericolo.

In questa prospettiva, chiaramente, il vizio della volontà acquistava rilievo preminente, e non assumeva viceversa alcuna importanza il comportamento della controparte, o quanto meno rilevava solo in ipotesi marginali (art. 7, II comma).

(54) In questo senso MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, pp. 61 ss..

Queste fattispecie subirono una notevole trasformazione nel progetto del libro delle obbligazioni del 1939 (le cui norme sono state poi riprodotte negli artt. 1447 ss. dell'attuale codice); per quanto riguarda, in particolare, l'azione generale di lesione, ha influito notevolmente in questa direzione l'intenzione del legislatore di creare una norma civile corrispondente all'art. 644 del codice penale, che disciplina il reato di usura (Rel. del Guardasigilli n. 186) (55).

Tutto ciò ha determinato un'inversione logica, rispetto alla disciplina preesistente: rileva ancora, indubbiamente, il nesso tra lo stato di bisogno o di necessità e la determinazione volitiva della parte svantaggiata ma, come è stato esattamente osservato, « lo stato di bisogno degrada a mera situazione di fatto su cui l'approfittante ha esplicato la propria condotta, in modo da trarne vantaggio » (56). L'indagine muove, cioè, dall'analisi del comportamento della controparte, consistente in un approfittamento, o sfruttamento, o conoscenza dell'altrui minorata situazione di libertà. In queste condizioni, « la rescissione dovrà essere costruita come un rimedio concesso al soggetto passivo di tale condotta, perché egli possa evitare di soggiacere all'approfittamento altrui, cioè come una sanzione irrogata all'approfittante, di cui può beneficiare il danneggiato » (57).

La rescissione si atteggia pertanto come un rimedio giuridico, come, cioè, una « ipotesi di realizzazione secondaria che abbia come suo presupposto necessario e sufficiente la mancanza della realizzazione primaria, e come suo precipuo compito e risultato la reintegrazione dell'interesse rimasto ancora senza tutela, e della norma in cui tale tutela è predisposta » (58): questa norma può essere identificata con l'art. 1337 c.c., che impone un comportamento corretto nella formazione dei contratti (59).

(55) Art. 644 c.p.: « Chiunque fuori dai casi preveduti dall'articolo precedente, approfittando dello stato di bisogno di una persona, si fa da questa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra cosa mobile, interessi o altri vantaggi usurarii è punito... ».

(56) MIRABELLI, *La rescissione*, cit., p. 76.

(57) MIRABELLI, *op. ult. cit.*, p. 76; l'autore tuttavia (p. 104) ritiene che il comportamento del soggetto approfittante non costituisca un illecito: questo perché egli muove dalla tesi secondo cui l'illecito è esclusivamente doloso o colposo, e determina come conseguenza esclusiva il risarcimento del danno.

(58) FALZEA, *L'offerta*, cit., p. 26.

(59) In dottrina, hanno ricollegato il rimedio rescissorio alla direttiva dell'art. 1337 c.c.: GIORDANO, *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 56; BETTI, *Teoria gen.*, cit., p. 86; SACCO, *La buona fede*, p. 256; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 76; OSILIA, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 40.

Già nella relazione del Guardasigilli al progetto preliminare del libro delle obbligazioni è presentato, del resto, questo collegamento tra l'istituto della rescissione e la normativa di correttezza nella formazione dei contratti. Nella Relazione n. 183 si dice espressamente: « nel caso di contratto concluso in situazione di pericolo, c'è da tutelare la vittima di un illecito altrui, essendo sostanzialmente illecito approfittare della mancanza di libertà del volere in cui trovasi chi è minacciato di grave danno ». Nella Relazione n. 186, d'altra parte, si afferma che « l'azione generale di lesione corrisponde a sani principi di solidarietà; essa, nel mio pensiero, non agisce proteggendo il contraente più debole, ma pone una sanzione contro la parte che, ottenendo vantaggi sproporzionati, opera contro una retta condotta degli affari, abusando di particolari condizioni della controparte ». Vi è infine, la Relazione al Re n. 15: « devono considerarsi come sanzioni del dovere di solidarietà la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo o in stato di bisogno ».

Da un lato, quindi, vi sarebbe la situazione di responsabilità, dall'altro la concreta lesione di interesse che la parte ha subito: condizione, quest'ultima, insopprimibile ed indispensabile per l'esperibilità del rimedio stesso. La lesione si identifica con le condizioni inique a cui il contratto è stato concluso, e con la sproporzione *ultra dimidium* tra le prestazioni corrispettive; se tale lesione viene meno al momento della proposizione della domanda (art. 1448 III comma c.c.) o nel corso del giudizio, su offerta della controparte (art. 1450 c.c.), la rescissione non opera. Altrettanto avviene quando la lesione non assume giuridica rilevanza, per il carattere aleatorio del contratto (art. 1448 IV comma c.c.).

7. Altro strumento mediante il quale è possibile rimuovere il contratto pregiudizievole agli interessi di una delle parti è l'annullamento (artt. 1425 ss. c.c.). La dottrina dominante interpreta generalmente l'istituto in un'ottica prettamente individualistica e volontaristica (60): la causa principale di annullamento viene individuata nella lesione della volontà o del processo di formazione del volere di una delle parti; accanto ad alcune ipotesi limite, caratterizzate dall'assoluta assenza di volontà (incapacità di agire, errore ostativo) si collocherebbero una serie di fattispecie in cui il consenso sarebbe solamente viziato, ma esistente (errore motivo, dolo, violenza psichica). Come logica conseguenza di tale impo-

(60) Per le critiche generalmente rivolte alla concezione volontaristica del diritto e dei fenomeni giuridici cfr. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1975, pp. 99 ss..

stazione (più o meno temperata attraverso l'ammissione dell'esistenza di limiti al dogma volontaristico, apportati dal principio dell'affidamento), si tende a considerare la normativa di validità in una prospettiva assolutamente differenziata rispetto alle norme sul risarcimento del danno, che costituiscono applicazione del principio di buona fede nella formazione dei contratti (61). Vi sarebbe cioè una assoluta non interferenza fra i due campi: le norme che regolano la validità sarebbero ispirate al dogma della volontà, le norme sulla responsabilità precontrattuale vi apporterebbero un temperamento; le prime tutelerebbero « la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici », le seconde tenderebbero « a fini di giustizia sostanziale ».

Oltre che su queste affermazioni, di carattere chiaramente formalistico, ci si basa su ulteriori argomentazioni: si fa leva sull'art. 1338 c.c., che prevede come sanzione solo il risarcimento del danno, e non arriva fino al punto di mantenere in vita il contratto per tutelare il soggetto in buona fede (62); si osserva inoltre che la buona fede impone di avvisare la controparte anche nei casi di errore non essenziale e di errore sui motivi, e ciononostante il contratto, in queste ipotesi, rimane valido nonostante la mancata comunicazione (63).

Si tratta però di obiezioni facilmente superabili. Quanto alla prima, si è già dimostrato (*supra*, par. 1) che l'attribuzione di validità al contratto (per tutelare il soggetto in buona fede) risulta impossibile per tutt'altre ragioni, sulla base di principi come quello della insanabilità del negozio nullo: vi sono cioè degli interessi poziori che non possono venire sacrificati. Riguardo alle ipotesi di errore non essenziale, di errore cioè « incidente », l'inapplicabilità del rimedio dell'annullamento si giustifica, sulla base di quanto già detto (*supra*, par. 4), trattandosi di ipotesi in cui la reintegrazione dell'interesse giuridico potrebbe al più attuarsi, nei limiti in cui fosse ammissibile, non già attraverso l'eliminazione del contratto, bensì mediante una modificazione del contenuto dello stesso (v. oltre, par. 16). Quanto all'errore sui motivi, giocano fattori di natura diversa — come il principio di conservazione del contratto e l'esigenza di sicurezza dei traffici — su cui non è possibile soffermarsi in questa sede; d'altra parte, è noto che la dottrina e la giurisprudenza hanno sentito più volte l'esigenza di introdurre eccezioni al principio della irrilevanza di

(61) PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, pp. 104, 118 ss.; BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pp. 209 ss.; BENATTI, *La responsabilità*, cit., pp. 66, 100 ss.

(62) PIETROBON, *op. cit.*, pp. 106-107.

(63) *Ibidem*, pp. 105, 108.

questo tipo di errore, quando sia determinante del consenso: basti pensare alla teoria della presupposizione (64), ed al tentativo di estendere la rilevanza della reticenza dolosa ai fini dell'annullamento del contratto (65).

8. Respinta senz'altro la concezione formalistica dell'istituto dell'annullamento (66), sorge l'esigenza di ricostruire la disciplina giuridica del fenomeno in esame secondo un criterio assiologico, che tenga conto del regolamento sostanziale degli interessi che le varie norme concretamente realizzano.

A tal fine è indispensabile chiarire, preventivamente, il rapporto intercorrente tra quest'istituto e quello della nullità (artt. 1418 c.c.). Pur atteggiandosi entrambi come ipotesi di invalidità negoziale, nullità ed annullabilità presentano sicuramente notevoli differenze strutturali. Già da tempo, del resto, la dottrina si è opposta alla configurazione tradizionale, che opera la distinzione sulla base del carattere più o meno grave dell'anomalia negoziale (67). Viceversa, si è fondata la distinzione su una differenza di ordine qualitativo, attinente alla diversa natura dell'interesse tutelato: alla lesione di valori generali ed inderogabili della collettività fa riscontro il meccanismo della nullità, mentre l'annullamento tende a riparare la lesione di un interesse privato (68).

È ovvio, peraltro, che diverse sono le esigenze e gli interessi tutelati nelle varie categorie di negozi giuridici. In questa sede interessa soprattutto analizzare la struttura che l'istituto assume nell'ambito dei contratti, ed in particolare nei contratti a titolo oneroso, che costituiscono l'ambito normale di operatività della normativa di correttezza precontrattuale.

