

## *Premessa*

La terza edizione di questo lavoro appare a vent'anni di distanza dalla prima ed a quindici dalla seconda; si tratta di un lasso di tempo sicuramente non breve caratterizzato da profonde trasformazioni di tutti i macro settori del diritto privato. Basti pensare al contratto, all'arricchimento senza causa, alla responsabilità civile, alla proprietà, alla famiglia, alle successioni, alla prescrizione e così via. In queste sede sarebbe ovviamente impossibile ricordare le innumerevoli novità che hanno visto la luce nel corso degli ultimi anni; basti per esempio ricordare la riforma tedesca del 2002 e quella francese del 2016, che hanno profondamente innovato in materia di obbligazioni e contratti; ma si pensi ancora alle varie riforme che hanno interessato la responsabilità civile, l'arricchimento senza causa, la proprietà, ma ancora la famiglia, le successioni, senza trascurare la prescrizione, profondamente riformata in Germania nel 2002 ed in Francia nel 2008. Negli ultimi anni il vento delle riforme si è fatto sentire anche in Italia, specie in materia di famiglia, filiazione, unioni civili, testamento biologico e così via. Molto meno in altri settori, come per esempio in materia di contratto, restituzioni contrattuali, responsabilità civile, successioni e prescrizione, dove continuano a trovare applicazione norme e principi ormai per lo meno in parte obsoleti. Questo comporta un ritardo cronico del sistema Italia, che stenta a tenere il passo con l'evoluzione giuridica mondiale ed in particolare europea. In queste condizioni la strada maestra sarebbe ovviamente quella della riforma del codice civile anche in Italia; nell'attesa che questo possa avvenire, molto è possibile fare fin d'ora in via interpretativa; in particolare la giurisprudenza in sintonia con la dottrina può spianare la strada al futuro intervento del legislatore, anticipando soluzioni che poi verranno recepite dal legislatore; basti per esempio ricordare certi recenti interventi delle sezioni unite in materia di meritevolezza dell'interesse, arricchimento senza causa, *compensatio lucri cum damno*, pene private, prescrizione e così via. Ovviamente molto resta ancora da fare, ma la strada intrapresa è sicuramente quella giusta; la giurisprudenza con l'ausilio delle clausole generali, si pensi in particolare alla buona fede, può infatti

fare molto per veicolare all'interno del sistema quelle soluzioni che si stanno affermando a livello globale e che sempre più insistentemente bussano alla porta anche in Italia.

P.G.

## Capitolo Primo

### *Il contratto*



## Sezione Prima

### *Dalla tipicità dei contratti al principio pacta sunt servanda*

SOMMARIO: 1. Dallo *status* al contratto. – 2. Formalismo e consenso nella tradizione romanistica. – 3. Dal diritto romano ai nostri giorni nella sub tradizione di *civil law*. – 4. Tipicità ed atipicità dei contratti nella sub tradizione di *common law*. – 5. Le azioni di *debt* e di *assumpsit*.

#### 1. *Dallo status al contratto*

Secondo una fortunata ricostruzione storica il contratto sarebbe tipico soprattutto delle società moderne. Sumner Maine in un famoso studio sul diritto primitivo ha sostenuto che mentre nelle società primitive la condizione delle persone era determinata soprattutto dal loro *status*, in primo luogo nell'ambito della famiglia, marito e moglie, padre e figlio, fratello e sorella, ed in secondo luogo nell'ambito della società, sovrano e suddito, padrone e schiavo, e così via, nelle società moderne il contratto ha preso il posto dello *status*<sup>1</sup>. La condizione delle persone non è più determinata in modo assoluto dal loro *status* di origine, ma piuttosto dalle loro capacità e dai contratti che saranno in grado di concludere. Per esempio, mentre le società antiche conoscevano largamente la schiavitù, e la società feudale si basava sulla servitù della gleba che vincolava le persone alla terra, la società moderna ha abolito questi vecchi istituti riconoscendo a ciascun lavoratore la più piena libertà contrattuale<sup>2</sup>. Il contratto e la libertà contrattuale hanno così soppiantato lo *status*.

Si tratta di una tesi che indubbiamente racchiude un nocciolo di verità, anche se sarebbe fuorviante ritenere che le società antiche non conoscevano il contratto. In realtà gli studi di antropologia giuridica chiariscono

---

<sup>1</sup> MAINE, *Ancient Law*, London 1861, London 1907; BAKER, *Dalla santità del contratto alle ragionevoli aspettative*, in *Curr. Leg. Prob.*, 1979, 17, tr. it., *CeI*, 1986, 674, con presentazione di FUSARO.

<sup>2</sup> KAHN, FREUND, *A Note on Status and Contract in British Labour Law*, in 30 *MLR*, 1967, 635.

che lo scambio, e quindi il contratto, è sempre stato centrale nella vita delle società umane. Presso tutte le società umane sono sempre stati vietati i rapporti tra consanguinei; dal divieto dell'incesto deriva come conseguenza ulteriore che tra i vari gruppi vi sono sempre stati contatti per consentire lo scambio per lo meno delle donne<sup>3</sup>. Molto frequenti erano inoltre gli scambi commerciali di manufatti e generi alimentari<sup>4</sup>. Il baratto è una delle forme più primitive di contratto che è sopravvissuta fino ai nostri giorni con la denominazione di permuta, anche se dopo l'affermazione dell'economia monetaria e della moneta il suo campo d'applicazione si è vieppiù ristretto a favore della vendita.

Molto diffuso nelle società primitive era altresì il dono. Secondo un noto studio di Mauss, il dono sarebbe anzi stato la forma più tipica di scambio presso le società primitive; nel senso cioè che il ricevimento di un dono faceva sorgere l'obbligo di ricambiarlo<sup>5</sup>. Periodicamente in occasione delle festività più varie, matrimoni, ricorrenze, e così via, venivano organizzati colossali banchetti la cui funzione era quella di consentire la consumazione del cibo e lo scambio dei doni<sup>6</sup>.

