

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXI
N. 6 NOVEMBRE-DICEMBRE 2006

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Contratto**
Acquisto di immobili da costruire; contratti di negoziazione e di gestione di portafoglio; responsabilità dell'intermediario finanziario; i vincoli di destinazione; il *pactum de tractando*.
- **Diritti della personalità**
Trattamento di dati personali; consenso ai trattamenti sanitari.
- **Società**
Diritto societario e diritto comune; il sistema dualistico; i patrimoni di destinazione; responsabilità degli amministratori di s.r.l.; fusioni bancarie.
- **Indici generali 2006**

CEDAM

Culpa in contrahendo e pactum de tractando:
rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale

1. - *L'art. 1440 c.c. è, dunque, espressione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c.*

La S.C., verso la fine del secolo scorso (1), ha chiarito che la norma dell'art. 1440 c.c., contrariamente a quanto veniva sostenuto da una parte della dottrina (2), non è una norma eccezionale, bensì una norma che costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (3), che impone alla parte un dovere di corret-

(1) Cfr. Cass., sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, c. 1192; in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3303, la quale ha statuito che «la norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto» e che «il danno risarcibile nell'ipotesi del dolo incidente, prevista dall'art. 1440 c.c., non si esaurisce nelle diverse condizioni alle quali l'accordo viene concluso, bensì si estende alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto; rilevano sia il danno emergente che il lucro cessante (nella specie, il venditore che aveva ommesso di informare l'acquirente della sussistenza di un giudizio petitorio sul fondo oggetto di compravendita risponde anche dei danni derivanti dalla sospensione dei pagamenti da parte di terzi successivi acquirenti e dalla dazione di garanzie in loro favore)».

(2) Cfr. MENGONI, *Metus causam dans e Metus incidens*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 28; DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullamento del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 26; MESSINEO, *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, *Il contratto in generale*, XXI, 2, Milano, 1972, p. 357. Si v., da ultimo, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. resp. civ.*, I, Milano, p. 1064 s. Per la non eccezionalità dell'art. 1440 c.c. si v. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 117, nota 40; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 128 ss. e p. 131; LUCARELLI, *Lesione d'interessi e annullamento del contratto*, Milano, 1964, p. 96 ss. e p. 124; QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, p. 85 e p. 94. La questione è stata recentemente messa in rilievo da FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, p. 298, ed ivi ulteriori riferimenti.

(3) Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, IV, 2, Torino, 1961, p. 563; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 14; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 15; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 943; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 22 e p. 131.

tezza nel corso della formazione del contratto ⁽⁴⁾, pena il risarcimento dei danni.

2. - *L'art. 1337 c.c. è, dunque, una clausola generale applicabile anche dopo la conclusione del contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto*

La S.C., sempre verso la fine del secolo scorso ⁽⁵⁾, ha chiarito che l'affermazione secondo la quale con la stipula del contratto è preclusa la configurabilità di una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* ⁽⁶⁾, è cor-

⁽⁴⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, tomo I, IV ed., Padova, 2004, p. 629 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1988, p. 1 ss., ed ivi ulteriori riferimenti; ID., *Le trattative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, p. 137 ss.; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 100 ss.; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed., Padova, 2005, p. 254 ss.; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 9 ss.; BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *questa rivista*, 1987, p. 287 ss.; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 162 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Galgano, Padova, 2002, p. 161 ss. e p. 195 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., sez. III, 16 ottobre 1998, n. 10249, rel. Lupo, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 89; in *Danno e resp.*, 1999, p. 419, con nota di Lambo; in *Contratti*, 1999, p. 329, con nota di MUCIO, commentata da MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 178 e p. 249 s., la quale ha statuito che «il comportamento scorretto di una parte, che abbia determinato un sensibile ritardo nella conclusione del contratto, la quale sarebbe avvenuta in epoca precedente qualora la parte stessa si fosse comportata in buona fede, è fonte di responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., senza che rilevi in senso contrario l'avvenuto perfezionamento del contratto (il quale è causa d'insussistenza della responsabilità precontrattuale solo nell'ipotesi di responsabilità per recesso dalle trattative)».

⁽⁶⁾ Cfr. Cass., sez. II, 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corriere giur.*, 1994, 986, con nota di Vittoria, la quale ha statuito che «il fatto che l'accordo si formi a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti non avesse tenuto verso l'altra un comportamento contrario a buona fede non rileva come ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* perché la configurabilità di questa è preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto»; Cass., sez. III, 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1766, con nota di Caringella; Cass., 11 settembre 1989, n. 3922, la quale ha statuito che «la responsabilità precontrattuale - la quale presuppone che il contratto non sia stato concluso e comunque non validamente concluso - può configurarsi tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, per cui se lo svolgimento di queste ultime è, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento sulla conclusione del contratto, la parte che violi l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (il cui accertamento costituisce apprezzamento di merito che sfugge al controllo della cassazione) è tenuto nei confronti dell'altra parte al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo».

retta solo per quanto attiene all'ipotesi di responsabilità consistente nel recesso dalle trattative. Tale recesso va escluso proprio per il fatto che le trattative sono poi sfociate nel contratto, onde non è configurabile la detta ipotesi di responsabilità precontrattuale. La stessa affermazione, ad avviso della S.C., non può, invece, essere riferita alla diversa ipotesi di comportamento scorretto di una parte che abbia determinato un sensibile ritardo nella conclusione del contratto, la quale sarebbe avvenuta in epoca precedente qualora la parte stessa si fosse comportata secondo buona fede, in conformità della prescrizione dell'art. 1337 c.c. In quest'ultima ipotesi l'avvenuto perfezionamento del contratto non rende privo di rilievo il comportamento contrario a buona fede che un contraente abbia posto in essere nella fase di formazione del contratto (7).

Con la suddetta sentenza la Cassazione, aderendo alla convincente tesi sostenuta da una parte della dottrina (8), riconosce all'art. 1337 c.c. la natura di clausola generale, applicabile anche oltre i casi di recesso ingiustificato dalle trattative e di conclusione di contratto invalido, tanto da configurare una responsabilità precontrattuale per violazione della regola di buona fede nel corso della formazione del contratto, anche quando il contratto si sia validamente perfezionato, ma con pregiudizio per la vittima del comportamento scorretto.

A ben vedere, la giurisprudenza riportata nel *Diritto civile e commerciale* di Galgano (9), già da tempo configura un'azione di danni della controparte, indipendentemente dall'annullamento del contratto (10), nella ipo-

(7) Cfr. Cass., sez. III, 16 ottobre 1998, n. 10249, cit., in motivazione, con la quale cassa la sentenza dell'App. L'Aquila, 6 aprile 1996.

(8) Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, IV ed., Padova, 2004, p. 632; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 99 ss.; BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *questa rivista*, 1987, p. 287 ss.; NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 105; FRANZONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, I, Milano, 2004, p. 1068; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, cit., p. 19; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità contrattuale*, Milano, 1990, p. 258 e p. 450; LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in *Comm. c.c.*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 361; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 198; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 135 ss.; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale (voce)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1270, dove alla nota 53 cita Cass., 20 luglio 1971, n. 2363, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 907; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 240 ss., ed ivi ulteriori riferimenti. Sulla buona fede come clausola generale si v. anche D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, Besone, XIII, tomo IV, Torino, 2004, p. 7 ss.

(9) Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit., p. 632.

(10) Cfr., da ultimo, Cass., sez. I, 19 settembre 2006, n. 20260, rel. Napoleoni, la quale ha statuito che «il contraente il cui consenso risulti viziato da dolo omissivo della contro-

tesi di omessa informazione precontrattuale (art. 1337 c.c.), come nel caso in cui il committente abbia omesso di informare l'appaltatore su circostanze che rendono notevolmente più onerosa la sua prestazione ⁽¹¹⁾, oppure nel caso in cui il chirurgo abbia omesso di informare il paziente sui probabili risultati e sulle possibili conseguenze dell'intervento chirurgico, ottenendo un consenso all'intervento che non riveste il dovuto carattere del consenso informato ⁽¹²⁾.

parte può bene richiedere giudizialmente il risarcimento del danno conseguente all'illecito della controparte lesivo della libertà negoziale, sulla base della generalissima previsione in tema di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. (discutendosi di condotta anteriore o prodromica alla formazione del consenso), a prescindere dalla contemporanea proposizione della domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.». Nella motivazione si legge «l'istanza risarcitoria della banca poggia, in effetti, sulla deduzione di una fattispecie riconducibile al paradigma del dolo omissivo *causam dans*: il consenso alla stipulazione dei contratti di mutuo per cui è causa sarebbe stato infatti carpito dall'originaria convenuta grazie alla dolosa reticenza su una circostanza decisiva (art. 1439 c.c.). Quanto, poi, alla effettiva configurabilità del denunciato vizio del consenso, è principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte che la reticenza o il silenzio possano integrare il dolo omissivo, ma solo qualora il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito (*ex plurimis*, Cass., n. 9253 del 2006, n. 2104 03, n. 6757 del 2001, n. 8295 del 94)».

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., 10 luglio 1984, n. 4029, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 84, la quale ha statuito che «per effetto del requisito della 'non previsione' di cui al comma 2° dell'art. 1664 c.c. nessun compenso spetta all'appaltatore, ove una causa naturale in astratto non prevedibile sia stata in concreto da lui prevista; ove, invece, tale causa sia stata prevista solo dal committente, la sua responsabilità nasce, non dal comma 2° dell'art. 1664 c.c., ma dall'art. 1337 c.c. per violazione del principio della buona fede; ove la causa di maggiore onerosità non sia stata prevista da alcuna delle parti, essa è da ritenere 'imprevedibile' e nasce, quindi, per l'appaltatore il diritto all'equo compenso».

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, rel. Nicastro; Cass., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, rel. segreto, le quali hanno statuito che «nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista, anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32, comma 2°, Cost. (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dall'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dall'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833 (che esclude la

In altri precedenti casi, come quelli relativi alla responsabilità da prospetto informativo ⁽¹³⁾, anche recentemente segnalati dalla Visintini ⁽¹⁴⁾, la giurisprudenza ha configurato una responsabilità precontrattuale per violazione della regola di buona fede nel corso della formazione del contratto, anche quando il contratto si sia validamente perfezionato ⁽¹⁵⁾.