In una prospettiva assiologica, si dovrà verificare principalmente la possibilità di ricostruire l'annullamento come strumento di realizzazione secondaria e supplementare degli interessi giuridicamente rilevanti, che vengono in considerazione in sede di formazione del con-

(64) Su cui cfr. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 944.

(65) VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, pp. 115 ss..

(66) Lo stesso PIETROBON, *op. cit.*, p. 107, ammette che « la distinzione delle norme in regole di validità e regole di buona fede è distinzione formalistica, che deriva essa stessa dal concettualismo », ed afferma che « oltre un certo punto », il problema interpretativo viene meno, e rimane una questione di scelta ».

(67) FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 17; TOMMASINI, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, p. 585.

(68) TOMMASINI, *Invalidità*, cit., p. 586.

tratto, protetti attraverso la previsione del generale dovere di correttezza (69).

A tal fine, all'esame dell'istituto nella sua evoluzione storica dovrà accompagnarsi un'analisi puntuale delle singole cause di annullabilità nell'attuale sistema legislativo.

9. L'origine storica dell'istituto dell'annullamento dei contratti è estremamente significativa, ai fini della ricostruzione dello stesso come rimedio ricollegabile ad un illecito ed alla lesione d'interesse di uno dei contraenti. La dottrina romanistica è sostanzialmente concorde nell'ammettere che al diritto romano era completamente estranea l'idea dell'influenza dei vizi del volere sulla validità del negozio, ed anzi mancava del tutto una elaborazione dogmatica che facesse perno sui momenti del consenso e della volontà dei contraenti (70).

Nell'antico *ius civile*, non vi era alcun rimedio che tutelasse il contraente contro i raggiri, la violenza, la *circumscriptio adulescentium*, ed in genere l'altrui comportamento scorretto nella formazione del negozio; ciò in piena coerenza col formalismo del diritto quiritario, in cui notoriamente vigeva il principio *actus qui habet sua essentialia valet de iure*.

Nel periodo classico l'evoluzione si manifestò attraverso due vie: mediante il *ius gentium*, col quale vennero introdotti i c.d. contratti *bonae fidei* (che consentivano al magistrato di valutare il rapporto in base a principi di equità e di buona fede) e, per quanto attiene ai contratti *stricti iuris*, mediante il *ius honorarium*, attraverso una serie di rimedi introdotti progressivamente dal pretore. Fra questi spiccavano innanzitutto l'*actio doli* e l'*actio metus*, la cui funzione consisteva principalmente nella repressione di un delitto, quindi nella dichiarazione d'infamia dell'autore dell'illecito, e nella irrogazione allo stesso di una pena pecuniaria; solo indirettamente la vittima poteva ottenere il risarcimento dei danni subiti.

(69) In questo senso è il filo conduttore della monografia di LUCARELLI, *Lesione*, cit.; cfr. altresì VISINTINI, *La reticenza*, cit., pp. 112 ss..

(70) La presente ricostruzione storica accoglie i risultati dell'ampia e documentata indagine dello ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema di vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, pp. 235 ss., 360 ss.; detti risultati sono stati recepiti dalla dottrina successiva: BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur.*, 1928, p. 36; ID., *Diritto romano*, Padova 1975, p. 563; LUZZATTO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, p. 715; SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1938, p. 310; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 181; TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 193; ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 17.

Carattere penale aveva anche l'azione introdotta intorno alla metà del II secolo a.C. dalla *lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*, intentabile da *quisque de populo* contro chi avesse ingannato un minore di 25 anni, inducendolo dolosamente a concludere un affare svantaggioso. In ciascuno di questi casi, comunque, il contratto rimaneva perfettamente valido ed efficace.

Solo nel caso in cui il soggetto non avesse ancora eseguito la prestazione, veniva concessa dal pretore una *exceptio* con la quale si paralizzava l'azione scaturente dal rapporto, rendendo il negozio praticamente inefficace. Più tardi, il pretore concesse varie *restitutiones in integrum* (*propter dolum, metum, aetatem, errorem iustum*), presupposto delle quali era sempre una lesione patrimoniale subita dal soggetto; attraverso la *restitutio*, come con l'*exceptio*, il contratto diveniva praticamente inefficace, anche se rimaneva formalmente valido per il *ius civile*.

Nel diritto postclassico e giustiniano l'*actio* e la *restitutio* si fusero in un unico rimedio, c.d. *actio arbitraria*: l'azione perse progressivamente il carattere penale ed apparve finalizzata principalmente alla riparazione della lesione attraverso il risarcimento del danno; il soggetto responsabile poteva però evitare la condanna attuando la *restitutio*, ripristinando cioè la sfera patrimoniale della controparte.

Il sistema subì una trasformazione decisiva con i glossatori, che capovolsero il concetto di arbitrarietà dell'azione, proprio del sistema giustiniano, ed individuarono il contenuto principale dell'azione nella *restitutio*, ossia nella reintegrazione dell'interesse attraverso l'eliminazione del contratto pregiudizievole: la sanzione penale divenne oggetto solo eventuale dell'azione, in caso che la condanna alla *restitutio* fosse rimasta senza effetto (venendo così collegata ad un illecito processuale).

Il sistema così consolidatosi si mantenne inalterato per tutta l'età intermedia, e le varie *restitutiones* conservarono la loro caratteristica di rimedi obiettivi contro un illecito intervenuto in sede di formazione del contratto.

È solo con la scuola giusnaturalistica del XVIII secolo che ci si distacca da questa impostazione, nella convinzione dell'esistenza di un ordine sociale naturale cui le istituzioni giuridiche devono adattarsi; così, sotto la spinta dell'ideologia individualistica e moraleggiante propria dell'epoca, viene elaborata la teoria del volere e dei vizi del consenso (71).

(71) G. DE LUCA, *Istituta civile*, 1743, II, p. 125; DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, III, p. 84; PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, II, p. 409; GROZIO, *De iure belli ac pacis*, II, pp. 588 ss..

Particolarmente interessante è la soluzione data dal Pothier (72), il quale risente ancora dell'influenza romanistica; con particolare riferimento al dolo, pur inquadrandolo nell'ambito dei vizi del consenso, lo definisce causa di *rescission*, « *parce qu'il pèche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats* ».

L'esaltazione della volontà individuale e la concezione volitiva trovano comunque accoglimento (e ciò si giustifica ampiamente alla luce dell'ideologia imperante in quell'epoca) nel codice napoleonico del 1804 e, di riflesso, nel codice italiano del 1865. D'altra parte, il periodo di massimo splendore della concezione volontaristica coincide proprio con il XIX secolo, caratterizzato dagli studi dei Pandettisti tedeschi, che giungono ad una complessa elaborazione dogmatica della teoria dei vizi del consenso e delle divergenze tra volontà e dichiarazione, categorie giuridiche ancor oggi accettate dalla dottrina civilistica.

Peraltro, nell'interpretazione della disciplina vigente non può trascurarsi la circostanza che il legislatore del 1942 ha sicuramente ripudiato la concezione volontaristica del negozio giuridico (come dimostrano, tra l'altro, le regole interpretative contenute negli artt. 1362 ss. c.c.) e, più in generale, l'ottica individualistica propria dei codici ottocenteschi, cedendo viceversa ad istanze solidaristiche ed esaltando il ruolo della correttezza e della buona fede oggettiva anche nella materia della formazione dei contratti.

Non è improbabile, quindi, che la concezione volitiva abbia rappresentato solo una parentesi nella storia del nostro diritto civile, e che il codice del 1942, anche se con alcune carenze sul piano sistematico, sia ritornato a configurare nella prospettiva tradizionale i rimedi contro la violenza, il dolo, l'errore, l'incapacità di agire nella formazione dei contratti. L'analisi delle varie ipotesi consentirà di rinvenire delle conferme in tal senso.

10. L'annullamento per incapacità di agire (artt. 1425 ss. c.c.) viene qualificato dalla dottrina tradizionale alla luce del dogma volontaristico, ritenendosi che l'invalidità del negozio sia determinata dall'assenza della volontà di contrattare, quale conseguenza dello stato di incapacità di intendere e di volere (73). Questa spiegazione, che poteva trovare accoglimento sotto il codice del 1865, che classificava la capacità di contrattare tra i requisiti essenziali per la validità del

(72) *Oeuvres*, I, *Traité des obligations*, pp. 10 ss.

(73) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1958, p. 233.

negozio (art. 1104 c.c.), urta contro ostacoli insuperabili nell'attuale sistema legislativo.

Basti pensare al fatto che l'incapacità naturale di agire (art. 428 c.c.) determina l'annullabilità, e non la nullità del contratto, ed inoltre a condizione che ricorra la malafede della controparte; quindi il contratto è perfettamente valido, nonostante l'incapacità e l'assenza di volontà, quando l'altro contraente agisce correttamente. Inoltre, l'incapacità legale di agire non determina invalidità quando il minore (art. 1426 c.c.) ha occultato la propria situazione di incapacità.

Insufficienti si rivelano, d'altra parte, le giustificazioni generalmente addotte dalla dottrina, secondo cui l'art. 428 c.c. attuerebbe un contemperamento tra principio della volontà e principio dell'affidamento (74), e l'art. 1426 c.c. sancirebbe la validità del contratto perché il minore avrebbe dimostrato, con i raggiri adoperati, la propria maturità (75): si tratta di artifici e finzioni che aggirano il problema anziché risolverlo. La disciplina legislativa può essere coerentemente spiegata, solo ove si adotti un criterio assiologico di interpretazione, conforme del resto ad alcune recenti tendenze dottrinali.

È noto che l'istituto della capacità di agire è preordinato, in linea di massima, alla tutela degli interessi del soggetto incapace (76); dal combinato disposto degli artt. 1425 e 1441 I comma c.c. si desume altresì che l'annullamento del contratto è disposto dalla legge nell'interesse dell'incapace.

L'interesse preso in considerazione dal diritto è quello ad operare le proprie scelte con consapevolezza e con maturo discernimento; e poiché volontà e consapevolezza mancano nell'incapace di intendere e di volere, l'ordinamento appresta dei meccanismi per tutelare l'interesse giuridico.