Lo scambio di donne, manufatti, derrate alimentari, e così via, nella forma del baratto o della donazione reciproca, ha pertanto connotato il genere umano fin da tempo immemorabile. Volendo andare ancora più indietro nel tempo ci si potrebbe domandare quando, o meglio ancora in quale epoca di sviluppo dell'umanità, è stato concluso il primo contratto della storia. Il contratto, inteso come scambio volontario, è in altre parole una manifestazione peculiare del genere umano o è praticato anche da altre specie animali, ed in particolare dai primati che più ci sono vicini nella scala evolutiva?

Non vi è alcun dubbio che il contratto non è l'unico mezzo che consente di attuare lo scambio. Un'alternativa allo scambio volontario può per esempio essere costituita dal furto; si pensi per esempio ai furti di bestiame o ai rapimenti di donne così frequenti presso le società più primitive<sup>7</sup>. La stessa guerra, secondo la ben nota teoria dello scambio formulata da Lévi-Strauss, costituirebbe una forma di relazione sociale tra gli uomini che ha luogo quando falliscono le relazioni pacifiche fondate su doni reciproci. In questa prospettiva la guerra sarebbe null'altro che una forma patologica delle relazioni sociali<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> MAC LENNAN, *Primitive Marriage*, Edimburg 1865.

<sup>4</sup> MALINOWSKI, *Diritto e costume nelle società primitive*, London 1926, tr. it., Roma 1972.

<sup>5</sup> MAUSS, *Essai sur le don, Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, in *Sociologie et anthropologie*, Paris 1950, 143 ss.

<sup>6</sup> REMOTTI, *Potlach*, in *Digesto*, 4<sup>a</sup> ed., vol. XIV, Torino 1996, sez. civ.

<sup>7</sup> EVANS, PRITCHARD, *I Nuer, Un'anarchia ordinata*, Oxford 1940, tr. it., Milano 1975; LEVI-STRAUSS, *La vita familiare e sociale degli indiani Nambikwara*, Torino 1970.

<sup>8</sup> ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano 1992.

Prima del contratto viene quindi il furto, la pura violenza, la legge del più forte.

Ad un certo punto la pura violenza ha però iniziato a cedere il passo a forme più consensuali di scambio. I comportamenti cooperativi, e tra questi in primo luogo i contratti, hanno gradualmente soppiantato forme più arcaiche di appropriazione. Del resto alcune forme embrionali di accordo e di scambio volontario nella forma *do ut des* sono ben testimoniate anche presso i primati che più ci sono vicini nella scala evolutiva<sup>9</sup>.

È però soprattutto con gli uomini che il contratto, lo scambio volontario, è diventato il fulcro della vita sociale. Il contratto consente di aumentare la propria soddisfazione per il tramite dello scambio con altri individui dei propri prodotti e manufatti. Un particolare tipo di contratto, il matrimonio, consente di assicurarsi una famiglia ed una discendenza.

La centralità dello scambio volontario nella vita delle comunità umane è ben testimoniata dalla crescente importanza assunta dai mercati e dalle fiere, intesi quali punto di incontro per consentire lo scambio di beni e prodotti<sup>10</sup>.

Come mai il contratto, e più in generale le forme di scambio consensuale, hanno gradualmente soppiantato forme più arcaiche di appropriazione e di scambio<sup>11</sup>? In altre parole come mai ad un certo punto i vari gruppi umani hanno cessato di sottrarsi reciprocamente le donne od i generi alimentari, ed hanno preferito instaurare pacifiche relazioni di scambio commerciali? Ovviamente lo scambio volontario è più efficiente rispetto a quello violento, ed è meno cruento; esso evita inoltre di diventare a propria volta soggetti passivi dell'altrui violenza, nonché ancora di cadere nella spirale delle vendette e delle ritorsioni incrociate. Presso le società primitive una delle cause più ricorrenti di guerra tra gruppi confinanti è proprio costituita dalla vendetta in caso di rapimento di donne o di sottrazione di capi di bestiame.

## 2. *Formalismo e consenso nella tradizione romanistica*

Sebbene il contratto e lo scambio volontario sia diventato da tempo immemorabile uno degli aspetti più caratterizzanti il comportamento sociale dell'uomo, il contratto non può sicuramente considerarsi una figura unitaria. La prima forma di contratto è probabilmente stata costituita dal

---

<sup>9</sup> Quando per esempio le femmine di gorilla o di scimpanzè desiderano appropriarsi del cibo raccolto dai maschi, mostrano la loro disponibilità sessuale: CHIARELLI, *Origine della socialità e della cultura umana*, Bari 1984.

<sup>10</sup> BRAUDEL, *I giochi dello scambio*, Torino 1981.

<sup>11</sup> ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano 1992; VERDIER, *La vengeance*, Paris 1980.

baratto in senso proprio, vale a dire dallo scambio di beni giudicati di valore equivalente, come per esempio una donna e vari capi di bestiame, ortaggi e manufatti, e così via. In seguito in tutte le società umane si è verificata una progressiva tendenza ad utilizzare determinati beni, come per esempio l'oro, certi capi di bestiame, conchiglie, e così via, come mezzo di scambio universale. In vari periodi della nostra storia, anche recente come per esempio durante la seconda guerra mondiale, la scarsità della moneta o altri motivi contingenti hanno indotto le persone ad utilizzare come mezzo di scambio beni diversi dal denaro, come per esempio pacchetti di sigarette, bottiglie di liquore, e così via. Gradualmente il baratto si è comunque evoluto nella compravendita nel senso moderno dell'espressione, vale a dire nello scambio di beni dietro un corrispettivo pecuniario, senza peraltro scomparire mai del tutto.