Il suddetto orientamento è stato da ultimo confermato sia dalla stessa Cassazione ⁽¹⁶⁾, sia dai Giudici di merito ⁽¹⁷⁾. In particolare, la S.C., con la

possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità, ex art. 54 c.p.); l'obbligo di informazione, che si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui il medico presta la propria attività, riguarda i soli rischi prevedibili e non anche gli esiti anomali, e si estende ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative e alle varie fasi degli stessi che assumono una propria autonomia gestionale, e, in particolare, ai trattamenti anestesiológicos; in ogni caso, perché l'inadempimento dell'obbligo di informazione dia luogo a risarcimento, occorre che sussista un rapporto di causalità tra l'intervento chirurgico e l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie».

⁽¹³⁾ Cfr. G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria*, Milano, 1986, p. 49 ss.; ID., D'ALFONSO, *Responsabilità da prospetto informativo*, in collana diretta da Bessone e Perlingeri, Napoli, 2002, p. 100 ss. e p. 132 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 141 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. VISINTINI, *La responsabilità della banca per false informazioni nel quadro dei servizi ai clienti*, in AA.VV., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di GALGANO e VISINTINI, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 2006, p. 117 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 499 ss., con nota di BAZZANI; in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 585 ss., con nota di G. FERRARINI, *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*; App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, p. 116 ss., con nota di BALZARINI, *La responsabilità da prospetto*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, rel. Marziale, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in generale: punti fermi della Cassazione su nullità e responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ.*, 2006, p. 295, con nota di FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*; in questa rivista, 2006, p. 944, con nota di MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*; in *Corriere giur.*, 2006, p. 669, con nota di GENOVESI, *Limiti della «nullità virtuale» e contratti su strumenti finanziari*; in *Contratti*, 2006, p. 446, con nota di POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105, con nota di SCONDITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Giur. comm.*, II, 2006; SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno*; in *Resp. civ.*, 2006, p. 648, con nota di MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*; in *Resp. civ. prev.*, n. 6, 2006, con nota di F. GRECO; in questa rivista, 2006, p. 1615, con nota di MORELATO, *Violazione di obblighi di informazione e responsabilità dell'intermediario finanziario*.

⁽¹⁷⁾ Cfr., da ultimo, Trib. Ferrara, 15 maggio 2006, n. 603, rel. Marco D'Orazi, inedita.

ben nota sentenza estesa dal relatore Marziale ⁽¹⁸⁾, ha ribadito che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dalla clausola generale contenuta nell'art. 1337 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto (art. 1440 c.c.). In siffatta ipotesi, secondo la S.C. ⁽¹⁹⁾, il risarcimento del danno deve essere commisurato al «minor vantaggio», ovvero al «maggior aggravio economico» prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

Nella motivazione della suddetta sentenza si legge:

si afferma comunemente che il risarcimento, in caso di responsabilità precontrattuale, è limitato al cd. «interesse negativo» e deve, pertanto, essere commisurato alle spese sostenute per le trattative rivelatesi poi mutili e alle perdite subite per non usufrutto di occasioni alternative di affari, non coltivate per l'affidamento nella positiva conclusione del contratto per il quale le trattative erano state avviate (in tal senso, tra le altre: Cass., 30 luglio 2004, n. 14539; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157; Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778; Cass., 12 marzo 1993, n. 2973). È tuttavia evidente che, quando, come nell'ipotesi prefigurata dall'art. 1440 c.c., il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma «sconveniente», il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il cd. interesse positivo), non può neppure essere determinato, come nelle ipotesi appena considerate, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto.

Il risarcimento, in detta ipotesi, deve essere ragguagliato al «minor vantaggio o al maggiore aggravio economico» determinato dal contegno sleale di una delle parti (Cass., 11 luglio 1976, n. 2840; Cass., 16 agosto 1990, n. 8318), salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento «da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto» (Cass., 29 marzo 1999, n. 2956). Non vi è quindi motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall'art.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, rel. Marziale, cit., commentata su tutte le riviste.

⁽¹⁹⁾ In accoglimento della tesi sostenuta da BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 176.

1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s'intende, il danno trovi il suo fondamento (non già nell'inadempimento un'obbligazione derivante dal contratto, ma) nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto.

Tra la giurisprudenza di merito si segnalano le pronunce emesse in materia di *bond* ⁽²⁰⁾, ed in particolare la recente sentenza del Tribunale di Ferrara ⁽²¹⁾, la quale ha fundamentalmente accolto il suddetto orientamento della Cassazione.

Il Tribunale di Ferrara, infatti, dopo avere respinto la domanda di nullità del contratto di acquisto dei *bond* argentina, configura comunque una responsabilità precontrattuale della banca ai sensi dell'art. 1337 c.c., nonostante l'avvenuta conclusione di un contratto valido ed efficace. Si legge in motivazione:

nella responsabilità precontrattuale sono generalmente inserite quelle ipotesi, che possono dirsi di responsabilità precontrattuale *pretensiva al contratto - interesse a concludere il contratto* - in cui una delle parti, che appunto mirava alla conclusione del contratto, vede cadere la prospettiva negoziale, per un comportamento della controparte, come ad esempio la rottura ingiustificata delle trattative o simili. In questi casi, giustamente, la giurisprudenza limita l'interesse risarcibile a quello negativo; si tratta di un indirizzo da condividere, per la ragione che non può mai confondersi la responsabilità precontrattuale con quella contrattuale e la quantificazione in termini di interesse positivo finirebbe per dare ingresso ad una vera e propria responsabilità contrattuale, quando il contratto non si è invece concluso. Esiste tuttavia una responsabilità precontrattuale *oppositiva (del) contratto - interesse precontrattuale a non essere coinvolto nel contratto* - responsabilità che grava una delle due parti di un contratto già concluso, che abbia coinvolto controparte, contro ai doveri di buona fede, nella conclusione del contratto. Tale interesse è generalmente - nei casi più gravi - assicurato attraverso la azione di annullamento. Quando una delle parti ha ingannato o costretto l'altra (in relazione a questi due vizi del volere, dolo e violenza possono essere compiuti anche da terzo), è possibile sciogliersi dal vincolo contrattuale, invocando tali vi-

⁽²⁰⁾ Pubblicate sul sito www.ilcaso.it, e richiamate da GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in questa rivista, 2005, p. 889 ss.; ID., *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in questa rivista, 2006, p. 579 ss.; ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in questa rivista, 2005, p. 896 ss.; MIRIELLO, *La strenua difesa dell'investitore: scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di vendita di titoli obbligazionari*, in questa rivista, 2005, p. 495 ss.; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in questa rivista, 2006, p. 944 ss.; Da ultimo si v. AA.VV., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano e Visintini, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, 2006.

⁽²¹⁾ Cfr. Trib. Ferrara, 15 maggio 2006, n. 603, Rel. Marco D'Orazi, inedita.

zi del consenso. Negli altri casi, tuttavia, l'interesse (*oppositivo* al contratto) non trova un rimedio di tipo specifico, a sciogliersi dal contratto. Sarebbe dunque angusto limitare, in questi casi (privi di rimedio specifico), il risarcimento al mero interesse negativo, poiché in questo caso non vi è la *ratio*, che impone di limitare il danno all'interesse negativo, cioè la esigenza di non confondere i due tipi di responsabilità. Piuttosto, la responsabilità precontrattuale (ed extracontrattuale) deve ristorare integralmente il danno per essere stati ingiustamente coinvolti in un contratto svantaggioso, salvi i concorsi di colpa.

Galgano ha da tempo precisato che ⁽²²⁾, se il contratto non è concluso per l'ingiustificata rottura delle trattative, la misura del danno risarcibile si determina con il criterio dell'interesse contrattuale negativo, ed il lucro cessante consisterà nel danno per le occasioni perdute ⁽²³⁾. Se, invece, il contratto è concluso, e la sua conclusione è stata il frutto della mancata informazione di un contraente nei confronti dell'altro, come nei sopra menzionati casi del chirurgo che abbia omesso di informare il paziente sui rischi dell'intervento chirurgico, ottenendo un consenso che non riveste il dovuto carattere del «consenso informato» (qui il paziente, se adeguatamente informato, non avrebbe concluso il contratto), oppure del committente che non abbia informato l'appaltatore sulla onerosità della prestazione (qui l'appaltatore avrebbe contrattato, ma a condizioni diverse), allora il danno risarcibile non sarà la lesione dell'interesse contrattuale negativo e il risarcimento del danno sarà regolato dai criteri ordinari ⁽²⁴⁾.

Oggi più che mai trova conforto anche la tesi sostenuta da Luminoso ⁽²⁵⁾, secondo la quale nella responsabilità precontrattuale non è riscontrabile la lesione di un tipo costante di interesse, come invece vorrebbe la *communis opinio* che, come è noto, ravvisa, sotto questo profilo, il contrassegno di tale responsabilità nella risarcibilità del danno nei limiti dell'interesse negativo ⁽²⁶⁾. Secondo Luminoso, infatti, la lesione rac-

⁽²²⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit., IV ed., p. 635.

⁽²³⁾ Cfr. BENATTI, *Culpa in contraendo*, cit., p. 304 ss., il quale, sulla base di una risalente tradizione, riconduce il proprio pensiero a Jhering; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 49 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, cit., IV ed., p. 635, il quale nella nota 13 precisa che lo riconosce, in relazione al dolo incidente (art. 1440), Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, c. 1192; App. Venezia, 31 maggio 2001, n. 724, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1199.

⁽²⁵⁾ Cfr. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *questa rivista*, 1988, p. 792 ss.; ID., *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1990, p. 359 ss.