È previsto innanzitutto che l'incapace, nel compimento degli atti giuridici, debba essere rappresentato od assistito da determinate persone (genitori, tutore, curatore); viene posto poi a carico dei soggetti della collettività un dovere di correttezza nella formazione dei contratti (art. 1337 c.c.), la cui osservanza, nel caso specifico, consiste nell'astenersi dal contrarre con il soggetto incapace quando egli non sia rappresentato od assistito nelle forme di legge, o quando siano state violate in altro modo le norme sulla potestà, tutela, curatela.

(74) Per una critica all'applicazione del principio di affidamento nei rapporti reciproci tra i contraenti, v. oltre, par. 11.

(75) È chiaro, infatti, che l'uso di raggiri da parte del minore è perfettamente compatibile con il suo stato di incapacità di intendere e di volere, relativamente al contratto ed alle conseguenze che questo può apportare nella sfera giuridica dell'incapace.

(76) FALZEA, *Capacità*, in *Voci*, cit., p. 168.

È possibile, tuttavia, che il dovere di correttezza venga violato: ciò può avvenire direttamente, quando taluno contratta con il soggetto pur conoscendo il suo stato di incapacità, o indirettamente, quando lo stato di incapacità non è conosciuto ma conoscibile mediante l'ordinaria diligenza (*Nemo esse debet ignarus condicionis eius cum quo contrahit*).

Sul punto si è giustamente rilevato che colui che ha contrattato con l'incapace « poteva e doveva accertarsi della capacità della controparte, semplicemente consultando il suo atto di nascita (da dove risultano in modo ufficiale, oggettivo e inequivoco, la sua età e le eventuali sentenze di interdizione o inabilitazione pronunciate nei suoi confronti): se ha trascurato questa precauzione, omettendo di fare ciò che poteva facilmente fare, sembra giusto che ne sopporti le conseguenze » (77).

Si ha quindi, in queste ipotesi, una situazione di conoscibilità legale, a cui fa riscontro un determinato dovere di comportamento a carico del contraente capace.

Trattandosi invece di incapacità naturale di agire, manca la situazione di conoscibilità legale dello stato di incapacità; pertanto l'ordinamento richiede che sia provata, volta per volta, la mala fede del contraente capace (art. 428 c.c.).

In seguito alla mancata realizzazione primaria dell'interesse giuridico, l'ordinamento reagisce attraverso un meccanismo di tutela supplementare: attribuisce cioè all'incapace, al suo rappresentante, ai suoi eredi o aventi causa (artt. 122, 427, 428 c.c.) il potere di chiedere l'annullamento del contratto (oltre ovviamente il risarcimento dei danni subiti; ove ne ricorrano i presupposti). Il soggetto leso viene quindi reintegrato nella possibilità di operare consapevolmente la propria scelta in relazione al contratto già concluso: se, attraverso tale valutazione, lo riterrà conforme al proprio interesse, potrà convalidarlo, altrimenti potrà ottenerne l'annullamento.

Presupposto necessario dell'annullamento è, quindi, il pregiudizio subito dall'incapace che, però, nelle ipotesi di incapacità legale e giudiziale, non si identifica necessariamente con una lesione patrimoniale, ma può definirsi *in re ipsa*, nel fatto stesso cioè che il soggetto abbia con-

(77) ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 206; l'incapacità legale di agire è quindi sempre conoscibile mediante un contegno diligente, attraverso i meccanismi di pubblicità predisposti dall'ordinamento giuridico (ad. es., art. 423 c.c.). Che l'ordinamento instauri una presunzione legale di conoscenza, al riguardo, si desume anche dall'art. 1445 c.c., a norma del quale l'annullamento che dipenda da incapacità legale di agire è sempre opponibile ai terzi. In giurisprudenza, per una interessante ricostruzione dell'annullamento per incapacità nel senso sopra indicato, cfr. App. Napoli, 9 luglio 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, n. 423.

trattato in stato di minorata capacità, quando non era in grado di apprezzare e discernere le conseguenze dell'atto posto in essere (78).

Ove si potesse accogliere tale ricostruzione, sarebbe possibile spiegare senza problemi la norma dell'art. 1426 c.c., secondo cui il contratto rimane valido ove il minore abbia occultato con raggiri la sua minore età, mentre invece è annullabile ove abbia semplicemente dichiarato di essere maggiorenne. Nel primo caso, infatti, l'occultamento fa venir meno la conoscibilità della minore età e quindi la responsabilità della controparte, mentre nel secondo caso la semplice menzogna del minore non giustifica la negligenza della controparte e non eliminerebbe quindi la sua responsabilità (79).

Inoltre, se fosse possibile interpretare nell'ottica sopra indicata la disciplina dell'annullamento per incapacità di agire, ricollegandola quindi alla lesione di interessi subita dall'incapace ed al contegno scorretto tenuto dal contraente capace (richiesto espressamente dall'art. 428 c.c.); si realizzerebbe un utile parallelismo tra la tutela civilistica dell'incapace e quella dettata dall'art. 643 c.p., che punisce « chiunque per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni e della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato di infermità o deficienza psichica di una persona, la induce a compiere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico, per lei o per altri dannoso » (80).

11. Secondo la configurazione dogmatica operata dalla dottrina prevalente, l'annullamento del contratto nelle ipotesi di errore, violenza e dolo si ricollega alla lesione della volontà di una delle parti, ad un vizio del consenso, considerato in sé quale turbamento della manifestazione soggettiva. La volontà, in altri termini, verrebbe intesa dall'ordinamento come una sorta di attributo soggettivo della personalità dei contraenti, come tale suscettibile di immediata tutela, a prescindere dalle conseguenze che il vizio abbia prodotto sul rapporto contrattuale. Di qui

(78) Parte della dottrina ritiene che ai fini dell'annullamento, con particolare riferimento all'art. 428, occorra provare volta per volta l'esistenza di un concreto pregiudizio subito dall'incapace. In tal senso RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, pp. 49 ss.; ID., *Pregiudizio e malafede nei contratti dell'incapace*, in *Giur. Cass. civ.*, 1951, II, p. 153 ss.; LUCARELLI, *Lesione*, cit., pp. 28 ss.. Cfr. inoltre gli autori e la giurisprudenza citati in CERVELLI, *Incapacità di agire (Rassegna di dottrina e di giurisprudenza)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 383 nota 53.

(79) L'art. 1426 c.c. è stato interpretato in tal senso in App. Napoli, 9 luglio 1956, in *Rep. Giust. civ.*, 1956, n. 423.

(80) Ovviamente il reato di circonvenzione di persone incapaci avrebbe in ogni caso un ambito di applicazione più ristretto rispetto a quello risultante dalle norme civilistiche, in quanto sanziona solo il comportamento consistente in uno sfruttamento doloso dell'altrui stato di inferiorità mentale.

l'affermazione che « sul terreno dei vizi del volere è indifferente che il risultato sia vantaggioso o no per chi ha emesso la dichiarazione sotto l'influenza di una causa perturbatrice del volere » (81).

Al mantenimento di tali tradizionali posizioni ha indubbiamente contribuito la collocazione dell'annullamento per errore, violenza e dolo nella rubrica di vizi del consenso, da parte dell'attuale codice; ma, come si è correttamente rilevato, « il richiamo al vizio del consenso non è forse decisivo per la definizione giuridica della natura del fenomeno, poiché l'utilizzazione di terminologie e formule tradizionali può anche avere soltanto un valore di identificazione storica dell'annullamento, senza implicarne un'identità di impostazione e di soluzione giuridica » (82).

D'altra parte, si è rilevato che i vizi del volere sono solo due: l'errore (spontaneo o indotto) ed il timore; la tripartizione effettuata dal legislatore rifletterebbe, invece, la classificazione delle cause delle *restitutio-nes* del diritto romano ed intermedio, che sicuramente non riguardavano vizi del consenso (83).

A parte questi rilievi generali, un'analisi dettagliata delle singole norme di legge consente di scartare senz'altro l'impostazione volontaristica. Infatti, se veramente l'oggetto immediato della tutela giuridica fosse il vizio del consenso di una delle parti, l'errore dovrebbe dar luogo ad annullamento anche quando è riconoscibile con l'uso di una diligenza superiore a quella normale, o addirittura non riconoscibile (come avveniva sotto il codice abrogato); inoltre anche l'errore « incidente », non essenziale, dovrebbe dar luogo ad invalidità, e non avrebbe senso la disposizione dell'art. 1432 c.c., che impedisce l'annullamento ove la controparte offra di modificare il contenuto contrattuale.

Il timore dovrebbe costituire causa di invalidità non solo quando è determinato dalla violenza, ma anche quando sia spontaneo (art. 1437 c.c.) e quando sia determinato da fatti di carattere oggettivo esterni ai contraenti (come avviene nel matrimonio: art. 122 c.c.); anche la minaccia di un male « giusto » e notevole (come la minaccia di far valere un diritto), in quanto diretta ad estorcere il consenso altrui e determini timore, dovrebbe determinare l'annullabilità (84). Per quanto concerne poi il dolo, dovrebbe aversi invalidità del contratto anche in ogni ipotesi di reticenza, e di raggiri di un terzo non conosciuti dall'altro contraente;

(81) CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 563.

(82) LUCARELLI, *Lesione*, cit., p. 5.

(83) ZANI, *L'evoluzione*, cit., pp. 509 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1924, p. 124.

(84) Il codice civile del 1865, infatti, all'art. 1112, non richiedeva il requisito dell'ingiustizia del male minacciato.

anche il dolo incidente, d'altra parte, dovrebbe dar luogo ad annullamento, perché anche lì ricorre un vizio della volontà, in quanto il « raggirò induce il contraente ingannato a regolare l'accordo in maniera diversa da quella in cui sarebbe stata conclusa in condizioni normali » (85).