Sebbene la moneta sia generalmente diventata il mezzo di scambio più diffuso, il contratto può assumere molteplici aspetti. In particolare possono variare anche notevolmente le circostanze o i presupposti in presenza dei quali l'ordinamento è disposto a configurare l'esistenza di un valido contratto vincolante. In generale le società più antiche non conoscevano ancora la forma moderna del contratto puramente consensuale vincolante. Il mero impegno consensuale di tenere un certo comportamento nel futuro, per esempio di dare o di fare qualche cosa, non poteva considerarsi vincolante sul piano giuridico. L'ordinamento non disponeva ancora di mezzi coercitivi tali da garantire il rispetto della parola data per il futuro.

Piuttosto diversa era invece la situazione se l'accordo consensuale rivestiva certe formalità, era accompagnato dalla dazione di garanzie reali, o dall'adempimento per lo meno di una delle due parti. I primi contratti non sono infatti stati i contratti puramente consensuali, ma piuttosto i contratti formali ed i contratti reali. Il rispetto di certe formalità, la pronuncia di parole solenni, si pensi tipicamente alla *sponsio* romana, poteva infatti essere preso in considerazione dall'ordinamento giuridico al fine del sorgere di impegni giuridicamente vincolanti<sup>12</sup>. Molto probabilmente nelle società più primitive la pronuncia di parole solenni o rituali rivestiva altresì un significato magico o rituale. La pronuncia di certe formule o il compimento di formalità prestabilite poteva cioè modificare la stessa realtà, attribuire la proprietà dei beni, legare in matrimonio due persone, e così via. Si pensi per esempio alla ritualità tipica di certe forme di trasferimento della proprietà come la *mancipatio*, il matrimonio, e così via. Gli stessi romanisti hanno del resto evidenziato le commistioni magiche e religiose insite nelle formule romane più antiche<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994.

<sup>13</sup> FARALLI, *Diritto e magia, saggio su A. Hagerstrom*, in PATTARO (cur.), *Contributi al realismo giuridico*, Milano 1982, 1.

Presso altre popolazioni primitive, come per esempio i germani, i contratti consensuali si perfezionavano mediante la consegna di un oggetto (*Wadia*), che fungeva da pegno garantendo la serietà dell'impegno e l'effettiva intenzione di adempiere.

Oltre ai contratti formali ed ai contratti garantiti da pegno, un'altra forma contrattuale molto diffusa presso gli ordinamenti giuridici meno evoluti è costituita dai contratti reali, che si perfezionano solo come conseguenza dell'effettiva dazione di un bene. In queste condizioni il mero accordo consensuale, per esempio finalizzato allo scambio di un bene dietro un certo corrispettivo, non è considerato vincolante dall'ordinamento se non nel momento in cui ha luogo l'effettiva dazione materiale del bene in questione. Il contratto si perfeziona in altre parole solo nel momento in cui il bene oggetto di scambio viene materialmente consegnato. La dazione del bene determina in altre parole l'obbligo giuridicamente vincolante di devolvere il corrispettivo pattuito, ed il conseguente diritto della controparte di esigerne il pagamento.

Una delle forme contrattuali più antica è sicuramente costituita dai contratti reali. La figura era ben rappresentata già nel diritto romano con i contratti di deposito, comodato, mutuo e pegno, che in conformità alla tradizione sono configurati come contratti reali anche dai principali codici moderni ed in particolare dal codice civile italiano del 1942. In origine il campo di applicazione dei contratti reali era però sicuramente più ampio e comprendeva anche il contratto di compravendita. Nulla osta infatti alla configurabilità come contratto reale dello stesso contratto di compravendita, che in questa prospettiva si perfeziona solo nel momento in cui ha effettivamente luogo la consegna del bene compravenduto.

Successivamente i contratti formali e reali hanno iniziato a subire la concorrenza dei più moderni e snelli contratti puramente consensuali. L'evoluzione è ben testimoniata dal diritto romano dove erano considerati puramente consensuali i contratti più tipici delle economie mercantili, come per esempio il contratto di compravendita, di società, la locazione, e così via. In questa prospettiva il diritto romano può essere considerato come una sorta di tappa intermedia tra il diritto delle società più antiche e quello contemporaneo.

Il diritto romano non conosceva ancora la figura generale del contratto consensuale moderno, ma piuttosto una pluralità di figure contrattuali tipiche. I contratti potevano sorgere *re, verbis, litteris, consensu*, vale a dire mediante l'effettiva dazione del bene (*re*), mediante la pronuncia di parole solenni, o il rispetto di certi formalismi (*verbis, litteris*), o infine mediante il puro scambio dei consensi (*consensu*)<sup>14</sup>. In questo quadro i contratti puramente consensuali, che pur erano già ben rappresentati, costituivano

---

<sup>14</sup> GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1950.

ancora una minoranza. Sarà infatti solo in seguito ad una lunga evoluzione che gradualmente nel corso del diritto intermedio i contratti consensuali prenderanno definitivamente il sopravvento rispetto alle forme più arcaiche di contratto.

### 3. Dal diritto romano ai nostri giorni nella sub tradizione di civil law

In materia contrattuale uno degli sforzi principali intrapreso dai giuristi intermedi è consistito nel superare gradualmente il sistema romano di rigorosa tipicità contrattuale<sup>15</sup>.

In particolare un caposaldo del diritto romano classico era il principio per cui *ex nudo pacto actio non oritur*. L'accordo nudo, privo di *vestimentum*, vale a dire il contratto meramente consensuale, non poteva cioè assumere rilevanza in base ai principi del diritto comune fondato sul diritto romano.

L'attacco contro il dogma in questione, nonché il principio di tipicità delle figure contrattuali, venne intrapreso essenzialmente lungo due direttrici: da un lato dal fronte del diritto canonico, dall'altro lato dal fronte del diritto naturale<sup>16</sup>.