⁽²⁶⁾ Sulla quantificazione del danno nella responsabilità precontrattuale si v., da ultimo, GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487 ss.

chiusa nell'illecito precontrattuale può colpire, a seconda dei casi, un interesse contrattuale positivo o un interesse contrattuale negativo della vittima (27). La cd. responsabilità precontrattuale rappresenta, per il suddetto autore, un ampio «contenitore» che ricomprende, al suo interno, figure assai diverse tra loro di illeciti, ora costituenti violazione di un obbligo di buona fede (art. 1337 c.c.), ora realizzanti un fatto aquiliano (*ex* art. 2043 c.c.), ora nascenti dall'inadempimento di un contratto (art. 1218 c.c.). Illeciti che, nei singoli casi, determinano la lesione di un interesse contrattuale negativo o di un interesse contrattuale positivo, nei quali l'unico elemento comune ed unificante è dato da una modalità cronologica del comportamento lesivo, nel senso che questo viene posto in essere, per l'appunto, nella fase delle trattative o della formazione di un contratto (28). La rilevanza dell'interesse contrattuale negativo, agli effetti del risarcimento del danno, deve essere affermata non solo con riguardo agli illeciti precontrattuali (in relazione a quei comportamenti che, nella fase delle trattative e della formazione del contratto, inducono o non distolgono una parte dallo stipulare un contratto che senza di essi la stessa non avrebbe concluso), ma altresì in relazione ad altre specie di vicende e anche fuori della fase precontrattuale, tanto nell'ambito della responsabilità per inadempimento quanto - sebbene più di rado - nell'ambito di quella extracontrattuale (v. pure gli artt. 1479 e 1494 c.c.). E da ritenere, per converso, che la rilevanza dell'interesse contrattuale positivo possa essere colta, ai fini risarcitori, oltre che nelle ipotesi di inadempimento di un obbligo di prestazione (artt. 1218 e 1453, comma 1° c.c.), anche nella responsabilità precontrattuale, in relazione sia a fattispecie di illecito aquiliano sia a violazioni dell'obbligo di buona fede (con riferimento a quei comportamenti che inducono una parte o a non concludere un con-

(27) Cfr. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., p. 793 s., il quale all'interno di ciascuno di questi due tipi di interesse, effettua ulteriori distinzioni; ID., *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, I, cit., p. 371, il quale precisa che anche nell'illecito precontrattuale ci sono delle fattispecie che danno luogo ad una lesione dell'interesse (contrattuale) positivo dell'altra parte. Si tratta di ipotesi in cui l'interesse della vittima è di stipulare un determinato contratto, mentre la condotta dell'autore dell'illecito è tale da costringere, indurre o determinare la prima a non stipulare il contratto (che altrimenti sarebbe stato da essa concluso) o a stipulare un contratto diverso (da quello che essa avrebbe concluso senza l'altrui condotta illecita).

(28) Cfr. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., p. 803, il quale precisa che analoga disciplina è quindi configurabile in relazione agli illeciti che si verificano nella fase che precede la conclusione di accordi diversi dai contratti (v. pure l'art. 129 *bis* c.c.), e anche con riguardo al compimento (o al mancato compimento) di atti, negoziali e non, a struttura unilaterale (v. pure gli artt. 1333, 1395, 1735 e 1741 c.c.).

tratto che, senza di essi, la medesima avrebbe stipulato, o a concludere un contratto che, senza di essi, la medesima avrebbe stipulato, ma a condizioni diverse) ⁽²⁹⁾.

Nei casi in cui l'interesse della vittima è di stipulare il contratto (o di stipulare il contratto con un determinato contenuto), la tutela risarcitoria non può che essere diretta a dare al patrimonio del danneggiato un assetto economico equivalente a quello che avrebbe avuto qualora (l'illecito non si fosse verificato, ossia) costui avesse concluso il contratto conformemente al suo interesse ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Cfr. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, cit., p. 803; ID., *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, cit., p. 372 s.

⁽³⁰⁾ Cfr. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, cit., p. 372, il quale precisa pure che nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative il risarcimento non potrà consistere dal punto di vista giuridico nell'interesse contrattuale positivo (come da un punto di vista economico), perché così facendo si sacrificerebbero gli interessi del recedente, che non può essere trattato al pari di un soggetto già vincolato al contratto e al quale comunque non può essere negata la facoltà di ritirarsi dalla trattativa e financo di revocare la proposta o l'accettazione contrattuale. In tal modo, convertita l'aspettativa economica della vittima alla conclusione del contratto nella aspettativa giuridica alla correttezza e alla lealtà nelle trattative, il danno risarcibile è costituito, in questa forma di violazione precontrattuale, dalle perdite patite dal contraente leso per aver ragionevolmente confidato nel buon fine della trattativa. Di qui, il diritto della vittima di essere tenuta esente dalle spese alle quali non si sarebbe trovata esposta e di essere indennizzata per i profitti che avrebbe conseguito ove non fosse stata coinvolta nell'inutile trattativa. Sul risarcimento dell'interesse contrattuale negativo si v. Cass., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632, secondo cui «nella materia della responsabilità precontrattuale il pregiudizio risarcibile è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo (contrapposto all'interesse all'adempimento), rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso; consegue che la disposizione di cui all'art. 1337 c.c. non può essere invocata per il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto»; Cass., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525, cocendo cui «la responsabilità precontrattuale è configurabile in tutti i casi in cui un soggetto abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui osservanza sono tenuti anche la p.a. e gli enti pubblici, nell'ambito del rispetto dei principi garantiti dall'art. 2043 c.c.; pertanto, ai fini dell'affermazione di tale responsabilità, è sufficiente il comportamento non intenzionale o meramente colposo della parte che - senza giusto motivo - abbia interrotto le trattative eludendo così le aspettative della controparte, la quale, confidando nella conclusione del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli; in caso di violazione della norma di cui all'art. 1337 c.c. il risarcimento del danno è limitato al cd. «interesse negativo», con la conseguenza che esso è cumulabile con risarcimento del maggior danno previsto dall'art. 1591 c.c.».

In questi casi, come nella fattispecie del dolo incidente (art. 1440 c.c.), il risarcimento del danno è volto a porre il contraente leso in una situazione economica equivalente a quella in cui lo stesso si sarebbe trovato se avesse concluso il contratto alle condizioni giuste ⁽³¹⁾.

3. - *Risarcimento del danno per inadempimento al pactum de tractando*

La suddetta tesi di Luminoso può convincentemente essere utilizzata anche per la risoluzione del problema relativo alla quantificazione dei danni derivanti dall'inadempimento ad un *pactum de tractando*.

Come è noto, il *pactum de tractando* ⁽³²⁾, o programma contrattuale ⁽³³⁾, è un vero e proprio contratto ⁽³⁴⁾, meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ⁽³⁵⁾, con il quale le parti si obbligano a trattare, dato che, normalmente, nella fase precontrattuale, salvo il dovere di buona fede, le parti sono libere di trattare o di non trattare. Va tenuto distinto dagli accordi parziali o dalla cd. minuta o puntuazione ⁽³⁶⁾, che

⁽³¹⁾ Cfr. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, cit., p. 375.

⁽³²⁾ La dottrina francese parla di *contrats de negociation*: cfr. J. SCHMIDT, *Negotiation et conclusion de contrats*, Parigi, 1982, p. 201 ss., il quale ritiene la sussistenza di un vero e proprio obbligo, in capo alle parti, di proseguire la trattativa.

⁽³³⁾ Parla di programma di contratto GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, Padova, 2004, p. 321.

⁽³⁴⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 636.

⁽³⁵⁾ Cfr. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, voce, in *Dig. discip. priv., sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 344, il quale precisa che gli impegni in questione trovano idonea giustificazione nell'interesse perseguito a mezzo di essi, che è quello di facilitare la conclusione degli accordi.

⁽³⁶⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 319, il quale precisa che nella c.d. minuta di contratto, le parti concordano su alcuni estremi del futuro contratto, ma non ancora su tutti, rimettendo ad una ulteriore trattazione l'accordo sui punti non ancora concordati. L'a. precisa inoltre che la c.d. lettera d'intenti non è suscettibile di qualificazione univoca: sotto questo nome è, il più delle volte, indicato null'altro che una minuta di contratto (cfr. Cass., 14 maggio 1998, n. 4853, in *Contratti*, 1998, p. 547, con nota di Venchiaruti, secondo cui «le parti che, con riferimento ad una scrittura privata, abbiano per essa usata la formula 'lettera di intenti', adottando un'espressione con cui, nel linguaggio commerciale, si esprimono i propositi dei futuri contraenti nella fase delle trattative precontrattuali che precede la stipulazione di un negozio soltanto eventuale (e, pertanto, non doveroso per i suoi sottoscrittori), mostrano l'esclusivo intento di predisporre le clausole da recepire nel futuro contratto nell'eventualità della positiva conclusione delle trattative stesse); ma quando il documento contiene tutti gli elementi del contratto e non fa riserva di trattativa ulteriore, si dovrà dire - nonostante l'intitolazione del documento quale 'lettera d'intenti' - di essere in presenza di un contratto preliminare. L'accordo su tutti i punti fa presumere, salvo prova contraria, la volontà di vincolarsi». Cfr. Cass., 16 luglio

per diritto italiano ⁽³⁷⁾ non hanno alcun effetto vincolante tra le parti ⁽³⁸⁾.

2002, n. 10276, secondo cui «rientrano nella nozione di 'minuta o puntuazione' del contratto, per la quale è indispensabile l'esistenza di un documento sottoscritto da entrambe le parti, sia i documenti che contengano intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi (cd. puntuazione di clausole), sia i documenti che predispongano con completezza un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo (cd. puntuazione completa di clausole); in relazione a tale secondo caso, la parte che intenda dimostrare che non si tratti di un contratto concluso, ma di una semplice minuta con puntuazione completa di clausole, deve superare la presunzione semplice di avvenuto perfezionamento del contratto, e ciò gli è reso possibile in virtù del principio secondo cui anche un documento dimostrante con completezza un assetto negoziale può essere soltanto preparatorio di un futuro accordo, una volta dimostrata l'insussistenza di una volontà attuale di accordo negoziale». Sul punto si v. CANEPA, voce *Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. discip. priv., sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 329 ss.; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno. *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Tomo I, Torino, 1999, p. 149 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*,⁴ II-1, cit., p. 199 ss. e p. 202, dove precisa che per la vendita internazionale valgono regole apparentemente diverse: l'art. 19, comma 2°, della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 (ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765) dispone che «una risposta ad una proposta volta ad essere un'accettazione, ma che contiene clausole aggiuntive o difformi che non alterano sostanzialmente i termini della proposta, costituisce accettazione, a meno che l'attore della proposta, senza ritardo ingiustificato, non si oppone verbalmente a queste differenze o non invii un avviso a questo scopo. In caso contrario, il contenuto del contratto è il contenuto della proposta con le modifiche aggiunte nell'accettazione». La norma non considera sufficiente l'accordo sui punti sostanziali della proposta; stabilisce piuttosto che il silenzio del proponente, risultante dalla mancata opposizione alle clausole aggiunte o difformi, può essere valutato come tacito consenso. Nello stesso senso ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *questa rivista*, 2000, p. 230 s.; sulla interpretazione del suddetto art. 19 si v. però F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, tomo II, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2006, p. 107 ss. Giova al riguardo segnalare che per i «Principi dei contratti commerciali internazionali» dell'Unidroit, l'accordo parziale, o meglio sulle parti essenziali o sostanziali, è vincolante. L'art. 2.11 dei *Principi Unidroit*, infatti, dopo avere enunciato al paragrafo 1 che «una risposta ad una offerta volta ad essere una accettazione, ma che contiene aggiunte, limitazioni o altre modificazioni è un rifiuto dell'offerta e vale come controproposta», precisa al par. 2 che «tuttavia, una risposta ad una offerta volta ad essere una accettazione, ma che contiene clausole aggiunte o difformi che non alterano sostanzialmente i termini dell'offerta, costituisce accettazione, a meno che l'autore dell'offerta, senza giustificato ritardo, non si opponga a queste differenze. In caso contrario, il contenuto del contratto è il contenuto dell'offerta con le modifiche aggiunte nell'accettazione».