Né è possibile, d'altra parte, far ricorso al principio dell'affidamento per giustificare tutte queste limitazioni. Già da tempo si è dimostrato che la nozione di affidamento è diretta a tutelare la posizione dei terzi (86) e la loro buona fede, ed è invece inapplicabile ai contraenti che nei loro rapporti reciproci « sono chiamati dalla norma, l'uno nei confronti dell'altro, ad un comportamento di solidale collaborazione ai "fattori di produzione negoziale" » (87). « Di qui l'esigenza di ridimensionare l'applicazione dell'affidamento negli originari confini della tutela dei terzi, dando rilievo tra le parti ad un criterio unitario di responsabilità che ponga in luce alternativamente, e senza soluzione di continuità, la responsabilità della parte turbata (autoresponsabilità) o quella dell'altro contraente » (88).

Nei casi di annullamento, quindi, l'affidamento troverà applicazione nel senso di non pregiudicare i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede (art. 1445 c.c.). Per il resto, le limitazioni sopra evidenziate all'operatività dei meccanismi di annullabilità si giustificano tenendo presenti altri principi, come può riscontrarsi in seguito all'esame delle singole cause di annullamento.

Vi è innanzitutto la fattispecie disciplinata dagli artt. 1429 ss. c.c.: qui è possibile riscontrare la violazione di un dovere di comunicazione, relativamente all'errore della controparte che sia conosciuto o riconoscibile mediante la normale diligenza (89); a tale violazione è causalmente collegato il pregiudizio subito dall'errante, richiamato dall'art. 1432 c.c. e dal riferimento all'« essenzialità dell'errore » (90). Quest'ultimo, a ben vedere, risulta essere un elemento essenziale, al pari della riconoscibilità, ai fini dell'annullamento: ove, infatti, la lesione non sussista (e l'errore non sia qualificabile come essenziale), il rimedio

(85) LUCARELLI, *Lesione*, cit., p. 68, nota 104.

(86) FALZEA, *Apparenza*, in *Voci*, cit., pp. 39 ss..

(87) LUCARELLI, *op. cit.*, p. 171.

(88) LUCARELLI, *op. cit.*, p. IX.

(89) LUCARELLI, *op. cit.*, p. 39.

(90) *Ibidem*, p. 39, il quale sostiene che « nell'essenzialità l'ordinamento abbia inteso apprezzare l'importanza e le conseguenze nocive assunte dall'errore sul regolamento d'interessi ». Si tratta di una conclusione ovvia, ove si rifletta sul fatto che l'errore essenziale non è altro che l'errore determinante, senza il quale cioè il soggetto non avrebbe affatto contrattato, per l'assoluta assenza di un interesse alla conclusione di quel contratto.

non si
mediat

N

1337

altrui

astratt

sta inc

colper

no om

cienza

P

scorre

traent

ha tra

comm

con

to da

giust

que,

senza

speci

artt

al sis

1394

flitto

rapp

cont

cono

c.c.

RED

1950

Riv

men

ad

« L

prog

non

non si applica; altrettanto avviene quando il pregiudizio viene evitato, mediante offerta di modificazione del contratto (art. 1432 c.c.).

Nelle ipotesi di violenza, il comportamento illecito ai sensi dell'art. 1337 c.c. si identifica con la minaccia, diretta ad estorcere il consenso altrui (91). L'ordinamento, peraltro, non si limita a valutare l'idoneità in astratto della minaccia ad impressionare il contraente, ma esige che questa incida concretamente sul giudizio di interessi della vittima (*coactus*), colpendolo « ingiustamente » (artt. 1435, 1438 c.c.). In questo senso sono orientate la dottrina e la giurisprudenza dominanti, richiedendo l'efficienza causale della minaccia sul regolamento negoziale (92).

Per quanto riguarda il dolo (art. 1439 c.c.), un comportamento scorretto *ex art.* 1337 c.c. è ravvisabile nei raggiri adoperati dal contraente, o nella mancata comunicazione, da parte del contraente che ne ha tratto vantaggio, dei raggiri di un terzo da lui conosciuti (art. 1439 II comma c.c.). I raggiri, d'altro canto, devono essere causalmente collegati con il pregiudizio subito dall'altro soggetto; detto pregiudizio è richiamato dall'art. 1439 II comma c.c. nella parte in cui richiede il vantaggio ingiusto di uno dei contraenti ai danni dell'altro; in linea generale, comunque, può dirsi che la lesione è *in re ipsa*, nel fatto stesso che la parte, senza i raggiri, non avrebbe contrattato; per cui non occorre la prova specifica del danno effettivamente subito (93).

12. , Accanto alle ipotesi principali di annullamento regolate dagli artt. 1425 ss. c.c. ne esistono numerose altre che è possibile ricollegare al sistema di tutela facente capo all'art. 1337 c.c.. Vi è innanzitutto l'art. 1394 c.c., secondo cui « il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato, può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo ».

(91) Parte della dottrina ha sentito l'esigenza di individuare una responsabilità del contraente anche nell'ipotesi di violenza del terzo, richiedendo che questa sia conosciuta o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ed interpretando quindi evolutivamente l'art. 1434 c.c.. In questo senso SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 150; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 912; ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, pp. 194-195.

(92) Su questi aspetti della giurisprudenza, cfr. la rassegna curata da FORMICA, in *Riv. dir. civ.*, 1958, II, pp. 40, 45 ss..

(93) Così GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 135: « È inutile fare espressa menzione dell'*eventus damni*, necessariamente compenetrato nel fatto di avere dato causa ad un contratto, che altrimenti non sarebbe stato concluso ». VISINTINI, *op. cit.*, p. 121: « L'annullamento si pone come rimedio analogo al risarcimento in quanto riparatore di un pregiudizio insito nella conclusione di un contratto che non si sarebbe posto in essere se non ci fosse stata la falsa rappresentazione della realtà provocata dal dolo ».

Qui, chiaramente, siamo di fronte ad una violazione, da parte del terzo contraente, del dovere di correttezza che gli impone di non contrattare col rappresentante, quando conosca (o debba conoscere) il conflitto di interessi fra questi ed il rappresentato. D'altra parte, la giurisprudenza ha interpretato la norma in modo da dar rilevanza, oltre che al conflitto di interessi, all'effettiva lesione di interessi subita dal *dominus* (94).

Analoga è la fattispecie prevista dall'art. 1395 (contratto con se stesso), in cui il rappresentante assume la qualifica di contraente, ed agisce scorrettamente concludendo il contratto con se stesso, in modo da pregiudicare l'interesse del *dominus*. È proprio questo pregiudizio a motivare la sanzione dell'annullamento: tant'è vero che quest'ultima non scatta nelle ipotesi in cui sussistano elementi tali da escludere l'esistenza di un contratto di interessi fra rappresentante e rappresentato (95).

Proseguendo nella rassegna delle norme codicistiche, viene in considerazione l'art. 1892 c.c., a norma del quale « le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave ».

Il dettato della norma è chiarissimo, nella parte in cui richiede, ai fini dell'annullamento, la *culpa in contrahendo* del soggetto assicurato ed il danno subito dall'assicuratore (96).

Richiedono infine la malafede di uno dei contraenti in sede di formazione del contratto, ai fini dell'annullamento, gli artt. 1971 e 1975 I comma c.c. in tema di transazione, e l'art. 1986 c.c. in tema di cessione dei beni ai creditori.

13. Nell'esposizione precedente si è cercato di ricostruire l'istituto dell'annullamento dei contratti secondo un criterio assiologico d'interpre-

(94) Cass., 8 marzo 1950, n. 586, in *Mass. Foro it.*, 1950, c. 129; Cass., 30 aprile 1954, n. 1352, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1019; Cass., 15 aprile 1959, n. 1125; nello stesso senso la Relazione al codice, n. 637: « L'atto che lede solo un interesse del rappresentato è annullabile ».

(95) Sul punto cfr. LUCARELLI, *Lesione*, cit., pp. 77-78.

(96) Così VISINTINI, *op. cit.*, pp. 75 ss., ed autori ivi citati, note 69 e 70. Parte della dottrina (BUTTARO, *Assicurazione*, in *Enc. dir.*, III, p. 486; ID., *Dolo e colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, pp. 743 ss., 749) ha ritenuto che anche il potere di recesso e la rettifica del contratto previsti dall'art. 1893 presuppongano l'esistenza di una colpa dell'assicurato, quindi la conoscibilità da parte sua delle circostanze influenti sul rischio.

tazione, c
traente da
tuisce il
trahendo

Il pa
trattuale
le si man
lisi dell'a
traente le
stra atten

Nell
mente ge
che all'il
sponsabi
principio

L'au
che ha t
effetti de

Nell
neggiato
« viene a
dell'illec

Di
risarcibi
diligenz
anche d
stension

Si t
avrebbe
non si p
mente e

Ve
spruden
sabilità
cato co
male ad

(97
(98
(99
(10

tazione, qualificandolo come strumento di tutela supplementare del contraente danneggiato, da porsi accanto al risarcimento del danno che costituisce il rimedio tradizionale apprestato in relazione alla *culpa in contrahendo*.

Il parallelismo tra la tutela rappresentata dalla responsabilità precontrattuale e quella costituita dall'annullamento del contratto pregiudizievole si manifesta peraltro anche in un'altra direzione, determinando la paralisi dell'azione di impugnativa ogni qualvolta il comportamento del contraente leso risulta difforme dall'ordinaria diligenza. Ciò richiama alla nostra attenzione il principio di autoresponsabilità (97).

Nell'attuale diritto positivo, questo principio ha una portata sicuramente generale, essendo riferito sia all'illecito contrattuale (art. 1227 c.c.) che all'illecito extracontrattuale (art. 2056 c.c.). Dall'inserzione della responsabilità precontrattuale in quest'ultimo *genus* risulta applicabilità del principio anche alla fase di formazione del contratto (98).

L'autoresponsabilità, in sostanza, esprime l'esigenza che il soggetto che ha tenuto un comportamento lesivo del proprio interesse sopporti gli effetti della sua azione od omissione.