Il diritto canonico ha sempre costituito un ordinamento a parte rispetto al diritto comune fondato sul diritto romano<sup>17</sup>. In particolare il diritto canonico ha sempre attribuito notevole importanza al rispetto della parola data, o all'impegno assunto in qualsiasi modo, anche senza il rispetto delle formalità prescritte dal diritto civile<sup>18</sup>. L'impegno, ancorché informale, poteva avere una ben precisa rilevanza per lo meno sul piano della coscienza; tanto più poi se era stato confermato mediante un vero e proprio giuramento. La *denuntiatio evangelica*<sup>19</sup> consentiva di denunciare l'inadempimento di fronte alle competenti autorità ecclesiastiche affinché venissero presi i provvedimenti più opportuni al fine della redenzione del peccatore. E poiché la remissione del peccato presupponeva il ravvedimento del peccatore, l'assoluzione era subordinata all'effettivo adempimento dell'impegno assunto, ancorché in via informale.

Ecco quindi come in questo modo le corti ecclesiastiche si siano ritagliate una ben precisa competenza in materia contrattuale. L'espansione

<sup>15</sup> CARLINI, *Contratto e patto nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1989, sez. civ.

<sup>16</sup> MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 819.

<sup>17</sup> P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962.

<sup>18</sup> P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi in diritto canonico*, in *11 Annali Macerata*, 1937, 115.

<sup>19</sup> Più ampiamente, P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Grandi sistemi giuridici*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2001.

della competenza delle corti ecclesiastiche in materia contrattuale determinò un crescente conflitto con i tribunali civili, al quale si cercò di porre rimedio limitando la possibilità di adire tali corti ai soli casi in cui la promessa fosse stata assunta mediante giuramento<sup>20</sup>. Il mero scambio dei consensi, sebbene privo di rilevanza sul piano dello stretto diritto civile, poteva inoltre far sorgere obblighi sul piano della coscienza e come conseguenza ulteriore vere e proprie obbligazioni naturali; le quali sebbene siano prive di azione escludono la possibilità di ottenere la restituzione di quanto spontaneamente prestato in esecuzione di esse (*soluti retentio*).

A loro volta le obbligazioni naturali, sebbene prive di azionabilità diretta, potevano acquisire rilevanza sul piano dello stesso diritto civile se confermate successivamente al loro sorgere. La conferma del debito valeva in altre parole a renderlo direttamente azionabile di fronte alle corti civili. Questa è in buona sostanza l'origine dei c.d. *pacta geminata*, un tempo diffusi specie nell'Italia settentrionale<sup>21</sup>.

Ecco quindi come nel corso del medioevo si sia assistito ad una progressiva erosione dell'assioma romanistico in base al quale il nudo consenso non era sufficiente ad obbligare. Un ulteriore contributo a favore della piena affermazione della figura generale del contratto consensuale, venne altresì effettuato dal giusnaturalismo europeo.

Fondamentale sotto questo profilo appare il contributo di Ugo Grozio nel *De iure belli ac pacis* del 1625. Nelle premesse filosofiche di quest'opera Grozio pose le basi del giusnaturalismo europeo, individuando alcuni principi di ragione talmente evidenti da apparire giustificati di per sé. Tra i principi minimi che devono necessariamente reggere una società civile, spicca la regola *pacta sunt servanda*. Nel sistema di Grozio la necessità di rispettare in ogni caso la parola data assurge infatti a principio cardine di qualsiasi forma di aggregazione civile.

Ovviamente i principi enunciati da Grozio nel 1625 non riflettevano il diritto effettivamente applicato dai tribunali, ancora largamente basato sul diritto romano. Si trattava di un diritto dei filosofi che andava ben oltre rispetto al diritto del diciassettesimo secolo. I principi del diritto naturale hanno però fornito chiare indicazioni circa la direzione in cui doveva evolversi la prassi, fornendo nel contempo una griglia concettuale che ha favorito l'aggregazione e la razionalizzazione dei rimedi e delle figure contrattuali tipiche offerte dalla tradizione romanista. Gradualmente doveva quindi farsi viepiù strada l'idea che anche il mero scambio dei consensi può essere idoneo a far sorgere obbligazioni giuridicamente vincolanti.

Il passo successivo è stato compiuto da autori come Domat e Pothier, nelle cui opere iniziano ad essere elaborate regole comuni a tutti i contrat-

---

<sup>20</sup> BURTON (cur.), *Towards a General Law of Contract*, Berlino 1990, 51.

<sup>21</sup> ASTUTI, *Pactum geminatum*, in *Studi Besta*, Milano 1938, vol. I.

ti. Si andava chiaramente verso l'elaborazione di una teoria generale del contratto<sup>22</sup>. Occorreva però attendere il Codice Napoleone prima che un testo legislativo effettivamente vigente recepisce e rendesse concretamente operante una tale idea (art. 1134 *C. Nap.*).

Successivamente il principio *pacta sunt servanda* è diventato tipico della sub tradizione di *civil law*, e non è più stata messa in discussione l'idea che per rendere vincolante un accordo è sufficiente lo scambio dei consensi (art. 1321 c.c.). Dalla tipicità dei contratti tipica del diritto romano si è così passati alla piena ammissione della possibilità per i contraenti di concludere qualsivoglia contratto, anche non specificamente previsto dal codice (art. 1322 c.c.).

#### 4. Tipicità ed atipicità dei contratti nella sub tradizione di common law

Nonostante le notevoli divergenze di origine della sub tradizione di *common law*, in materia contrattuale è possibile ravvisare un'evoluzione sostanzialmente comparabile a quella che si è verificata nella sub tradizione di *civil law*; da un sistema di figure contrattuali tipiche, per lo più reali o formali, si è infatti gradualmente passati al pieno riconoscimento della figura generale del contratto consensuale. A ulteriore riprova della sostanziale unità dell'intera *Western Legal Tradition*.

Gli storici concordano nell'asserire che prima dello sviluppo del *common law* inglese presso le corti centrali di *Westminster*, le corti locali baronali avevano una competenza pressoché generale in materia contrattuale<sup>23</sup>. Successivamente la progressiva espansione della giurisdizione delle corti centrali determinò una crescente prevalenza di queste ultime a scapito delle prime.