⁽³⁸⁾ Cfr. Cass., sez. III, 18 gennaio 2005, n. 910, secondo cui «ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito docu-

A differenza del contratto preliminare (cd. *pactum de contrahendo*), con il quale le parti si obbligano a concludere un futuro contratto, il *pactum de tractando* obbliga le parti semplicemente ad instaurare fra loro trattative per la formazione di un possibile contratto, del quale non hanno ancora concordato alcun punto essenziale⁽³⁹⁾.

Nel *pactum de tractando* sono fissati i tempi e le modalità delle trattative che le parti si sono obbligate a condurre. Normalmente sono previste clausole caratteristiche: la clausola di riservatezza, con la quale le parti si impegnano a mantenere segreta la trattativa e segrete le informazioni che si scambiano, oltre che a non fare copie dei documenti ricevuti ed a restituirli in caso di rottura della trattativa; la clausola di esclusiva, con la quale le parti si impegnano a mantenere inalterato, durante la trattativa, lo stato di fatto e di diritto della cosa che ne forma oggetto⁽⁴⁰⁾; la clausola di esclusiva, con la quale si impegnano a non intraprendere trattative sui medesimo oggetti con altri contraenti; la clausola penale di cui agli artt. 1382 ss. c.c.⁽⁴¹⁾, per il caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento al *pactum de tractando*.

mento (cd. 'minuta' o 'puntuazione'), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori; peraltro, anche in presenza della completa regolamentazione di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. c.c., è rimesso alla valutazione, del giudice di merito, incensurabile in cassazione ove sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (nell'affermare il suindicato principio, la corte di cassazione ha cassato l'impugnata sentenza rilevando che, nel ritenere perfezionato un accordo transattivo tra le parti di giudizio per effetto di duplice missiva inviata dal legale di una delle parti e considerata accettata dal difensore di controparte, il giudice di merito avesse peraltro nel caso del tutto omesso di valutare il comportamento complessivo delle parti, in particolare quello mantenuto successivamente alla supposta conclusione dell'accordo transattivo, non considerando che dopo lo scambio delle suindicate lettere il difensore di una delle parti aveva dichiarato in udienza avanti al giudice istruttore essere ancora pendenti trattative tra le parti per la formalizzazione di un accordo, al cui esito si riservava di chiedere la revoca della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto; e che nel prosieguo del giudizio le parti avevano in entrambi i gradi di merito formulato opposte conclusioni); Cass., sez. III, 11 gennaio 2005, n. 367, secondo cui «l'accordo su alcuni punti essenziali del contratto non esaurisce la fase delle trattative, perché, al fine di perfezionare il vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa sugli elementi costitutivi, sia principali che secondari, dell'accordo».

⁽³⁹⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 321; MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza esecutiva*, Napoli, 1953, p. 87 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 321.

⁽⁴¹⁾ Sulla clausola penale si v. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, Pado-

Orbene, qualora la parte obbligata a trattare in forza del *pactum de tractando* si rifiuti di trattare, o receda senza giusto motivo dalle trattative oggetto del *pactum de tractando*, la controparte potrà sicuramente chiedere il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. Nella ipotesi in cui la trattativa sia stata preceduta da un *pactum de tractando*, o programma contrattuale, infatti, il comportamento delle parti in pendenza della trattativa potrà essere valutato come esecuzione di un contratto, e si potrà parlare di responsabilità contrattuale se e nella misura in cui l'omessa informazione o la rottura delle trattative o la violazione degli ulteriori doveri possa essere qualificata come inadempimento di una obbligazione nascente dal programma contrattuale o *pactum de tractando* ⁽⁴²⁾.

La differenza fra danno da rottura ingiustificata delle trattative e danno da inadempimento di un *pactum de tractando* non può essere ravvisata nel fatto che « il *pactum de tractando* è un vero e proprio contratto, in virtù del quale diventano dovute (come oggetto di un'obbligazione contrattuale) quelle trattative, che altrimenti sarebbero pura espressione di libertà contrattuale ». Il punto è che una trattativa in corso, se è giusta al punto da suscitare il ragionevole affidamento sulla sua probabile conclusione, genera anch'essa l'obbligazione di portarla a compimento, e il danno da rottura ingiustificata della trattativa è anch'esso danno da inadempimento di

va, 2004, p. 576 ss.; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 138 ss.; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. c.c.*, diretto da SCHLESINGER, artt. 1382-1384, Milano, 1998, p. 603 ss.; ID., *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 183 ss.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 243 ss.; DE LUCA, *La clausola penale*, in Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1998; PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 801 ss.; BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, p. 549 ss.; DAVINO, *Clausola penale, profilo strutturale ed operativo*, in *Vita not.*, 1997, p. 1047; PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 69 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 231 ss.; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; ID., voce *Clausola penale*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1964, p. 351 ss.; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss.; DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 377 ss.; ID., *Le clausole penali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, p. 159 ss.; MOSCATI, voce *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, p. 770 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 924 ss.; DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 236; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 615; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, libro IV, tomo II, Torino, 1980; CARRESI, *Il contratto*, in CICU-MESSINEO E MENGONI, *Tratt. dir. civ. e comm.*, XXI, tomo I, Milano, 1987, p. 252 ss.; da ultimo, MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 6 ss., nonché il mio scritto su *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 14 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 636.

una obbligazione (danno contrattuale, diceva già Jhering). La giurisprudenza della Cassazione sul «contatto sociale» quale fatto che genera responsabilità contrattuale (*alias*: responsabilità per inadempimento delle obbligazioni *ex art.* 1218 c.c.) va tutta in questa direzione.

Giova però rilevare che fino a quando la Cassazione continuerà, erroneamente, a concepire la responsabilità precontrattuale come una forma di responsabilità extracontrattuale ⁽⁴³⁾, in contrasto con il consolidato orientamento della medesima Corte, che configura la c.d. responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c. anche quando la preesistente obbligazione non nasce dal contratto, bensì da altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni *ex art.* 1173 c.c., come il «contatto sociale» ⁽⁴⁴⁾, sarà opportuno evidenziare le diversità di disciplina che sussistono tra l'ipotesi di *mera culpa in contrahendo* e l'ipotesi di violazione del *pactum de tractando*.

Nel primo caso si applicherà il regime della responsabilità extracontrattuale, mentre nel secondo caso si applicherà il regime della responsabilità contrattuale, con le relative conseguenze in ordine all'onere della prova, al termine di prescrizione e alla limitazione del risarcimento del danno di cui all'art. 1225 c.c., non richiamato dall'art. 2056 c.c.

⁽⁴³⁾ Cfr., da ultimo, Cass., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525; Cass., sez. III, 5 agosto 2004, n. 15040, secondo cui «la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'*iter* formativo del negozio costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova; ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati (come nella specie) dal recesso ingiustificato di una parte (in un contesto connotato dall'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto), grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma *de qua*». Sulle diverse posizioni si v., da ultimo, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, I, Milano, 2004, p. 1074 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr., tra le tante, Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 299 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corriere giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di DI MAIO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Contratti*, 1999, p. 999 ss., con nota di GUERINONI, *Obbligazioni da contatto sociale e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Foro it.*, 1999, I, c. 1194 ss., con nota di FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del medico dipendente pubblico e attività contrattuale*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1007, con nota di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*; in *Giur. it.*, 2000, c. 740 ss., con nota di PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da «contatto sociale»*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 343 ss., con nota di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio*

Già da tempo si è sottolineata in dottrina ⁽⁴⁵⁾ l'importanza del poter ri-collegare la responsabilità in questione ad un preciso obbligo di fonte convenzionale anziché all'obbligo di comportarsi in buona fede genericamente enunciato dall'art. 1337 c.c.: il riconoscimento dell'obbligo di trattare serve infatti a dare sicuro fondamento ad una pretesa di risarcimento dei danni come reazione verso qualsiasi comportamento sostanzialmente disonesto della controparte nell'ulteriore fase di attività giuridica destinata a fornire la regolazione dei punti in precedenza riservati ⁽⁴⁶⁾.