Nelle ipotesi particolari in cui, accanto all'autoresponsabilità del danneggiato, sussiste anche la responsabilità di un altro soggetto, la prima « viene assunta come causa paralizzatrice, in tutto o in parte, degli effetti dell'illecito » (99).

Di qui la disposizione dell'art. 1227 c.c., secondo la quale non sono risarcibili i danni che il soggetto avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Interpretando la norma estensivamente, tenendo conto quindi anche del risarcimento del danno in forma specifica, ne deriverebbe l'estensione del principio in esame a qualsiasi rimedio giuridico.

Si tratterebbe del resto di una conclusione perfettamente logica: non avrebbe senso infatti imporre a terzi il rispetto dell'altrui interesse, ove non si ponesse a carico dello stesso interessato un onere di agire diligentemente e, conseguentemente, una sanzione per l'inosservanza di tale onere.

Venendo all'esame delle singole fattispecie di annullamento, la giurisprudenza ha innanzitutto spiegato, alla luce del principio di autoresponsabilità, l'irrilevanza del c.d. *dolus bonus*, che viene generalmente identificato con quelle astuzie inidonee a trarre in inganno una persona di normale accortezza, accertabili cioè con l'uso dell'ordinaria diligenza (100).

(97) Su cui cfr. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, cit..

(98) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 460.

(99) PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 459.

(100) In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 27 marzo 1954, n. 926; in *Giur. compl.*

Questa è l'unica tecnica possibile per distinguere il *dolus bonus* dal *dolus malus* nell'attuale sistema legislativo, mentre non sarebbe accettabile alcun criterio che facesse leva sull'*animus* o sulla natura dell'inganno adoperato.

Anche in tema di violenza, probabilmente, è possibile ricorrere al principio di autoresponsabilità per giustificare l'irrelevanza di quelle minacce inidonee a fare impressione sopra una persona sensata (sebbene in quest'ipotesi il parametro adottato sia diverso da quello della diligenza del buon padre di famiglia, data la particolare natura dell'illecito).

In materia di errore, si è ritenuto inapplicabile il rimedio dell'annullamento nei casi in cui alla mancata comunicazione di un errore riconoscibile si accompagna la colpa del soggetto errante; in altri termini, l'annullamento è stato condizionato, oltre che alla riconoscibilità da parte dell'altro contraente, alla scusabilità dell'errore (101), scusabilità che del resto è espressamente richiesta ai fini del risarcimento del danno (artt. 1338 e 1398 c.c.). È estremamente indicativo, in questo senso, il fatto che la dottrina sotto il codice del 1865 (102) aveva fatto ricorso al principio di autoresponsabilità per giustificare la scusabilità dell'errore, pur trovando difficoltà per l'assenza, nel codice abrogato, di una norma generale simile all'attuale art. 1227 c.c..

Anche con riferimento all'annullamento per reticenze dell'assicurato (art. 1892 c.c.) la giurisprudenza ha fatto frequente applicazione del principio di autoresponsabilità, negando l'annullamento ove si tratti di reticenze o menzogne relative a circostanze che l'assicuratore avrebbe potuto facilmente conoscere (103).

Cass. civ., 1954, V, p. 61; App. Bologna, 23 luglio 1955, in *Rep. Giur. it.*, 1956, voce *Obbl. e contr.*, n. 416; App. Firenze, 15 febbraio 1952, in *Giur. toscana*, 1952, p. 218; App. Torino, 5 giugno 1956, in *Rep. Giur. it.*, 1956, voce *cit.*, n. 415; App. Roma, 23 gennaio 1953, in *Temi romana*, 1954, p. 38.

(101) La dottrina prevalente nega la necessità del requisito della scusabilità. La ammettono invece PIETROBON, *op. cit.*, pp. 193 ss., spec. p. 198; PATANIA, *Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 199 ss.. In giurisprudenza, *Cass.*, 10 maggio 1942, n. 1221; *Cass.*, 16 luglio 1942, n. 2029; *Cass.*, 15 febbraio 1943, n. 344, in *Giur. it.*, 1943, I, 1, 200; *Cass.*, 15 febbraio 1946, n. 160; *Cass.*, 27 gennaio 1948, n. 120, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, 228; *Cass.*, 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 174; *Cass.*, 28 giugno 1950, n. 1665, in *Giur. Cass. civ.*, 1950, XXIX; *Cass.*, 31 gennaio 1953, n. 258; Trib. Genova, 19 gennaio 1955, in *Temi gen.*, 1955, p. 239; *Cass.*, 16 maggio 1960, n. 1177, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 112.

(102) MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, pp. 82-83.

(103) *Cass.*, 14 luglio 1943, n. 1803, in *Rep. Giur. it.*, 1943, voce *Obbl. e contr.*, nn. 88-89; *Cass.*, 13 agosto 1947, n. 1513, in *Mass. Giur. it.*, 1947, c. 415; Trib. Genova, 30 gennaio 1951, in *Assicuraz.*, 1951, II, 2, p. 101; Trib. Macerata, 25 aprile 1952, *ivi*, 1958, II, Mass. n. 12, p. XI; App. Genova, 5 dicembre 1951, *ivi*, 1952, II, 2, p. 120; Appello Genova, 15 maggio 1958, *ivi*, II, Mass. n. 66, p. XLIV.

Trattandosi infine di incapacità di agire, si è ritenuto che l'azione di annullamento risulti paralizzata per autoreponsabilità ove il contegno del soggetto sia stato preordinato allo scopo di concludere un contratto annullabile (*actio libera in causa*) (104).

14. A questo punto dell'indagine, occorre effettuare un raffronto, un parallelo tra gli istituti della rescissione e dell'annullamento che, come si è visto, realizzano entrambi la eliminazione del rapporto contrattuale che risulti lesivo di una situazione soggettiva. Delle differenze tra i due istituti indubbiamente sussistono, e riguardano il modo di operare sul regolamento negoziale e taluni profili di disciplina.

Sotto il primo aspetto, va notato che mentre l'annullamento è una forma di invalidità negoziale, la rescissione realizza solamente l'eliminazione dell'efficacia del contratto, agendo sul rapporto anziché sull'atto (105). Vi sono stati, bensì, dei tentativi di qualificare anche l'annullamento come forma di inefficacia del contratto (106), ma tali tentativi urtano inevitabilmente contro il dato positivo, in quanto più volte il codice qualifica l'annullabilità come forma di invalidità (artt. 1440-1444 c.c., art. 1892 ult. comma c.c.).

Vi sono poi sicuramente delle differenze di disciplina: si pensi alla prescrittibilità dell'eccezione di rescissione (art. 1449 II comma c.c.), all'inaffidabilità della convalida (art. 1449 I comma c.c.), all'impossibilità di rescindere i contratti aleatori (art. 1448 IV comma c.c.).

Tutto ciò, peraltro, non toglie che vi siano sicuramente delle convergenze, e dei punti di contatto tra i due rimedi. Identico è il fondamento delle due forme di impugnativa, individuabile, da un lato, nella lesione d'interesse subita da uno dei contraenti, e dall'altro nell'esistenza di un comportamento contrario alla buona fede precontrattuale (107).

Identica, d'altra parte, è l'origine storica dei due rimedi: la *restitutio in integrum* del diritto romano, successivamente designata, nel diritto in-

(104) SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Grosso e Santoro-Passarelli*, IV, Milano, 1961, p. 26.

(105) TOMMASINI, *Invalidità*, cit., p. 588; SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, p. 372.

(106) FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, pp. 270 ss.; AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, pp. 104 ss.; LUCARELLI, *Lesione*, cit., pp. 229 ss.. Nel senso invece di qualificare sia annullamento che rescissione come cause di invalidità negoziale, MIRABELLI, *La rescissione*, cit..

(107) In dottrina hanno riavvicinato i due istituti CHARDON, *Trattato del dolo e della frode*, trad. it., Napoli, 1929-1930, pp. 29-30; RESCIGNO, *Incapacità naturale*, cit., pp. 56 ss.; CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 112; MIRABELLI, *La rescissione*, cit., pp. 105 ss.; LUCARELLI, *Lesione*, cit., pp. 24 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 223-224.

termedio, indifferentemente come *rescissio*, *restitutio*, *annullatio* (108). Il processo successivo di differenziazione ha condotto a soluzioni divergenti: si pensi al fatto che, mentre il codice civile francese del 1804 qualifica come causa di rescissione del contratto l'incapacità di agire (art. 1305), nel nostro ordinamento la stessa costituisce causa di annullabilità; inoltre, i precedenti legislativi degli attuali artt. 1447 e 1448 c.c. (art. 7 legge 14 giugno 1925, n. 938 — art. 22 del progetto italo-francese di un codice unico delle obbligazioni e dei contratti — Progetto preliminare al libro delle obbligazioni del 1936) definivano come ipotesi di annullamento i rimedi contro la lesione enorme ed il contratto concluso in stato di pericolo.

Alla luce di queste considerazioni risulta discutibile la scelta operata dal legislatore del 1942, nel distinguere le due categorie dei rimedi, sotto il profilo dell'efficacia e dei presupposti di esercizio dell'azione; meglio sarebbe stato indubbiamente riunificare in un unico istituto i rimedi volti all'eliminazione del contratto, come del resto si era tentato nel progetto preliminare del 1936.

15. Nei casi in cui l'ordinamento giuridico consente ad un soggetto di impugnare il contratto lesivo del proprio interesse, prevede anche la possibilità che il soggetto responsabile paralizzi l'azione di annullamento o di rescissione, offrendo una modificazione del contratto, tale da rimuovere il pregiudizio dalla sfera giuridica della controparte (artt. 1432 e 1450 c.c.) (109).

L'origine storica di queste norme risale al sistema giustiniano, in cui, come è noto, l'autore dell'illecito poteva paralizzare l'azione del soggetto danneggiato (*actio arbitraria*) mediante la *restitutio*, rimuovendo cioè la lesione a proprie spese. La *ratio* dell'istituto, quindi, va individuata, più che nel principio di conservazione del contratto, nella stessa struttura logica dei rimedi considerati, che presuppongono l'esistenza di una grave lesione, e non possono essere esperiti, quindi, ove la lesione manchi o venga successivamente a mancare.