Il diritto che si sviluppò presso le corti centrali di *Westminster*, vale a dire il *common law* inglese, è però sempre stato piuttosto debole in materia contrattuale. La competenza originaria delle corti centrali era infatti per lo più limitata alle sole questioni che in qualche modo potevano interessare il sovrano, o il mantenimento dell'ordine pubblico (*the King's peace*), come per esempio gli atti illeciti, le controversie tra feudatari relative ai rapporti di infeudazione. Ne conseguì che il *common law* inglese si sviluppò soprattutto in materia di *torts* e di *property*.

La conclusione dei contratti e l'eventuale inadempimento contrattuale erano invece circostanze strettamente private, e come tali non idonee a

---

<sup>22</sup> BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988, 11.

<sup>23</sup> BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London 1990, 364.

costituire una minaccia per la pace del regno. La debolezza congenita del *common law* inglese in materia contrattuale fu ulteriormente acuita dal blocco dei *writs*<sup>24</sup>, e dalla conseguente impossibilità di introdurre nuove forme di azione per tutelare in generale i contraenti in caso di inadempimento degli impegni assunti.

In materia contrattuale il *common law* medioevale conosceva essenzialmente due rimedi; l'azione di *covenant*, e l'azione di *debt*.

In origine l'azione di *covenant* serviva per sanzionare la conclusione dei contratti consensuali; lo *statute of Gloucester* (1278) stabilì però che un tale rimedio poteva essere esperito solo in presenza di accordi *under seal* o *deeds*<sup>25</sup>. Gli accordi *under seal* o *deeds* sono conclusi mediante atti formali e solenni che ancora attualmente vengono utilizzati nei Paesi di *common law* per rendere vincolante qualsiasi tipo di impegno, ancorché non supportato da una controprestazione (*consideration*). Gli atti *under seal*, così qualificati perché in origine dovevano essere muniti di vera e propria ceralacca e sigillo, vengono usualmente impiegati anche per effettuare donazioni e lasciti.

La loro funzione può in qualche misura essere comparata a quella dei nostri atti pubblici; ancora più semplicemente si tratta di atti formali e solenni, suscettibili di qualsiasi contenuto, la cui funzione è quella di determinare il sorgere di obbligazioni anche in mancanza di ragioni giustificative ulteriori. Nei paesi di *common law* gli atti *under seal* vengono altresì utilizzati per effettuare il trasferimento della proprietà immobiliare (*conveyance*). Quello che comunque è certo è che si tratta di atti formali, in cui l'effetto giuridico è il risultato dell'espletamento delle formalità previste, più che non del mero scambio dei consensi.

Il secondo rimedio offerto dal *common law* medioevale era l'azione di *debt*<sup>26</sup>. Il *debt* non era peraltro un rimedio unitario; esistevano fondamentalmente due tipi di *debt*:

A) il *debt sur obligation*, il quale implicava un atto solenne *under seal*;

B) ed il *debt sur contract*, il quale implicava un *quid pro quo*; vale a dire uno scambio.

Nel primo caso per poter agire in *debt* era sufficiente produrre l'atto solenne dal quale derivava il debito in questione; nel secondo caso era invece essenziale la prova di un *quid pro quo*. In questa prospettiva per poter

---

<sup>24</sup> P. GALLO, *Grandi sistemi*, cit.

<sup>25</sup> CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova 1990, 10.

<sup>26</sup> SALMON, *The History of Contract*, in 3 *LQR*, 1887, 116; MCGOVERN, *Contract in Medieval England*, in 54 *Iowa L.R.*, 1968, 19; MCGOVERN, *The Enforcement of Oral Contract prior to Assumpsit*, in 65 *N.W.U.L.R.*, 1970, 576; SIMPSON, *A History of the Common Law of Contract*, Oxford 1975; ARNOLD, *Fourteenth Century Promises*, in *C.L.J.*, 1976, 321; STOLJAR, *A History of Contract at Common Law*, Camberra 1975; TEEVEN, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, New York 1990, 7 ss.

agire in *debt sur contract* non era però sufficiente la prova della reciprocità degli impegni assunti, ma era essenziale che per lo meno una delle due parti avesse già adempiuto.

Inizialmente non vi era alcuna distinzione tra le azioni di *debt* e di *detinue*. Glanville parla genericamente di azione di *debt-detinue*. Nel corso del tredicesimo secolo i due rimedi si differenziarono però nettamente: se il venditore aveva già consegnato la merce oggetto dello scambio, poteva agire in *debt* per recuperare il corrispettivo pattuito; se viceversa il compratore aveva già pagato la somma dovuta poteva agire in *detinue* per ottenere i beni che gli competevano. In queste condizioni pare evidente che quello che realmente contava ai fini della coercibilità giuridica del comportamento della controparte non era tanto il mero scambio dei consensi, quanto il fatto che per lo meno una delle due parti avesse già adempiuto alla sua prestazione. Muovendoci un istante nelle categorie romanistiche pare evidente come il contratto venisse concluso *re*, vale a dire come conseguenza dell'effettiva dazione materiale del bene.

Sarà solo nel corso del quindicesimo secolo che sotto la spinta delle esigenze delle classi mercantili gradualmente iniziò ad affermarsi il principio per cui la proprietà poteva passare già fin dal momento della conclusione del contratto, in virtù del solo scambio dei consensi, anche senza effettiva consegna del bene compravenduto<sup>27</sup>.

Il sistema contrattuale inglese continuava in ogni caso ad essere piuttosto rigido ed ingabbiato in una procedura spesso arcaica e farraginosa. In particolare non esistevano in termini generali rimedi che consentissero di imporre l'esatto adempimento degli impegni assunti. In queste condizioni fu inevitabile che altri istituti, ed in particolare la *law of torts*, venisse estesa, anche per il tramite di finzioni, al fine di consentire di colmare le lacune del sistema originario dei *contracts*. Di fondamentale importanza fu sotto questo profilo il ruolo svolto dal *trespass*, un rimedio del *common law* più antico sul quale, come avremo modo di constatare nel corso delle prossime pagine, si fonda per lo meno metà del *common law* moderno.