Resta da chiederci allora quale danno è risarcibile nella ipotesi di violazione del *pactum de tractando*: l'interesse contrattuale positivo o l'interesse contrattuale negativo? Il già raggiunto accordo su alcuni punti, con riserva di trattativa ulteriore su altri punti ancora da concordare, non produce di regola alcun effetto vincolante ⁽⁴⁷⁾, e ben può essere rimesso in di-

senza obbligo primario di prestazione; in questa rivista, 2005, p. 97, con commento di SARICA, Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito. Sul punto si v. MERUZZI, La trattativa maliziosa, cit., p. 89 ss.; FAILLACE, La responsabilità da contatto sociale, in Le monografie di Contratto e impresa, serie diretta da Galgano, Padova, 2004, p. 121 ss. La suddetta sentenza ha statuito che «l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul 'contatto sociale' ha natura contrattuale; consegue che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale». In motivazione si è chiaramente detto che «la categoria del contatto sociale mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte - individuata secondo lo schema dell'art. 1173 - e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 65, nota 89.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 64 s.; CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, cit., p. 344 s., il quale interpreta in modo restrittivo la tesi di Gabrielli, nella parte in cui afferma che «in altri termini, gli accordi in questione assumerebbero rilevanza più che per la loro autonoma essenza, per l'attitudine a concretare il presupposto di applicazione dell'art. 1337 c.c.». L'a. però precisa che «peraltro, quando l'obbligo di contrarre si inserisce nel contesto di un rapporto già in atto tra le parti, le soluzioni potrebbero essere diverse da quella che si è appena individuata. Specialmente nel caso di accordi di durata che prevedono, allo spirare del termine, un obbligo di rinegoziazione, per la violazione di quest'ultimo - particolarmente nel caso in cui uno dei contraenti abbia fatto affidamento sulla possibilità di prosecuzione della relazione d'affare - potrebbe essere riconosciuto un risarcimento danni più esteso rispetto a quello che ordinariamente si riconosce nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. le precedenti note 36 e 38, nonché GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., II-1, cit., p. 199 ss. Secondo CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 317 ss., invece, quando le parti si sono trovate d'accordo su tutti i punti essenziali e si sono riservate sugli altri che appunto per questo chiamasi punti riservati il

scussione dalle parti ⁽⁴⁸⁾. Non si può perciò attribuire un autonomo rilievo ai punti già concordati, come se fossero un contratto a sé stante ⁽⁴⁹⁾, violato dal recesso dalle trattative.

Tuttavia, l'accordo su alcuni punti, magari essenziali, combinato all'obbligo contenuto nel *pactum de tractando*, sia di mantenerli fermi con divieto di ripensamento nel corso delle future trattative, sia di trattare su altri punti, magari non essenziali, deve essere preso in considerazione sia ai fini della valutazione del comportamento scorretto, sia ai fini della quantificazione del risarcimento dei danni, dato che solo con quest'ultimo strumento si tende, direttamente e senza impacci, ad attuare la giustizia sostanziale ⁽⁵⁰⁾. Se è vero, come afferma Gabrielli ⁽⁵¹⁾, che l'impegno di trattare per il completamento dell'accordo ha il significato di far valutare con maggior rigore ogni manifestazione di scorrettezza, comprimendo l'esigenza di tutela della libertà, allora il risarcimento del danno non potrebbe limitarsi al cd. interesse contrattuale negativo ⁽⁵²⁾, come nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative già previsto dall'art. 1337 c.c., altrimenti il contraente vincolato al *pactum de tractando* si tratterebbe allo stesso modo di un soggetto non vincolato al contratto, con evidente iniquità ed irragionevolezza.

contratto dovrebbe considerarsi già concluso sia pur subordinatamente alla condizione che l'accordo venga poi raggiunto anche su questi ultimi punti.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 225, il quale precisa che come accordi preparatori sono state pure indicate le intese raggiunte dalle parti su alcuni punti del contratto non ancora concluso. Le intese su alcuni punti del contratto non impegnano tuttavia le parti, in quanto si tratta di accordi preparatori subordinati all'esito positivo delle trattative, e sui quali ciascuna parte può quindi tornare fino a quando il contratto non venga concluso.

⁽⁴⁹⁾ Di questo avviso è, invece, TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 105, il quale precisa che gli accordi progressivamente raggiunti dai trattanti costituiscono essi stessi altrettanti contratti (per i quali si propone la qualifica di preparatori) con cui le parti rinunziano al potere di revoca in ordine ai punti già concordati, nonché RICCA, *Carattere vincolante della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1668 ss., il quale precisa che la minuta, come accordo preparatorio perfetto di natura negoziale da un lato determina un obbligo di buona fede specifico, che si sostanzia nell'irrevocabilità dei punti concordati, dall'altro un obbligo di buona fede generico alla continuazione delle trattative, che potranno essere interrotte soltanto in virtù di un reale giustificato conflitto di interessi. Per le critiche si v. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, IV, 2, III ed., Torino, 1980, p. 51 e da CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, vol. XXI, tomo 2, Milano, 1987, p. 705, nota 34.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 64.

⁽⁵¹⁾ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 65, nota 89.

⁽⁵²⁾ Cfr. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, cit., p. 351 s.

Il *pactum de tractando*, a ben vedere, fa venire meno le ragioni che hanno indotto la dottrina a giustificare, nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, la limitazione del risarcimento del danno al cd. interesse contrattuale negativo⁽⁵³⁾, dato che in virtù del *pactum de tractando*, che è un vero e proprio contratto, diventano dovute, come oggetto di un'obbligazione contrattuale, quelle trattative che altrimenti sarebbero pura espressione della libertà negoziale; e l'effetto della configurazione delle trattative come oggetto di obbligazione consiste per l'appunto nella configurazione della loro ingiustificata rottura come violazione di un contratto, con tutte le conseguenze del caso.

Questo però non vuol dire che la violazione del *pactum de tractando* debba sempre condurre in concreto alle stesse conseguenze cui potrebbe condurre la violazione del contratto preliminare, poiché, giova ripeterlo, una cosa è l'impegnarsi a vendere o a comprare, un'altra l'impegnarsi a trattare, e pertanto non si può sempre configurare una equivalenza tra la violazione dell'un contratto e la violazione dell'altro, dal punto di vista delle conseguenze e dell'identificazione e quantificazione del danno risarcibile.

Tanto maggiore sarà l'affidamento ingenerato con il *pactum de tractando*, che magari contiene già l'assetto complessivo delle clausole del contratto definitivo, tanto maggiore sarà il risarcimento⁽⁵⁴⁾. Infatti, nel caso in cui le parti si obblighino reciprocamente (o una sola di esse si obblighi) a trattare i punti di minore rilievo e a non porre più in discussione i punti di maggiore rilievo dell'affare divisato – così ingenerando corrispondenti affidamenti nell'altro contraente alla conclusione ormai certa del contratto – e poi recedano (o receda) dall'affare in assenza di ragionevoli motivi, dovrà essere risarcito il c.d. interesse contrattuale positivo⁽⁵⁵⁾.

(53) Cfr. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, cit., p. 372, il quale precisa che nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative il risarcimento non potrà consistere dal punto di vista giuridico nell'interesse contrattuale positivo (come da un punto di vista economico), perché così facendo si sacrificerebbero gli interessi del recedente, che non può essere trattato al pari di un soggetto già vincolato al contratto e al quale comunque non può essere negata la facoltà di ritirarsi dalla trattativa e financo di revocare la proposta o l'accettazione contrattuale.

(54) Cfr. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, cit., p. 351, il quale precisa che in talune circostanze, a fronte di affidamenti di particolare rilievo, una estensione dell'area del danno risarcibile è necessaria o, comunque, opportuna, anche se tale estensione non può giungere fino al punto di risarcire gli stessi danni che sarebbero risarcibili a fronte dell'inadempimento di un contratto concluso.

(55) Cfr. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, cit., p. 352, il quale precisa altresì che resterebbero pur sempre delle fondamentali differenze tra l'inadempimento in questione e l'inadempimento di un contratto concluso: in quest'ultimo caso infatti potrebbe essere risar-

In presenza del suddetto *pactum de tractando*, sarebbe irragionevole e non proporzionato all'entità della violazione, limitare il risarcimento del danno al cd. interesse contrattuale negativo.

Nel caso, invece, in cui con il *pactum de tractando* le parti si obblighino reciprocamente (o una sola di esse si obblighi) a trattare su tutti i punti del contratto definitivo da concludere, senza essere le stesse parti pervenute ad alcun accordo sui punti di maggiore rilievo dell'affare, e poi recedano (o receda) dall'affare in assenza di ragionevoli motivi, dovrà essere risarcito il cd. interesse contrattuale negativo, dato che questo caso, ai fini della quantificazione dei danni, è ragionevolmente equiparabile al comune recesso ingiustificato dalle trattative di cui all'art. 1337 c.c.

Il *quantum* del risarcimento dei danni, dunque, potrà variare in positivo a favore del danneggiato, anche in una percentuale pari al 70% o all'80% o al 90% o addirittura al 100% dell'interesse contrattuale positivo, a seconda del contenuto e della gravità della violazione del *pactum de tractando*.

Giova infine segnalare che la violazione del *pactum de tractando*, che è finalizzato alla conclusione di un contratto definitivo o di un contratto preliminare, si traduce comunque nella sottrazione di una *chance*, e pertanto il problema in questione può essere risolto anche richiamando la giurisprudenza in materia di risarcimento del danno derivante da perdita di *chance* ⁽⁵⁶⁾.

cito (salvo l'assolvimento, da parte del contraente deluso, dell'onere probatorio in ordine alla dimostrazione dell'esistenza e dell'ammontare del danno) anche la perdita che sia derivata da altri contratti conclusi in previsione dell'adempimento (danno sempre escluso quando un valido contratto non sia perfezionato, perché non può specularsi su un accordo non ancora raggiunto) salva comunque la possibilità di optare per l'adempimento, quando sia ammissibile l'esecuzione in forma specifica.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. App. Roma, 17 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 640, con nota di NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1182, con nota di A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*; in *Foro it.*, 1986, I, c. 383, con nota di PRINCIGALLI, *Quand'è più si che no: perdita di una chance e risarcimento del danno*; secondo cui «ai fini della dimostrazione del verificarsi di un danno certo, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, è sufficiente che il danneggiato provi che la possibilità sia superiore al cinquanta per cento»; Cass., sez. lav., 24 gennaio 1992, n. 781, secondo cui «ove il lavoratore agisca per il risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di osservare, nell'espletamento di procedure concorsuali di promozione, criteri di correttezza e buona fede, e costituito dalla privazione della possibilità di vincere il concorso, la dedotta perdita di una chance configura un danno attuale e risarcibile sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni; alla mancanza di una tale prova non è possibile sopperire con una valutazione