Questa disciplina, d'altronde, consente di instaurare un utile parallelismo tra la responsabilità *in contrahendo* e quella *in adimplendo*. Anche

(108) ZANI, *L'evoluzione*, cit., pp. 235 ss.

(109) L'art. 1423, pur riferendosi espressamente alla sola ipotesi dell'errore, è stato esteso analogicamente dalla dottrina anche alle altre ipotesi di annullamento. In questo senso RESCIGNO, *Incapacità naturale*, cit., p. 66; LUCARELLI, *Lesione*, cit., p. 133; *Relazione al codice*, n. 654: «l'annullabilità del contratto "per vizio del consenso" deve essere eccepita di buona fede, e così l'offerta di modificare il contratto in modo da purgarne l'anomalia impedisce di far valere il vizio».

in relazione alle anomalie verificatesi in sede di esecuzione del contratto, l'eliminazione di quest'ultimo (mediante il meccanismo della risoluzione) opera ove sussista una lesione dell'interesse contrattuale che non possa venire sanata.

Di conseguenza, la risoluzione per inadempimento è condizionata al fatto che l'inadempimento o il ritardo non abbia scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse del creditore (art. 1455 c.c.); in caso contrario, al debitore moroso è consentito di adempiere, e quindi di evitare la risoluzione. Anche la risoluzione per impossibilità sopravvenuta parziale presuppone che la parte « non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale » (art. 1464 c.c.).

L'azione di risoluzione per eccessiva onerosità, infine, è condizionata all'esistenza di una lesione, e può essere paralizzata dall'offerta di modificazione delle condizioni contrattuali (art. 1467 c.c.).

16. Accanto ai casi in cui la lesione assume una gravità tale da anientare completamente l'interesse contrattuale, a cui corrisponde il rimedio della eliminazione del contratto pregiudizievole, è possibile enucleare delle ipotesi caratterizzate dall'esistenza di un danno di minore entità, suscettibile di essere rimosso pur mantenendo in vita il negozio. Si tratta dei vizi c.d. « incidenti », che ricorrono ogni qualvolta, come conseguenza del comportamento di mala fede di una delle parti, è stata conclusa una convenzione a condizioni svantaggiose per la controparte, difformi rispetto a quelle che sarebbero state stipulate in assenza della mala fede stessa. Certamente qui ricorre un caso di responsabilità precontrattuale, ed il soggetto danneggiato può ottenere il risarcimento dei danni per equivalente; ma ciò non toglie che possa ricorrere l'esigenza di una tutela più intensa, che già in una prima approssimazione è possibile identificare con la modificazione o sostituzione delle clausole pregiudizievoli: in una parola, con la rettifica del contratto.

Quando l'anomalia investe la fase di esecuzione del programma negoziale, l'ordinamento segue proprio questa via attribuendo alla persona danneggiata il potere di chiedere la risoluzione del contratto o la riduzione della propria prestazione, a seconda del grado di intensità che la lesione concretamente assume.

Ciò avviene, innanzitutto, nelle ipotesi di inesatto adempimento di una delle prestazioni scaturenti, ad esempio, dai contratti di compravendita (artt. 1480; 1484; 1489; 1492 c.c.), locazione (art. 1578 c.c.), appalto (art. 1668 c.c.), contratto d'opera (art. 2226 ult. comma c.c.).

In ciascuna di queste fattispecie, risoluzione e rettifica del contratto costituiscono dei rimedi concessi ad uno dei contraenti, in relazione ad un comportamento della controparte che costituisca fonte di responsabilità contrattuale.

Altrove, invece, il potere di chiedere l'eliminazione e la rettifica del contratto viene attribuito dall'ordinamento a prescindere da una situazione di responsabilità, in relazione all'esigenza di riequilibrare le prestazioni corrispettive. Così ad esempio nei casi di impossibilità parziale sopravvenuta di una delle prestazioni (art. 1464 c.c.); di differenza della misura effettiva dell'immobile venduto rispetto a quella indicata nel contratto (artt. 1537-1538 c.c.); di riparazioni della cosa locata (art. 1584 c.c.); di perdita fortuita dei frutti nell'affitto di fondi rustici (artt. 1635-1636 c.c.).

Anche per ciò che attiene alle anomalie della fase di formazione del negozio, un sistema organico di tutela dovrebbe prevedere l'alternativa eliminazione-rettifica del contratto, magari rimettendo al soggetto danneggiato la scelta tra i due rimedi, e quindi la valutazione del grado di incidenza dell'illecito sul proprio interesse contrattuale (110).

Il nostro codice, peraltro, prevede espressamente l'applicabilità del rimedio in relazione ad ipotesi di *culpa in contrahendo* solo in due casi: mancata comunicazione di un errore di calcolo riconoscibile (art. 1430 c.c.) (111) e dichiarazioni inesatte o reticenti nel contratto di assicurazione (art. 1893 II comma c.c.). Negli altri casi di vizio incidente (se si accetta l'ipotesi del dolo incidente, per cui è previsto il rimedio del risarcimento) la legge non dispone.

Si pensi alla violenza incidentale (112); al conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato, alle reticenze con dolo o colpa grave nel contratto di assicurazione, al contratto concluso in stato di pericolo o di bisogno, quando la lesione è parziale ed investe solo modalità accessorie del contratto; evidentemente in questi casi l'eliminazione del contratto sarebbe una misura esorbitante e non realizzerebbe l'interesse di nessuno dei contraenti (113).

(110) In questo senso, *de iure condendo* VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, pp. 307 ss., 311. Nella dottrina tedesca cfr. BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, karlsruhe, 1960, pp. 7 e 8.

(111) Il PIAZZA, *L'errore di calcolo e l'art. 1430 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, pp. 610-611, ritiene che la disposizione dell'art. 1430 c.c. è suscettibile di essere estesa a tutte le fattispecie di errore « incidente », cioè non essenziale.

(112) Sulla configurabilità del *metus incidens* cfr. LUCARELLI, *Lesione*, cit. pp. 120 ss..

(113) Sensibile a quest'esigenza, parte della dottrina ha tentato di costruire la figura dell'annullabilità parziale, in analogia con la nullità parziale. In tal senso CARIOTA-FERRARA,

Si tratta di vedere, a questo punto, se mediante il ricorso all'analogia ed ai principi generali del nostro ordinamento sia possibile estendere il rimedio della rettifica alle ipotesi di lesione incidentale in cui non è espressamente previsto.

L'applicazione del meccanismo dell'analogia potrebbe venire preclusa ove gli artt. 1430 e 1893 c.c. rivestissero il carattere di norme eccezionali (art. 14 disp. prel.), contrastanti cioè con un principio generale del nostro ordinamento.

Poiché la rettifica, sostanzialmente, finisce col vincolare il contraente responsabile ad un risultato di fatto non concordato, si potrebbe negare la sua estensione analogica facendo leva sul principio di autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) (114). È stato probabilmente questo dogma la causa dell'insufficiente approfondimento dell'istituto in esame da parte della dottrina (115), e della mancata previsione dello stesso come rimedio di carattere generale nell'attuale codice (116). Senonché, un esame più attento del principio di autonomia negoziale consente di superare tale obiezione.

Infatti, l'autonomia privata non è oggetto immediato e diretto di tutela da parte del diritto, ma viene in considerazione solo come « strumento di realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico » (117). Ebbene, nel nostro caso non può certo qualificarsi « meritevole di tutela » l'interesse del soggetto responsabile a mantenere le condizioni contrattuali ottenute col proprio comportamento scorret-

Il negozio giuridico, cit. p. 364; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, pp. 269 ss.; *contra* DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, pp. 16 ss., il quale ritiene che l'annullabilità colpisca solo quei contratti inficiati da un vizio « determinante », e quindi debba investire necessariamente l'intero contratto.

(114) Così LUCARELLI, p. 118.

(115) Questa lacuna della dottrina è stata rilevata da BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore*, cit., p. 157 nota 59.

(116) Esistono infatti dei precedenti legislativi molto significativi sotto questo aspetto, che probabilmente non sono stati riprodotti nel codice del '42 per la remora costituita dall'autonomia privata. Art. 22 del progetto italo-francese: « Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto ed alla prestazione dell'altro contraente... il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione ». Art. 7 della legge n. 938 del 1925: « Ogni convenzione di assistenza o salvataggio stipulata al momento e sotto l'influenza del pericolo può, a richiesta di una delle parti, essere annullata o modificata dall'Autorità giudiziaria, se questa reputi che le condizioni convenute non siano eque. In questi casi, allorché sia provato che il consenso di una delle parti è viziato da dolo o da reticenza, oppure allorché il compenso sia, in misura eccessiva nell'un senso o nell'altro, sproporzionato al servizio reso, la convenzione può essere annullata o modificata dal giudice, su richiesta della parte interessata ».

(117) In questo senso LUCARELLI, *op. cit.*, p. 10; Il PUGLIATTI, *Interesse privato e interesse pubblico nel libro delle obbligazioni*, in *Diritto civile (saggi)*, Milano, 1961, p. 172, parla di un « sistema di interessi » come oggetto di tutela dell'ordinamento giuridico.

to: siamo cioè fuori dall'ambito di applicazione e dalla portata logica dell'art. 1322 c.c..

Il carattere eccezionale delle norme che disciplinano la rettifica non dovrebbe costituire quindi un ostacolo all'applicazione del meccanismo analogico. In questo senso potrebbe deporre un'altra circostanza: vi sono delle ipotesi in cui alla lesione dell'interesse privato di uno dei contraenti si accompagna la lesione di un interesse pubblico, o generale, il che avviene quando viene violata una norma inderogabile, posta a tutela di intere categorie di contraenti. In questa eventualità, l'ordinamento prevede una rettifica del contenuto contrattuale, da attuarsi mediante la sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti con le clausole o i prezzi di beni o servizi imposti dalla legge (art. 1339 c.c.) (118).