Le prime applicazioni del *trespass* in materia contrattuale si sono verificate nei casi di *misfeasance*, vale a dire cattivo adempimento del contratto. In un *leading case* del 1348<sup>28</sup>, un barcaiolo aveva sovraccaricato di animali la sua chiatto, con la conseguenza che alcuni di essi caddero in acqua e perirono. I giudici ammisero la responsabilità per *trespass* del barcaiolo. In un altro caso del 1369<sup>29</sup>, un veterinario maldestro aveva determinato la

---

<sup>27</sup> TEEVEN, *op. cit.*, 47; *Doige's Case*: "If I buy a horse from you, now the property in the horse is in me, and for this you shall have a writ of debt for money and I shall have *detinue* for the horse on this bargain".

<sup>28</sup> *Humber Ferry Case*, 22 Ass. 94 (no. 41).

<sup>29</sup> *Waldon v. Marshall*, Y.B. 43 Edwards III, Michs. no. 38.

morte di un cavallo che era stato affidato alle sue cure. Anche in questo caso il veterinario venne ritenuto responsabile per *trespass*.

Ecco quindi come gradualmente il *trespass*, vale a dire la *law of torts*, abbia iniziato ad espandersi in materia di responsabilità contrattuale. Nei due casi che abbiamo appena ricordato l'applicazione della *law of torts* non presentava particolari problemi dato che il cattivo adempimento del contratto aveva causato danni di natura fisica ai beni dell'altro contraente. Si trattava in altre parole di due tipici casi di possibile cumulo della responsabilità contrattuale e delittuale; che consentono in altre parole di scegliere se far riferimento alla *law of contracts*, o alla *law of torts*. L'espansione del *trespass* non era però altrettanto agevole nei casi di inadempimento puro e semplice (*nonfeasance*). Se infatti la controparte non adempiva l'impegno assunto non era possibile chiedere il risarcimento dei danni mediante la *law of torts*.

Per alcuni secoli la contrapposizione tra *misfeasance*, che legittimava il ricorso al *trespass*, e *nonfeasance* che viceversa non poteva essere fonte di responsabilità extracontrattuale è stata tipica del diritto inglese, ostacolando l'elaborazione di una teoria organica e compiuta del contratto consensuale.

Fino all'inizio del diciassettesimo secolo gli unici due rimedi utilizzabili in termini generali in caso di inadempimento erano le azioni di *covenant* e di *debt*.

## 5. Le azioni di *debt* e di *assumpsit*

Un rimedio concorrente con l'azione di *debt* era l'*assumpsit*. Anche l'*assumpsit* era un rimedio delittuale figliato dal *trespass*, e precisamente dal *trespass on the case*, il quale poteva essere invocato ogniqualvolta non veniva tenuto fede ad un impegno assunto espressamente. Per poter agire in *assumpsit* non era sufficiente la conclusione di un contratto, e tanto meno la sua esecuzione, ma occorreva l'esplicita assunzione di un impegno; in particolare occorreva che il convenuto, vale a dire la parte inadempiente avesse esplicitamente confermato il suo debito con un'*assumpsit*.

Se una persona aveva un debito, che poteva derivare oltre che da un contratto da qualsiasi altra fonte idonea a creare obbligazioni, il creditore poteva in primo luogo agire in *debt*; se però il debitore aveva confermato in modo espresso l'esistenza del suo debito, il creditore poteva agire non solo più in *debt*, ma anche in *assumpsit*. Da qui il nome di questo rimedio – *indebitatus assumpsit* – che stava ad indicare la conferma esplicita del debito proveniente dal debitore stesso: nella mia condizione di debitore (*indebitatus*), confermo, riconosco, assumo (*assumpsit*), di dovere una somma di denaro.

Si trattava a prima vista di un qualche cosa di molto simile alla nostra

“promessa di pagamento o ricognizione di debito”, la quale non è sufficiente a determinare l’esistenza del debito, ma “dispensa colui a favore del quale è stata fatta dall’onere di provare il rapporto fondamentale”; l’esistenza del quale si presume fino a prova contraria (art. 1988 c.c.). La ricognizione di debito conduce in altre parole al fenomeno della c.d. astrazione processuale o inversione dell’onere della prova; e sostanzialmente comparabili erano gli effetti dell’*assumpsit* in Inghilterra.

Altri hanno invece visto un’analogia tra l’*assumpsit* e la pratica dei c.d. *pacta geminata*, diffusi un tempo nell’Italia settentrionale, in base alla quale l’accordo non diventava vincolante se non dopo essere stato confermato in un momento successivo<sup>30</sup>. In realtà si tratta di un’analogia più apparente che reale, dato che mentre i *pacta geminata* presupponevano effettivamente due promesse successive al fine del sorgere del vincolo, la conferma del debito (*assumpsit*) in Inghilterra aveva una rilevanza meramente processuale che si rifletteva in una semplificazione dell’onere della prova. Ad ogni modo i vantaggi che essa presentava rispetto all’azione di *debt* erano veramente notevoli.

Le azioni di *debt* e di *detinue* erano rimedi arcaici che risalivano alle prime fasi di evoluzione del *common law* inglese. In primo luogo l’azione di *debt* presupponeva un debito di entità certa; in secondo luogo il creditore rischiava di perdere la causa se il debitore riusciva a trovare un certo numero di congiuratori i quali attestavano che egli era degno di fede e meritava di essere creduto sulla parola (*wager of law*).

Il *wager of law* è un antichissimo mezzo di prova fondato sul giuramento. Il convenuto giurava, ed undici persone confermavano che si trattava di persona degna di fede. Si trattava di persone che in origine provenivano dai luoghi in cui era sorta la controversia, ma che in seguito venivano reclutate a pagamento tra gli oziosi che stazionavano perennemente intorno alle corti di *Westminster*; i quali si trasformarono in veri e propri congiuratori di professione<sup>31</sup>.