Anche recentemente si è evidenziato come la *chance* acquisti rilevanza quale sanzione di un comportamento posto in essere in violazione di

equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., atteso che l'applicazione di tale norma richiede che risulti provata o comunque incontestata l'esistenza di un danno risarcibile, ed è diretta a sopperire all'impossibilità di provare l'ammontare preciso dal danno»; Cass., sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 363, secondo cui «il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno conseguente ad una mancata promozione 'a scelta' (e cioè secondo criteri almeno in parte discrezionali) in una banca, per violazione delle regole di buona fede e correttezza contrattuale, non presuppone necessariamente l'accertamento del diritto alla promozione, ossia la certezza che il rispetto di dette regole avrebbe comportato la promozione, potendo essere basato anche sul solo accertamento del nesso di causalità tra la violazione di dette regole e la perdita della possibilità di promozione; ove venga accertata unicamente la sussistenza di tale nesso, l'ammontare del danno subito dal lavoratore non può però corrispondere automaticamente alle maggiori somme che questi avrebbe percepito se fosse stato promosso, ma può essere liquidato in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., atteso che in tale ipotesi sono risarcibili non già le conseguenze della mancata promozione ma unicamente quelle consistenti nella perdita della possibilità di promozione»; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 393, con nota di BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle regole. Ma quanto vale un'occasione?*, secondo cui «in tema di responsabilità professionale (nella specie, di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della chance di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'*an* – una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la situazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale – ma solo, eventualmente, sotto quello del quantum, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi ex art. 1226 c.c.»; Cass., sez. II, 18 marzo 2003, n. 3999, rel. Elefante, in *Giur. it.*, 2003, c. 1783, con nota di Suppa, secondo cui «in tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di chance – che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta (nella specie la suprema corte ha confermato la sentenza impugnata che non aveva riconosciuto, in quanto non provato, il danno derivante alla parte creditrice per la perdita delle asserite «occasioni» che il mercato le avrebbe offerto per incrementare il proprio patrimonio e non sfruttate a causa dell'inadempimento dell'altra parte, ritenuta responsabile di non aver adempiuto agli obblighi scatu-

un obbligo di correttezza o lealtà ⁽⁵⁷⁾. La S.C., infatti, ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento danni derivanti dalla perdita di

renti da una transazione avente ad oggetto la divisione giudiziale di beni ereditari)»; Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322, rel. Segreto, in *Foro it.*, 2004, I, c. 155, con nota di Faella, secondo cui «posto che la *chance* è un'entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita configura un danno attuale e risarcibile (consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale), a condizione che il soggetto che agisce per il risarcimento ne provi, anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, la sussistenza»; Cass., sez. III, 11 dicembre 2003, n. 18945, rel. Segreto, in *Resp. civ.*, 2004, p. 751, con nota di Bastianon, secondo cui «in tema di risarcimento del danno, il creditore che voglia ottenere, oltre il rimborso delle spese sostenute, anche i danni derivanti dalla perdita di *chance* – che, come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione – ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta»; Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, rel. Segreto, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1403; in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 14, p. 38, con nota di Rossetti; in *Resp. civ.*, n. 3, 2004, con nota di PARTISANI, *Colpa medica, nesso di causalità e perdita della chance di sopravvivenza o guarigione*, secondo cui «posto che la *chance*, intesa come concreta ed effettiva occasione di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita integra un danno che, se allegato e provato, deve essere risarcito; posto che il danno da perdita di *chance* è ontologicamente diverso rispetto a quello da mancato raggiungimento del risultato sperato, il risarcimento del primo presuppone una domanda specifica ed autonoma rispetto a quella di risarcimento del secondo». Sulla perdita di *chance* si v., inoltre, MONASTERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 283 ss.; DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1999, p. 748 ss.; BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 821 ss.; ID., *La perdita di chance*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, Milano, 2004; PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, in *Rep. civ. e prev.*, 2000, p. 580 ss. Da ultimo, RICCIO, in *Comm. breve c.c.*, diretto da Galgano, sub art. 1223, Piacenza, 2006, p. 958.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. U. VIOLANTE, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534, il quale evidenzia come nel caso considerato oggetto di risarcimento non è la possibilità, irrimediabilmente compromessa, di conseguire un risultato utile, ma la violazione dell'obbligo giuridicamente rilevante che imponeva un certo comportamento. Alla suddetta violazione può attribuirsi un valore in termini pecuniari proprio in ragione dell'entità della *chance* che si assume perduta; PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, cit., p. 583, ed ivi ulteriori riferimenti, il quale segnala che la dottrina ha in definitiva ravvisato nella perdita di *chance*

chance, ha in talune circostanze ritenuto sufficiente la prova della violazione della regola di buona fede e correttezza ⁽⁵⁸⁾.

Come è noto, la *chance*, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale, consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale. Siffatto, danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo ⁽⁵⁹⁾.

La perdita di *chance* costituisce una lesione del patrimonio del soggetto e pertanto è risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del danneggiante ⁽⁶⁰⁾. Al riguardo giova precisare che la prova può essere data anche in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità della realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno deve essere conseguenza immediata e diretta ⁽⁶¹⁾.

Il danno da perdita di *chance* è ontologicamente diverso rispetto a quello da mancato raggiungimento del risultato sperato, e pertanto il risarcimento del primo presuppone una domanda specifica ed autonoma ri-

un *excamotage* che consente di determinare il *quantum* del risarcimento dovuto da colui che con il suo comportamento non si è attenuto ai principi di correttezza e lealtà.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass., sez. lav., 15 marzo 1996, n. 2167, cit., ed in *Giur.it.*, 1997, I, 1, c. 792, con nota di RIGANÒ, *Promozione a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e responsabilità della perdita di chance*, la quale in motivazione enuncia che «sempre secondo la giurisprudenza di questa corte, il lavoratore che si ritenga illegittimamente pretermesso, e che non chieda al giudice la rinnovazione delle operazioni di concorso ma, come nel caso di specie, faccia valere solo la pretesa risarcitoria, può ottenere o il risarcimento del danno da mancata promozione, provando che il corretto svolgimento di dette operazioni lo avrebbe portato certamente fra i promossi, oppure il risarcimento del danno conseguito alla perdita della possibilità di promozione (cosiddetta perdita di *chance*), già acquisita nel proprio patrimonio al tempo della scorretta valutazione, bastando in tal caso solo la prova della violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. (Cass., 17 aprile 1990, n. 3183)».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Cass., sez. III, 21 luglio 2003, n. 11322, cit.; Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass., sez. III, 11 dicembre 2003, n. 18945, cit.; Cass., 18 marzo 2003, n. 3999, cit.; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass., 11 dicembre 2003, n. 18945, cit.

spetto a quella di risarcimento del secondo ⁽⁶²⁾. Il *quantum* del danno da perdita di *chance* è elemento variabile e strettamente dipendente da tutti quei fattori che condizionano, in termini di mero calcolo probabilistico, il concreto conseguimento del risultato finale ⁽⁶³⁾.

La configurazione del danno nei termini di perdita di *chance* comporta, ai fini della quantificazione, che esso vada liquidato in ragione d'un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati sperati (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento), assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo, oppure, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo *ex art. 1226 c.c.* ⁽⁶⁴⁾. Utilizzando i suddetti criteri di liquidazione, il risarcimento del danno per violazione del *pactum de tractando* potrebbe porsi a metà strada tra il c.d. interesse contrattuale negativo e il cd. interesse contrattuale positivo.

4. - *Risarcimento del danno da squilibrio contrattuale dovuto a mala fede*

Il suddetto orientamento giurisprudenziale, che configura la responsabilità precontrattuale anche dopo la conclusione del contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto, avvalorata la convincente tesi di quella parte della dottrina che ritiene facoltativo e concorrente all'azione di rescissione (magari non esperibile per mancanza della sproporzione *ultra dimidium*, o per intervenuta prescrizione o per altro), il rimedio del risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* ⁽⁶⁵⁾,

⁽⁶²⁾ Cfr. Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, cit.

⁽⁶³⁾ Cfr. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, cit., p. 582, il quale precisa che sotto il profilo economico, l'espressione *chance* indica una situazione aleatoria potenzialmente idonea a produrre, con un certo grado di probabilità, un risultato favorevole (cfr. Trib. Monza, 21 febbraio 1992, in *Riv. dir. sportivo*, 1994, p. 44, con nota di PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chance perdute?*): è abbastanza intuitivo che più sono le eventualità che di fatto condizionano il conseguimento del risultato, minore è il valore della *chance* definitivamente perduta.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, cit.; Trib. Reggio Calabria, 17 luglio 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 471; DI GREGORIO, *La valutazione equitativa del danno*, cit., p. 750.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 234 ss.; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., p. 280 ss.; LANZILLO, *Corso di diritto civile. La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, p. 289 ss., la quale tra l'altro precisa (p. 293) che l'azione di risarcimento dei danni, ai sensi del-

nella ipotesi in cui, per effetto della violazione della regola di buona fede e correttezza di una delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, si verifichi uno squilibrio contrattuale a danno della controparte ⁽⁶⁶⁾.

l'art. 1337 c.c., in luogo dell'azione di rescissione, potrebbe valere a mitigare la rigidità dell'art. 1450 che attribuisce al contraente profittatore la scelta se tenere fermo il contratto a condizioni modificate o subire la rescissione. In senso favorevole da ultimo si v. LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2005, p. 58 e p. 271 ss. In senso contrario cfr. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 404, il quale ritiene che nella rescissione in nessun caso si dà luogo a risarcimento dei danni. Al riguardo si è detto: benché nella rescissione per lesione tra gli elementi della fattispecie possa essere configurato un comportamento dannoso dell'approfitante, da tale comportamento non deriva altro che lo scioglimento del contratto. L'a. precisa però che, ove l'azione di rescissione sia esercitata o proseguita dopo la condanna penale, alla domanda può essere unita domanda di risarcimento, ma solo per tale titolo; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 113; COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 151 ss. Sui contrasti esistenti in dottrina si v. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 128 ss.; BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *questa rivista*, 1987, p. 287; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. dir. trim. e proc. civ.*, 1978, p. 350.