La sostituzione opera automaticamente (il che costituisce un riflesso dell'interesse generale tutelato accanto all'interesse privato di uno dei contraenti), ma ciò non ha impedito al Barcellona di configurare l'istituto come rimedio contro un illecito precontrattuale (119), avente carattere generale.

Si potrebbe poi fare un'ulteriore considerazione: un volta ammesso che l'interesse del contraente in buona fede assume, nella gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento giuridico, un ruolo poziore rispetto all'interesse dell'autore dell'illecito, sarebbe quanto meno inopportuno negare l'iniziativa per la rettifica alla vittima dell'illecito, dato che la si attribuisce in più casi (artt. 1432, 1450 c.c.) all'altro contraente, che ha agito contro le regole della correttezza.

È chiaro che, di fronte al silenzio del legislatore, l'estensione analogica delle norme sulla rettifica appare quanto meno ardita, ma d'altra parte, ove fosse possibile giungere a tale risultato, ne deriverebbe la costruzione di un organico sistema di tutela dell'interesse contrattuale nella fase di formazione del programma negoziale.

CAPITOLO III

IL RISARCIMENTO DEL DANNO

1. Se è visto che il risarcimento del danno rappresenta l'unico rimedio che l'ordinamento giuridico appresta a tutela del soggetto danneg-

(118). Sulla funzione sanzionatoria dell'art. 1339 c.c. cfr. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., p. 179 ss..

(119). *Op. ult. cit.*, p. 185.

giato in sede di trattative contrattuali. Quanto al periodo di formazione del contratto, lo strumento potrà trovare applicazione nell'eventualità in cui la reintegrazione in forma specifica non sia possibile, o non sia sufficiente a riparare la lesione d'interesse.

L'applicazione di detto rimedio, sebbene non sia prevista dalla norma generale dell'art. 1337 c.c., è comunemente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza: a tale conclusione si giunge mediante il ricorso ai principi generali in tema di illecito civile (atteggiandosi il risarcimento del danno come sanzione tipica che l'ordinamento ricollega ad ogni situazione di responsabilità), attraverso il collegamento tra gli artt. 1337 e 2043 c.c. (120), ed infine generalizzando la portata delle varie disposizioni (artt. 1338, 1398, 1440 c.c.) che costituiscono applicazione dell'art. 1337 c.c..

Il risarcimento, d'altronde, si determina sulla base dei criteri legislativi dettati negli artt. 1223, 1226, 1227 c.c.; norme, queste, riferibili all'intera area dell'illecito civile, in conseguenza del richiamo effettuato dall'art. 2056 c.c..

Il risarcimento deve quindi comprendere così la perdita subita (*damnum emergens*) come il mancato guadagno (*lucrum cessans*), in quanto siano conseguenza immediata e diretta dall'illecito precontrattuale (art. 1223 c.c.); inoltre, ogni qualvolta il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (art. 1226 c.c.); l'art. 1227 c.c., infine, sancisce il principio di autoresponsabilità, determinando pertanto l'esclusione o la diminuzione del risarcimento in relazione a quei danni che potevano essere evitati, in tutto o in parte, mediante un contegno diligente. Applicazioni di questo principio alla fase di formazione del contratto sono contenute negli artt. 1338 e 1398 c.c., nella parte in cui viene richiesto un affidamento incolpevole del soggetto danneggiato ai fini del risarcimento.

Risulta invece inapplicabile l'art. 1225 c.c., che, con riferimento alle ipotesi di inadempimento colposo di una obbligazione, limita il risarcimento ai soli danni prevedibili al momento della costituzione del rapporto. A parte il fatto che la distinzione colpa-dolo non è sempre applicabile, data la natura oggettiva della responsabilità *ex art.* 1337 c.c. (121), la *ratio* della norma non è certamente compatibile con la struttura dell'illecito precontrattuale. L'art. 1225 c.c., infatti, presuppone l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra due soggetti determinati, al sorgere del qua-

(120) V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., pp. 33-34; PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, cit., p. 460.

(121) RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 219.

le le parti abbiano effettuato una determinata valutazione del rischio, mentre nel nostro caso non vi è un momento preciso a cui rapportare tale prevedibilità. D'altra parte, la soluzione in questo senso appare forzata, ove si inquadri la fattispecie in esame nell'ambito della responsabilità aquiliana (dato il mancato richiamo dell'art. 1225 c.c. da parte dell'art. 2056 c.c.).

Secondo un costante insegnamento dottrinale e giurisprudenziale, l'entità del risarcimento deve essere circoscritta nei limiti del c.d. « interesse negativo »: con questa formula si suole indicare l'interesse a non concludere il contratto e a non iniziare neppure le trattative, in vista di un contratto che poi non è giunto a conclusione (*id quod interest contractum initum non fuisse*). Il risarcimento, pertanto, dovrebbe essere limitato « alle spese che la controparte ha sostenuto in previsione della conclusione del contratto e alle perdite sofferte per altre occasioni che siano venute meno o rifiutate, sempre che, naturalmente, le une e le altre siano dipendenti da trattative non riuscite » (122).

Questa massima ricorrente ricalca le orme dello Jhering il quale, nella sua monografia del 1861 (che come è noto diede l'avvio alla teoria della *culpa in contrahendo*) distingue l'interesse negativo (*negatives Vertrauensinteresse*), inteso come interesse alla non conclusione del contratto (*Interesse am Nichtabschluss des Contrats*), dall'interesse positivo, o interesse all'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto medesimo (*Erfüllungsinteresse*) (123).

Il concetto, assai preciso, è stato accolto dai moderni legislatori: così il B.G.B., nei parr. 122 e 179; parimenti il nostro codice, agli artt. 1338 e 1398 parla di « danno risentito dalla parte per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto ».

Senonché questa affermazione, originariamente formulata con riferimento ai casi di conclusione di un contratto nullo (e poi di recesso dalle trattative) è stata generalizzata, ed estesa alla figura generale della responsabilità precontrattuale, finendosi addirittura col ritenere che *culpa in contrahendo* e interesse negativo costituiscano un binomio inscindibile: di qui le critiche dottrinali al concetto di interesse negativo, volte a precisare la relatività della nozione e la sua insufficienza in molte fattispecie di responsabilità *in contrahendo* (124).

(122) Cass., 28 marzo 1955, n. 923, in *Rep. foro it.*, 1955, V. *Obbl. e contr.*, n. 101.

(123) JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 340.

(124) Per queste critiche, cfr. V.M. TRIMARCHI, *Appunti*, cit., pp. 74 ss.; BENATTI, *La responsabilità*, cit., pp. 153 ss.; VISINTINI, *La reticenza*, cit., pp. 321 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pp. 210 ss..

È necessario, in primo luogo, sfatare la convinzione secondo cui non vi sarebbe risarcimento dell'interesse negativo al di fuori della responsabilità precontrattuale. È possibile, viceversa, enucleare dal codice civile una serie di disposizioni che dimostrano esattamente il contrario.

Innanzitutto, l'art. 1328 c.c. che, secondo la migliore dottrina, configura una responsabilità per atto lecito del soggetto revocante (125), pone a carico di quest'ultimo un obbligo di indennizzare la controparte « delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto »: trattasi chiaramente di un caso di interesse negativo.

Vi sono gli artt. 1479 e 1493 c.c., relativi rispettivamente alla vendita di cosa altrui o di cosa affetta da vizi, che obbligano il venditore a rimborsare alla controparte (che chieda la risoluzione del rapporto) « le spese ed i pagamenti legittimamente fatti per la vendita ».

Più in generale, poi, si ritiene che quando si domandano congiuntamente risoluzione del contratto e risarcimento (art. 1453 c.c.), quest'ultimo « tende a collocare il contraente che ha adempiuto in quella stessa situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se il contratto non fosse stato concluso » (126).

Accanto a queste ipotesi, che chiaramente si inseriscono nel sistema dell'art. 1218 c.c., se ne colloca un'altra: si pensi all'eventualità che la mancata conclusione del contratto, e quindi la lesione d'interesse subita da una delle parti, si ricollegli al comportamento illecito tenuto da un terzo: il danno, in questo caso, si atteggia allo stesso modo, come interesse negativo, ma la responsabilità cui il risarcimento deve essere ricollegato è extracontrattuale.

2. La nozione di « interesse negativo », oltre a non essere esclusiva della responsabilità precontrattuale, deve ritenersi d'altra parte riferibile a quelle sole ipotesi caratterizzate dalla non conclusione del contratto, o dalla conclusione di un contratto invalido che leda l'affidamento di una delle parti.

Abbiamo visto che è proprio in relazione a queste fattispecie che si è formata, sul piano storico, la nozione di interesse negativo, inteso quale interesse alla non conclusione del negozio; d'altra parte, il concetto è previsto legislativamente solo in relazione ai casi di mancata comunica-

(125) Così, fra gli altri, BESSONE, *Rapporto precontrattuale*, cit., pp. 100 ss..

(126) CARNELUTTI, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. Comm.*, 1923, II, pp. 329 e 330; BIGIAMI, *La rivendicazione del venditore*, Padova, 1935, p. 74, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 154.

zione di cause di invalidità (art. 1338 c.c.) o inefficacia (art. 1398 c.c.), mentre se il legislatore avesse voluto estenderlo a tutte le ipotesi di responsabilità precontrattuale lo avrebbe fatto espressamente, nella disposizione generale dell'art. 1337 c.c..

Partendo da tali considerazioni, si è rilevata « l'assoluta inconsistenza di un preteso principio generale in base al quale la trasgressione della regola di buona fede dovrebbe comportare necessariamente un risarcimento del danno nei limiti dell'interesse contrattuale negativo. In realtà, la determinazione del risarcimento va individuata sulla base della natura dell'interesse violato » (127).