Si trattava di una procedura che trovava già in precedenza applicazione presso le corti locali, e che i giudici estesero anche di fronte alle corti centrali; ma che indubbiamente aveva poco senso al di fuori da un contesto locale. Il *wager* era comunque già più moderno rispetto alle ordalie vere e proprie. Si riteneva che chi spergiurava mettesse in pericolo la sua anima, ma non erano previste sanzioni terrene per colpire gli spergiuri. Oltre agli aspetti di irrazionalità insiti nella procedura del *wager*, si considerino ancora i maggiori oneri processuali e fiscali che implicava il *debt* rispetto all’*assumpsit*.

---

<sup>30</sup> DAVID, PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2<sup>a</sup> ed., Paris 1985, 43, n. 59; ALPA, DELFINO, *Il contratto nel common law*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 1997; MONTANIER, SAMUEL, *Le contrat en droit anglais*, Grenoble 1999.

<sup>31</sup> TEEVEN, *op. cit.*, 9.

In queste condizioni era inevitabile che nella pratica si verificassero forti spinte a privilegiare sempre di più l'azione di *assumpsit* rispetto a quella di *debt*. Questa tendenza era del resto favorita dagli stessi giudici del *King's Bench*, competenti in materia di *assumpsit*, i quali erano a loro volta interessati, non da ultimo per ragioni fiscali, ad espandere la loro giurisdizione a scapito di quella del *Common Pleas*, competente in materia di *debt*.

In un primo tempo questa tendenza venne però ostacolata dai giudici della Corte dello *Exchequer*, creata nel 1565, e composta da giudici del *Common Pleas* e baroni dello *Exchequer*, la quale fungeva da giudice d'appello rispetto alle decisioni del *King's Bench*. In numerose decisioni pronunciate verso la fine del sedicesimo secolo la Corte dello *Exchequer* si oppose con decisione ai tentativi del *King's Bench* di espandere la sua giurisdizione a scapito di quella della Corte del *Common Pleas*.

Sarà solo con il famoso *Slade's Case* del 1602 che finalmente la Corte dello *Exchequer* consentirà al *King's Bench* di espandere la sua giurisdizione per il tramite dell'*assumpsit* in materia contrattuale. Prima del raccolto Mr. Slade aveva venduto una partita di grano a Mr. Morley, il quale si era impegnato a pagarla £ 16 il giorno della festa di S. Giovanni il Battista. Scaduti i termini del pagamento Mr. Slade agì in giudizio in *assumpsit* presso i giudici del *King's Bench* per il pagamento.

A rigor di logica l'azione avrebbe potuto essere intentata solo in *debt* presso i giudici del *Common Pleas*, dato che il debito nascente dal contratto di compravendita non era stato successivamente confermato. I giudici del *King's Bench* si dichiararono però ugualmente competenti *desumendo l'esistenza di una tale conferma (assumpsit) dall'esistenza stessa del debito*. Essi in termini del tutto generali giunsero cioè alla conclusione che ogniqualvolta vi è un debito, nascente come nel caso di specie da un contratto di compravendita, si può presumere l'esistenza di una conferma, e cioè di un *assumpsit*. In questo modo l'esercizio dell'*assumpsit* venne definitivamente sganciato dalla prova di una effettiva conferma, la quale veniva implicata sulla base dell'esistenza stessa del debito<sup>32</sup>.

A partire da questo momento le due azioni di *debt* e di *assumpsit* divennero due effettive alternative, ed è facilmente comprensibile come dopo questa data l'azione di *debt* sia andata rapidamente in desuetudine. L'azione di *assumpsit* con tutte le facilitazioni processuali che le erano proprie

---

<sup>32</sup>*Slade's Case* (1602) Co. Rep. 91a, 67 E.R. 1072, 1077: "... every contract ... imports in itself an *assumpsit*, for when one agrees to pay money, or to deliver any thing, thereby he assumes or promise to pay, or deliver it, and therefore when one sells any goods to another, and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration thereof agrees to pay so much as such a day, in that case both parties have an action of debt, or an action on the case on *assumpsit*, for the mutual executory agreement of both parties imports in itself reciprocal actions upon the case, as well as actions of debt ...".

diventò così un vero e proprio rimedio generale in materia contrattuale. Grazie a questa decisione in Inghilterra si aprì la strada al definitivo riconoscimento della figura generale del contratto consensuale. Si affermò così l'idea che le obbligazioni contrattuali potevano essere create dal nulla in base ad una semplice promessa; o al limite sulla base dello scambio con un'altra promessa<sup>33</sup>.

A partire da questa data qualsiasi accordo consensuale, purché supportato da un'idonea *consideration*, poteva cioè essere considerato vincolante e fatto valere in giudizio, senza la necessità di provare elementi ulteriori. Parimenti per evitare di agire in *detinue*, che consentiva il *wager of the law*, si allegava fittiziamente la perdita del bene ed il suo successivo ritrovamento da parte del convenuto; il quale commetteva pertanto *conversion*. L'azione che si utilizzava era il *trover*, un'altra filiazione del *trespass on the case*, la cui procedura prevedeva il *trial by jury* in luogo della famigerata procedura del *wager*.

Sebbene in Inghilterra il riconoscimento della figura generale del contratto consensuale risalga solo al 1602, non bisogna trascurare che in quello stesso torno di anni in Europa non si era ancora giunti al pieno superamento del sistema di tipicità contrattuale risalente al diritto romano. L'enunciazione in termini del tutto generali del principio *pacta sunt servanda* risale infatti solo al *De iure belli ac pacis* di Grozio del 1625. Si consideri ancora che un tale principio diventerà diritto effettivamente applicato solo a partire dal Codice Napoleone del 1804.

Nonostante le apparenze gli inglesi ci hanno dunque preceduti anche nel superamento del più arcaico sistema di tipicità contrattuale e nella configurazione della figura generale del contratto consensuale moderno.