⁽⁶⁶⁾ Questo rimedio, ovviamente, è alternativo a quelli da me già proposti in *questa rivista*: cfr. *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *questa rivista*, 1999, p. 21 ss.; *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *questa rivista*, 1999, p. 939 ss.; *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *questa rivista*, 2000, p. 95 ss.; *Un obiter dictum della Cassazione in materia di clausole penali*, in *questa rivista*, 2001, p. 550 ss.; *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *questa rivista*, 2005, p. 927 ss. Per una ricostruzione sistematica del mio pensiero si v. *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, dirette da Galgano, Padova, 2002, p. 179 ss.; *Della rescissione del contratto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 201 ss.; *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 14 ss. In argomento si v. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2005, p. 509 ss., nonché gli scritti di BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *questa rivista*, 2005, p. 501 ss.; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *questa rivista*, 2005, p. 647 ss.; TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *questa rivista*, 2005, p. 578 ss.; ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»*, in *questa rivista*, 2001, p. 611 ss. Incentra la teoria del contratto sul principio di giustizia distributiva LORDI, *Il prezzo nel contratto di scambio*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, diretta da Perlingeri, Napoli, 2001, p. 159 ss.; RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, p. 142 ss.; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 258 ss.; CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, p. 187 ss.; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 184 ss. In senso contrario si v., da ultimo, SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in

L'approffittamento dello stato di bisogno in cui versa la controparte per trarne un ingiustificato vantaggio, infatti, costituisce certamente un'attività contrastante con il precetto di buona fede da osservare nella fase di formazione del contratto ⁽⁶⁷⁾. Il contraente che ha subito la lesione, qualora sussistano le condizioni, potrà richiedere la rescissione del contratto e il conseguente ripristino della situazione economica precedente alla stipula.

Il contraente sfruttato, peraltro, in via alternativa o concorrente, potrà ottenere tutela mantenendo in vita il contratto concluso ed agendo ai sensi dell'art. 1337 c.c. per la eliminazione del danno sofferto consistente nella sproporzione delle prestazioni ⁽⁶⁸⁾. Tuttavia, si ritiene che, *electa una via non datur recursus ad alteram*: nel caso in cui il contraente che ha subito la lesione abbia deciso di adire la via del risarcimento del danno, e abbia ottenuto una sentenza a lui favorevole, non potrà successivamente richiedere la rescissione del contratto. Ciò in quanto ai sensi dell'art. 1448, comma 3°, c.c. la rescissione del contratto non è ammessa qualora la lesione non perduri fino al tempo in cui la domanda è proposta ⁽⁶⁹⁾.

Qualora, invece, il contraente leso abbia chiesto ed ottenuto la rescissione del contratto, allo stesso gli potrà essere riconosciuto, se richiesto, anche il risarcimento del danno, solo se e nella misura in cui il danno non sia stato già eliminato interamente dalla rescissione del contratto. In altri termini, la semplice rescissione del contratto può non essere sufficiente a coprire tutti i danni subiti dal contraente leso, sicché quest'ultimo avrà diritto a chiedere ed ottenere ai sensi dell'art. 1337 c.c. l'integrale risarcimento dei danni.

La dottrina che accoglie la tesi che collega la rescissione alla responsa-

questa rivista, 2006, p. 919 ss., come già G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 1 ss. Per le altre monografie si v. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 230 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Bessone, XIII, tomo IV, Torino, 2004, p. 155 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temì*, 1965, p. 441; GIORDANO, *In tema di violenza morale e di stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 64; DISTASO, I) *I presupposti e il fondamento giuridico dell'azione generale di rescissione per lesione. La disciplina privatistica dei negozi usurari nel codice civile vigente*. II) *Poteri del giudice e offerta di «reductio ad aequitatem»*, nota a Cass., 31 gennaio 1949, n. 150, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, I, p. 131; G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 235; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. dir. trim. e proc. civ.*, 1978, p. 351; LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 272.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 236, il quale precisa in nota (154) che, qualora l'azione di rescissione sia prescritta, l'unica tutela ammissibile sarà quella risarcitoria.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 236, il quale precisa che, qualora, invece, la lesione subita non sia *ultra dimidium*, il contraente leso potrà agire solo in via risarcitoria.

bilità precontrattuale ⁽⁷⁰⁾, ritiene però che «l'azione di rescissione tende a reintegrare in forma specifica l'interesse del contraente leso dal comportamento scorretto, che ingenera responsabilità precontrattuale» ⁽⁷¹⁾. In base a questa interpretazione non sarebbe quindi ammissibile l'azione di danni, che rimarrebbe assorbita, dato che la rescissione del contratto opererebbe in via sanzionatoria come forma specifica di reintegrazione della parte danneggiata.

Una parte della dottrina ritiene che la tutela precontrattuale sia alternativa o comunque sussidiaria a quella rescissoria ⁽⁷²⁾. In particolare si è sostenuto che il ricorso alla responsabilità precontrattuale potrebbe utilmente verificarsi qualora manchi uno dei presupposti per la rescissione del contratto.

Qualora infatti la lesione non sia *ultra dimidium*, il contraente leso potrebbe chiedere ai sensi dell'art. 1337 c.c. il risarcimento dei danni in misura pari alla lesione subita ⁽⁷³⁾. In questo modo la parte lesa potrebbe ottenere un risultato analogo o addirittura identico a quello raggiungibile mediante la rescissione.

Al riguardo si è però rilevato che, così facendo, si contrasterebbe troppo apertamente con la volontà del legislatore, che ha posto limiti rigorosi all'ammissibilità della tutela della parte sfruttata a causa del suo stato di bisogno ⁽⁷⁴⁾.

La suddetta tesi si risolverebbe nell'alterazione dello schema normativo, in quanto consentirebbe l'eliminazione dello squilibrio al di fuori della specifica previsione normativa ⁽⁷⁵⁾. La tesi in questione, inoltre, risulterebbe

⁽⁷⁰⁾ Cfr. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 256; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, p. 86; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 350.

⁽⁷¹⁾ Cfr. GIORDANO, *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 56. Al riguardo si è replicato che, la funzione della rescissione non è quella risarcitoria in senso tecnico, ma quella di eliminare una lesione consistente nello squilibrio tra le prestazioni casualmente collegato allo stato di pericolo o allo stato di bisogno: si v. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 73.

⁽⁷²⁾ Cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 236, il quale ritiene applicabile l'art. 1337 anche al contratto concluso in stato di pericolo dato il comportamento illecito del contraente che ha concluso il contratto sfruttando la situazione in cui versava la controparte. Rimane in ogni caso salva la facoltà del giudice di assegnare un equo compenso per l'opera prestata dalla parte convenuta per il risarcimento dei danni.

⁽⁷³⁾ Cfr. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 355, ed ivi ulteriori riferimenti anche in merito al danno risarcibile.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 113.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. CARPINO, *La rescissione del contratto*, p. 74, il quale condivide le considerazioni critiche di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, p. 111 ss.

rebbe contraddittoria: in caso di danno maggiore (lesione enorme), breve termine di prescrizione; in caso di danno minore, maggiore termine di prescrizione: maggior danno, minore tutela, minor danno, maggiore tutela ⁽⁷⁶⁾.

Ragioni analoghe hanno indotto una parte della dottrina a considerare non accettabile la tesi che consente ⁽⁷⁷⁾, in particolare, alla parte bisognosa di proporre azione ex artt. 1337 e 1338 c.c., qualora sia inutilmente decorso il termine di prescrizione dell'azione di rescissione. Al riguardo si è infatti obiettato che, la presenza dei medesimi presupposti richiesti per la rescissione - in particolare la lesione *ultra dimidium* - condurrebbe esclusivamente ad un prolungamento del termine di prescrizione, privando, inoltre, la parte convenuta della possibilità di offrire di ricondurre il contratto ad equità ⁽⁷⁸⁾.

A ben vedere, il più fervido fautore delle suddette osservazioni critiche ⁽⁷⁹⁾, poi riprese da altri autori ⁽⁸⁰⁾, a seguito delle obiezioni mosse da una parte della dottrina ⁽⁸¹⁾, ha cambiato opinione ⁽⁸²⁾. Si ritiene, infatti, in

⁽⁷⁶⁾ Cfr. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 74.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 236, nota 154, il quale ritiene che, qualora l'azione di rescissione sia prescritta, l'unica tutela ammissibile sarà quella risarcitoria.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 74, il quale precisa che, la singolarità del rimedio rescissorio tendente a contemperare l'esigenza di tutela della libertà di determinazione volitiva con l'equilibrio delle prestazioni verrebbe travolta, in quanto, ogniqualvolta vi fosse lesione - non importa più se *intra* o *ultra dimidium* - essa condurrebbe, quasi inevitabilmente al tentativo di recuperare un contratto «sgradito», in netta antitesi con la sicurezza delle contrattazioni. Al riguardo si è osservato che, la restituzione a titolo di risarcimento del danno di quanto pagato in più rispetto al corrispettivo equo, si parrebbe in contrasto con quanto dispone l'art. 1450 c.c., per cui solo il contraente profittatore ha il diritto di optare per la conservazione del contratto a condizioni modificate: si v. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 290 ss., la quale precisa che comunque le norme in tema di rescissione (ed in particolare l'art. 1450 c.c.) appaiono largamente superate dalle leggi e dalla giurisprudenza degli ultimi tempi che tendono ad ammettere normalmente la modifica e la riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali oppressive. Sicché un eccessivo rigore nella disciplina dei rapporti fra rescissione e azioni di danni verrebbe a creare ulteriori disarmonie - rispetto al diritto vivente, se non a quello codificato - e risulterebbe in definitiva disatteso. Sui rapporti tra *reductio ad aequitatem* e risarcimento del danno si v. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 354.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 111 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 74 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr., per tutti, SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza e la rescissione del contratto per lesione*, cit., p. 355.

⁽⁸²⁾ Cfr. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in questa rivista, 1987, p. 297.

modo più convincente, che l'art. 1337 c.c., quale norma di chiusura, è applicabile anche quando il legislatore detta una disciplina particolare di una singola fattispecie di *culpa in contrahendo*, al fine di non lasciare impunita la disonestà e la slealtà del trattare⁽⁸³⁾. Ne discende che, nel caso in cui un soggetto, approfittando dell'altrui stato di bisogno, ha imposto un contratto a condizioni inique, qualora la lesione non eccede la metà del valore della prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata, questa non può domandare la rescissione del contratto (art. 1448 c.c.), ma potrà comunque chiedere nei confronti della parte in mala fede il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1337 c.c.⁽⁸⁴⁾.

Questa interpretazione è d'altra parte condivisa da coloro che ritengono che nei casi di lesione *infra dimidium* il contratto con cui si attua l'usura reale sarebbe valido ed efficace, e che la vittima avrebbe solo diritto al risarcimento del danno⁽⁸⁵⁾.