La considerazione da cui bisogna partire è proprio quella della estrema eterogeneità degli interessi tutelati attraverso i meccanismi di *culpa in contrahendo*: è necessario, quindi, individuare volta per volta quale interesse sia stato leso dalla trasgressione della regola di buona fede.

È possibile, ad esempio, che il danno consista nel ritardo con cui si è pervenuti alla conclusione del contratto, nelle maggiori spese sostenute in conseguenza dell'altrui mala fede, o nella perdita derivante dall'indenizzo di un subacquirente per la mancata o ritardata consegna della cosa. In tutti questi casi, parlare semplicemente di interesse negativo sarebbe evidentemente errato.

Trattandosi poi di contratto concluso a condizioni svantaggiose per una delle parti, certamente non sarà risarcibile l'interesse alla non conclusione del contratto: « in questo caso, parlare di risarcimento del danno per aver confidato nella perfezione e validità del contratto (circostanze tutte verificatesi) è un assoluto non senso » (128). Si è addirittura sostenuto in dottrina che vi sarebbero dei casi in cui la natura dell'interesse leso impone di ammettere l'esistenza di un risarcimento corrispondente (in una certa misura) all'interesse contrattuale positivo. Così, ad esempio, nel dolo incidente: il danno, qui, andrebbe posto in relazione con le « condizioni diverse » a cui il contratto è stato concluso; pertanto il risarcimento assumerebbe la funzione di soddisfacimento, sia pure in via sostitutiva, di quell'assetto di interessi che avrebbe dovuto essere programmato ove non vi fossero stati i raggiri (129).

Con riferimento alle ipotesi di vizio determinante, causa di annullamento o di rescissione, occorre distinguere. Se il risarcimento viene chiesto cumulativamente con l'annullamento o la rescissione, evidentemente

(127) RAVAZZONI, *La formazione*, cit., p. 217.

(128) RAVAZZONI, *op. cit.*, p. 214.

(129) RAVAZZONI, pp. 215-216.

dovrà essere determinato alla stregua dell'interesse negativo, in modo cioè da reintegrare il patrimonio del soggetto nello stato in cui si sarebbe trovato se il contratto non fosse stato stipulato. È però possibile che il soggetto legittimato ad impugnare preferisca convalidare il contratto, o comunque astenersi dall'impugnativa. In tal caso, egli potrà ugualmente chiedere il risarcimento (130), che stavolta dovrebbe essere quantificato in maniera diversa, in modo da garantire al soggetto il soddisfacimento delle ragioni che sarebbero derivate dal contratto ove non vi fosse stato il comportamento illecito della controparte (131).

3. La nozione di interesse negativo risulta invece pienamente soddisfacente in relazione ai casi di responsabilità in sede di trattative: recesso dalle trattative, revoca ingiustificata della proposta contrattuale, nonché le fattispecie di cui agli artt. 1338 e 1398 c.c.. Ciò non toglie però che vi siano ancora incertezze, in dottrina e giurisprudenza, circa i criteri di quantificazione del risarcimento dell'interesse negativo.

Un primo problema attiene al risarcimento delle c.d. occasioni perdute (lucro cessante). La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso che « il danno risarcibile per il recesso ingiustificato dalle trattative contrattuali si commisura al solo interesse acché non venissero iniziate le trattative, e si traduce, sotto il profilo del danno emergente, nelle spese sostenute in vista del contratto non concluso, e quanto al lucro cessante, nei vantaggi che si sarebbero potuti conseguire se, nella ragionevole previsione che il contratto sarebbe stato concluso, non fossero state rifiutate o lasciate cadere altre occasioni, presentatesi nel corso delle trattative, di concludere con altri un contratto identico o simile a quello non concluso » (132). Non ha riscosso particolari consensi, invece, l'indirizzo opposto, diretto a limitare il risarcimento al solo danno emergente (133).

Ciò non toglie, peraltro, che possano sorgere delle difficoltà nella individuazione e determinazione delle c.d. occasioni perdute, in relazione a numerosi fattori di carattere soggettivo ed oggettivo non sempre facilmente controllabili. Di qui l'affermazione che « il potere-dovere del giudice di far ricorso alla liquidazione del danno in via equitativa, quando la prova relativa al suo preciso ammontare sia impossibile o

(130) Così BENATTI, *op. cit.*, p. 68.

(131) In questo senso, esplicitamente, BENATTI, *op. cit.*

(132) Cass., 13 aprile 1973, n. 1057, in *Mass. Giust. civ.*, 1973, p. 562.

(133) Cass., 15 febbraio 1971, n. 372, in *Mass. Giust. civ.*, 1971, p. 211; Cass., 9 aprile 1954, n. 1118, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, II, p. 640.

estremamente difficile, trova precisa applicazione nell'ipotesi di danni derivanti da recesso ingiustificato... » (134).

Un ultimo problema, infine, è quello concernente la possibilità che l'interesse negativo sia superiore a quello positivo.

La soluzione affermativa, sostenuta dallo stesso Jhering, si basa sulla considerazione pratica che è ben possibile che « l'utilità corrispondente alle perdute occasioni di altri contratti, da sola o in aggiunta alle spese che si sarebbero risparmiate, potrebbe (eventualmente) superare l'utilità che il contratto concluso ... avrebbe, in ipotesi, assicurato » (135).

La soluzione opposta, d'altra parte, si fonda soprattutto sulla circostanza che la limitazione è stata espressamente prevista dal legislatore tedesco (parr. 122 e 179 B.G.B.): circostanza che non ha importanza alcuna, visto che nel nostro ordinamento le uniche norme da cui si ricava la regola per stabilire l'entità dei danni risarcibili (artt. 1223, 1226, 1227 c.c.) non pongono alcuna limitazione (136). Altrettanto inaccettabile è il ricorso all'art. 1225 c.c., nel senso che le parti, in sede di programmazione, potrebbero prevedere al massimo la lesione dell'interesse positivo (137): la norma, infatti, è chiaramente inapplicabile alla responsabilità precontrattuale, (*supra*, par. 1), essendo tutt'altro che scontata la premessa relativa alla natura contrattuale di essa.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, *Appunti sulla responsabilità precontrattuale nella prospettiva della comparazione giuridica*, in *Resp. civ.*, 1981.
- ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955.
- AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957.
- BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.
- BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur.*, 1928.
- BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, II, 1972.
- BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1965.
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946.
- BUTTARO, *Assicurazioni*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.

(134) App. Roma, 31 marzo 1971, in *Giur. merito*, 1973, I, p. 32; App. Palermo, 16 Aprile 1971, in *Giur. mer.*, 1973, p. 603.

(135) DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 344.

(136) Così BENATTI, *La responsabilità*, cit., p. 151.

(137) Così, da ultimo, VISINTINI, *La reticenza*, cit., p. 323.

- BUTTARO, *Dolo e colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962.
- BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe, 1960.
- BIGIAVI, *La rivendicazione del venditore*, Padova, 1935.
- CANDIAN, *Contributo alla dottrina dell'usura e della lesione nel diritto positivo italiano*, Milano, 1946.
- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, (s.d.).
- CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1968.
- CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.
- CERVELLI, *Incapacità di agire (Rassegna di dottrina e giurisprudenza)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972.
- CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962.
- CRISCUOLI, *La nullità parziale nel negozio giuridico*, Milano, 1959.
- CARNELUTTI, *Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1923.
- CHARDON, *Trattato del dolo e della frode*, trad. it., Napoli, 1929-1930.
- DAL MARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963.
- DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979.
- DE LUCA, *Istituta civile*, Venezia, MDCCXLIII, II.
- DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro ordine naturale*, Firenze, 1834.
- FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.
- FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1979.
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FALZEA, *Capacità*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978.
- FALZEA, *Apparenza*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978.
- FALZEA, *Fatto giuridico*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1978.
- FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi per Fadda*, III, Napoli, 1906.
- FORMICA, *Vizi del volere (dolo)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1958.
- FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- GIORDANO, *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1954.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1924.
- GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975.
- GRANATA, *Natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. Cass. civ.*, IV, 1954.
- GROZIO, *De iure belli ac pacis*, II, Lausanne, MDCCLI.
- HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss*, Leipzig, 1924.
- JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten Verträgen*, in *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1882.
- KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, Paris, 1967.
- LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, II, Catania, 1979.
- LUCARELLI, *Lezione di interesse e annullamento del contratto*, Milano, 1964.
- LUZZATTO, *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.
- MOSCO, *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, in *Giur. Cass. civ.*, III, 1947.
- MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962.
- MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1958.

- MENGGONI, *Sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1956.
- MENGGONI, *Profili di una revisione della teoria per i vizi della vendita*, in *Studi in onore di A. De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955.
- PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.
- PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.
- PUGLIATTI, *Alterum non leadere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958.
- PUGLIATTI, *Interesse privato e interesse pubblico nel libro delle obbligazioni*, in *Diritto civile (Saggi)*, Milano, 1951.
- PATANIA, *Sulla scusabilità e riconoscibilità dell'errore*, in *Foro it.*, IV, 1958.
- PIAZZA, *L'errore di calcolo e l'art. 1430 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964.
- PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo*, New York-London, 1964.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1976.
- RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I. Le fasi del procedimento*, Milano, 1966.
- RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, le regole di comportamento*, Milano, 1974.
- RASI, *La responsabilità precontrattuale (Rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1974.
- REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931.
- REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950.
- ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Lyon, 1911.
- ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977.
- ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, I, 1975.
- RESCIGNO, *Incapacità naturale ed adempimento*, Napoli, 1950.
- SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia, culpa in eligendo e apparenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951.
- SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. it.*, I, 1948.
- SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1938.
- TOMMASINI, *Invalidità*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972.
- TALASSANO, *Illecito civile e illecito penale nella lesione enorme*, in *Foro pad.*, I, 1946.
- TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.
- TRIMARCHI P., *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI V.M., *Appunti in tema di responsabilità precontrattuale*, Milano, 1958.
- TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941.
- VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
- VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.
- VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961.
- ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema di vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927.
- ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961.