Al riguardo si precisa che, se i negozi sottratti, per insufficienza della lesione, all'art. 1448 c.c. sono dunque validi, non per questo il depauperato non è efficacemente protetto potendo egli pur sempre domandare il risarcimento dei danni: l'inapplicabilità del rimedio sanzionatorio non esclude, ancorché in base ad altre norme, il carattere illecito della condotta profittatoria sopra descritta. Che quest'ultima sia illecita, in particolare per contrarietà ai doveri di buona fede imposti dall'art. 1337 c.c., può desumersi proprio dalla concorrente qualificazione penale: atteso che l'art. 644 c.p. non trova certo nella misura della lesione indicata dall'art. 1448 c.c. il limite della propria applicazione, sarebbe incongruo affermare che l'usuraio sotto il profilo civilistico non abbia violato alcuna norma, qualora, per aver tratto vantaggi usurari in misura ad esempio, del quaranta per cento, subisca le conseguenze penali della sua condotta⁽⁸⁶⁾.

(83) Cfr. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 289, il quale precisa che, proprio questa funzione di garanzia di una corretta trattativa, da cui discende la sicurezza degli affari, rappresenta un valore così alto che non può cedere di fronte ad altri interessi particolari, quali quelli sopra accennati.

(84) Cfr. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 298.

(85) Cfr. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penale e tutela civilistica*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 234; RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, p. 269 ss. Per ulteriori riferimenti si v. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Le monografie di contratto e impresa*, dirette da Galgano, Padova, 2002, p. 176 ss.; LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 192 ss.

(86) Cfr. GRASSI, *Il nuovo reato d'usura: fattispecie penale e tutela civilistica*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 235, il quale precisa che alla vittima dell'usura spetta sia il rimedio satisfattorio offerto dal risarcimento del danno, sia l'azione di rescissione, con funzione sanzionatoria, tutte le volte in cui la lesione sia *ultra dimidium*.

In ogni caso, dato che a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996 sull'usura la fattispecie penale di cui all'art. 644 c.p. è molto più ampia della corrispondente fattispecie civilistica della rescissione ⁽⁸⁷⁾, è evidente che anche in presenza di uno squilibrio *infra dimidium* la parte danneggiata da un contratto usurario potrà chiedere il risarcimento dei danni anche ai sensi dell'art. 644, comma 6°, c.p. ⁽⁸⁸⁾.

5. - Conclusioni

Come ho più volte sostenuto in *questa rivista*, la clausola generale di buona fede tende ormai ad essere intesa non solo come una fonte di integrazione del contratto ⁽⁸⁹⁾, ma anche e soprattutto quale limite generale dell'autonomia dei privati, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto ⁽⁹⁰⁾.

La clausola generale di buona fede si rivela oggi come uno strumento di razionalizzazione complessiva delle operazioni contrattuali. Rappresenta il tramite (o lo strumento) per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁷⁾ Per ulteriori riferimenti si v. LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 192 ss.; RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, cit., p. 176 ss. e p. 187 s.

⁽⁸⁸⁾ Si segnala che in base al generale disposto dell'art. 185 c.p. la parte lesa avrebbe comunque diritto alle restituzioni ed al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 166 ss. e p. 198 ss., ed ivi ulteriori riferimenti; ID., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *questa rivista*, 1999, p. 83 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 112 ss. (ristampa 2004, p. 112 ss.). Sul punto si v., anche, PARTISANI, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall'inosservanza della clausola di buona fede*, commento a Cass., sez. III, 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.*, 2003, p. 174 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. il mio scritto: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *questa rivista*, 1999, p. 21. In senso conforme si v. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»*, in *questa rivista*, 2001, p. 641 s. e, da ultimo, MERUZZI, *L'exceptio doli*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, dirette da Galgano, Padova, 2005, p. 203 s.

⁽⁹¹⁾ Cfr. i miei scritti: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., p. 21; *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 14 ss. Sulla ragionevolezza si v., da ultimo, RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *questa rivista*, 2005, p. 619 ss., come già PERLINGERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 223 ss.; ID., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 346 ss., il quale affronta anche il principio di proporzionalità, che viene considerato di portata generale.

Ove il contenuto del contratto presenti straordinari oneri a carico di una parte, per effetto della violazione della regola di buona fede, ed il bilanciamento dei contrapposti interessi risulti visibilmente squilibrato, irragionevole, lesivo di quel costituzionale dovere di solidarietà sociale che da tempo la Cassazione collega al codicistico dovere di buona fede (art. 2 Cost.), allora il giudice non potrà accontentarsi di affermare che «il contratto è il contratto»⁽⁹²⁾, in ossequio al dogma ottocentesco dell'intangibilità del contratto, ma dovrà intervenire, in funzione repressiva e sanzionatoria dell'autonomia dei privati⁽⁹³⁾, o direttamente, correggendo equitativamente il contratto secondo valori di mercato comunemente condivisi⁽⁹⁴⁾, o indirettamente, risarcendo integralmente i danni subiti da una delle parti, per effetto della violazione dell'altra parte della regola di buona fede e correttezza nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.). Quest'ultimo rimedio, oltre a conciliare il conflitto autonomia contrattuale contro buona fede⁽⁹⁵⁾, supera le recenti obiezioni sollevate da Sicchiero⁽⁹⁶⁾, in quanto il giudice, in forza della

⁽⁹²⁾ Come da ultimo sembra sostenere SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in questa rivista, 2006, p. 919 ss., sia pure con qualche significativa apertura rispetto alla dogmatica ottocentesca.

⁽⁹³⁾ Cfr. i miei scritti: *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., p. 21; *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in questa rivista, 2005, p. 927 ss.; *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in questa rivista, 1999, p. 939 ss., dove mettevvo in evidenza che alla violazione del dovere di buona fede la giurisprudenza fa, dunque, derivare molteplici conseguenze: l'azione di danni, la risoluzione del contratto per inadempimento, l'invalidità dell'atto, la perdita del diritto, la perdita di efficacia dell'atto e, da ultimo, consentirebbe addirittura al giudice di sindacare e correggere il contratto secondo principi di equità. Si v., inoltre, LANZILLO-RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 201 ss.; RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, cit., p. 179 ss. Con riferimento alla rinegoziazione del contratto si v., da ultimo, MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in questa rivista, 2005, p. 539 ss.; ID., *La rinegoziazione del contratto*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, dirette da Galgano, Padova, 2006, p. 170 ss., il quale riconosce al giudice solo il potere di pronunciare la risoluzione o il risarcimento del danno per violazione dell'obbligo di rinegoziazione, e non già il potere di correggere la volontà delle parti (p. 182).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. i miei scritti: *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in questa rivista, 2000, p. 103; *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 14 ss. Sul punto si v., però, MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 6 ss.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, dirette da Galgano, Padova, 1998, p. 334.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, cit., p. 939 ss.

norma di chiusura di cui all'art. 1337 c.c. ⁽⁹⁷⁾, pur mantenendo fermo il contratto, è certamente legittimato a non lasciare impunita la disonestà e la slealtà del trattare, condannando la parte in mala fede a risarcire integralmente i danni derivati dall'ingiustizia contrattuale ⁽⁹⁸⁾.

Giova infine segnalare che, alla luce del consolidato orientamento della Cassazione ⁽⁹⁹⁾, risulta superata anche la recente obiezione sollevata da Perfetti ⁽¹⁰⁰⁾, dato che la responsabilità precontrattuale è chiaramente considerata ultrattiva rispetto alla successiva conclusione del contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la vittima del comportamento scorretto. Oggi, dunque, si può correttamente configurare una simmetria tra obbligo risarcitorio ed ingiustizia contrattuale, tutte le volte in cui quest'ultima sia il frutto della violazione della clausola generale di buona fede.

ANGELO RICCIO

⁽⁹⁷⁾ Cfr. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 289, il quale precisa che l'art. 1337 c.c., quale norma di chiusura, è applicabile anche quando il legislatore detta una disciplina particolare di una singola fattispecie di *culpa in contrahendo*, al fine di non lasciare impunita la disonestà e la slealtà del trattare.

⁽⁹⁸⁾ In questi casi, come nella fattispecie del dolo incidente (art. 1440 c.c.), il risarcimento del danno è volto a porre il contraente leso in una situazione economica equivalente a quella in cui lo stesso si sarebbe trovato se avesse concluso il contratto alle condizioni giuste. Cfr. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, tomo I, 1, cit., p. 375.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. III, 16 ottobre 1998, n. 10249, rel. Lupo, cit.; Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, rel. Marziale, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 277 s. e p. 369 s., il quale precisa che l'impossibilità di predicare l'ultrattività della responsabilità precontrattuale rispetto alla successiva stipula di un valido contratto, conferma che la norma dell'art. 1337 c.c. non può essere impiegata come strumento di repressione di condotte scorrette formative del contratto, in funzione di garanzia della giustizia di quest'ultimo anche fuori dai confini segnati dalla rescissione.

I "Dialoghi" sono un bimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

Comitato di Direzione: Francesco Galgano (*direttore*), Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Bruno Inzitar, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarni, Gabriello Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*fondatori*), Luclana Cabella Pisu, Rossella Cavallo Borgia, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Luca Nanni, Michele Sesta.

Redazione: Franco Angeloni, Annalisa Atti, Augusto Baldassari, Elisabetta Bertacchini, Lisia Carota, Daniela Genni, Angela De

Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giusella Finocchiaro, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martines, Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Elena Paolini, Flavio Peccenini, Aldo Pellicano, Margherita Pitralis, Giancarlo Regazzini, Angelo Riccio, Rita Rolli, Guido Santoro, Gianluca Sicchiero, Matteo Tonello, Laura Valle, Daniela Vittoria, Nadia Zorzi.

Redazione Inglese: Peter Xuereb; **redazione tedesca:** Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Direzione e redazione hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11
Tel. 051 232622 - fax 051 231238
E-mail: contrattoeimpresa@galgano.it

L'Amministrazione ha sede presso la casa Editrice CEDAM S.p.a., in Via Jappelli 5/6 35121 Padova
Tel. 049 8239111 ra. - fax 049 8752800

Internet: www.cedam.com
E-mail: info@cedam.com

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXII
N. 6 NOVEMBRE - DICEMBRE 2008
Poste Italiane s.p.a. - Sped. in abb. post. D.L. 353/2003
(conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB Padova

ATTENZIONE! In caso di mancato recapito, inviare all'Ufficio di Padova C.M.P. per la restituzione al mittente, che si impegna a corrispondere la tariffa dovuta.

TAXE PERÇUE - TASSA RISCOSSA - PADOVA C.M.P.

PREZZO € 30,00