---

<sup>33</sup> ATIYAH, *Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979; FRIED, *Contract as Promise, A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Ma., 1981; BUCKLEY, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, London 1999.

## Sezione Seconda

### *Buona fede e responsabilità precontrattuale*

SOMMARIO: 1. Il dovere di comportarsi secondo buona fede. – 2. La responsabilità precontrattuale. – 3. La responsabilità precontrattuale in Germania. – 4. I doveri di informazione.

#### *1. Il dovere di comportarsi secondo buona fede*

Il principio di buona fede contrattuale può sicuramente considerarsi un cardine del moderno sistema contrattuale<sup>34</sup>. Esso compare in tutti i codici moderni, a partire dal Codice Napoleone (art. 1134), per passare al BGB (§ 242), al codice civile svizzero (art. 2), al codice civile italiano del 1942 (artt. 1175, 1337, 1375), ed allo UCC americano (§ 1-203)<sup>35</sup>. Può però essere interessante notare come, nonostante la simmetria esistente a livello legislativo, un tale principio abbia avuto sviluppi piuttosto differenti nei vari ordinamenti. In particolare mentre il principio di buona fede ha ricevuto una miriade di applicazioni nel sistema tedesco, esso è rimasto per moltissimo tempo praticamente lettera morta negli altri ordinamenti. È infatti solo in tempi più recenti che si è avuto un risveglio di interesse per la buona fede e più in generale per le clausole generali anche in Italia<sup>36</sup>.

Il principio di buona fede contrattuale costituisce una tipica clausola generale<sup>37</sup>, volutamente lasciata indefinita dal legislatore, suscettibile dei

---

<sup>34</sup> PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris 1989; BROWNSWORD, HIRD, HOWELLS, *Good Faith in Contract, Concept and Context*, Aldershot 1998; FORTE, *Good Faith in Contract and Property*, Oxford 1999; ZIMMERMANN, WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000; JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats*, Paris 2001; ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles 2000; PASA, *Strategie argomentative fondata sulla buona fede nella dottrina e nella prassi giurisprudenziale spagnola*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 741; PARISI, *Good Faith nell'esecuzione del contratto*, Salerno 2002.

<sup>35</sup> "Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement"; CALAMARI, PERILLO, *op. cit.*, 508.

<sup>36</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Contratto e buona fede*, 2ª ed., Milano 2014.

<sup>37</sup> P. GALLO, *Grandi sistemi*, cit., 159.

contenuti e delle applicazioni più svariate. In Germania la rilevanza del § 242 del BGB è stata centrale ai fini dell'adeguamento del BGB, consentendo l'introduzione di svariati istituti che non erano neppure stati previsti del legislatore, come per esempio i doveri di protezione, le clausole vessatorie, la *Verwirkung*, l'abuso del diritto, il contratto con espansione di efficacia nei confronti del terzo, e così via.

Le applicazioni del principio di buona fede sono invece state per molto tempo notevolmente inferiori sia in Francia che in Italia, a riprova del fatto che ad un'identità di disciplina normativa non necessariamente corrisponde altresì un'uniformità a livello applicativo. Negli ultimi tempi, probabilmente come conseguenza della progressiva senescenza del codice, è però possibile notare un notevole risveglio di interesse per le clausole generali, in connessione ad un accresciuto attivismo giudiziario<sup>38</sup>. In questa prospettiva il principio di buona fede ben può costituire un comodo punto di riferimento dal quale far scaturire una pluralità di doveri accessori, al pari del resto di quanto si è già verificato in Germania.

Notevole è per esempio il dibattito attuale in materia di doveri di informazione<sup>39</sup>. Si ritiene infatti che, specie nell'ambito delle trattative, il principio di buona fede e di correttezza imponga alle parti di comunicarsi un numero crescente di circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto (artt. 1337, 1338 c.c.).

Il concetto di buona fede assume notevole rilevanza anche in materia di inadempimento, dove è stato impiegato per identificare il margine di sacrificio fino al quale sono reciprocamente tenuti i contraenti. In conformità al modello sotteso nell'art. 1218 c.c. il mero incremento dei costi e delle difficoltà di esecuzione non sarebbe sufficiente a liberare il debitore dall'obbligo di effettuare l'adempimento<sup>40</sup>. Anche se il costo della prestazione è lievitato di 10, 100, 1000 volte, il debitore non sarebbe liberato dall'obbligo di adempiere, salvo il limite costituito dall'oggettiva impossibilità sopravvenuta dell'adempimento.

In realtà una tale concezione, se presa alla lettera, potrebbe dar adito a disparità di trattamento nel settore delle obbligazioni; se l'obbligazione nasce da contratto è infatti possibile chiedere la risoluzione non solo nei casi di impossibilità sopravvenuta, ma anche nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta, con conseguente scioglimento del contratto e liberazione del debitore; se invece l'obbligazione non è contrattuale, il mero incremento dei costi, ancorché dovuto ad eventi straordinari ed imprevedibili, non sarebbe in linea di principio sufficiente a liberare il debitore.

In realtà la nozione di impossibilità sopravvenuta è ormai stata atte-

---

<sup>38</sup> P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

<sup>39</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, V, *Il contratto*, Torino 2017.

<sup>40</sup> Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1339.

nuata anche nel settore delle obbligazioni non contrattuali e sostituita con quella di impraticabilità e di inesigibilità in base ad un giudizio di buona fede<sup>41</sup>. Il concetto di impossibilità non deve infatti essere inteso in modo assoluto, ma deve essere calato nella concretezza del rapporto. In questa prospettiva dovranno ritenersi oggettivamente impossibili anche quelle prestazioni che non appaiano giustificate in base ad un calcolo in termini di costi e di benefici<sup>42</sup>. Per esempio se nel corso del trasporto via mare della merce la nave affonda in seguito ad una tempesta, il debitore dovrà ritenersi liberato dall'obbligo di consegnare, sebbene sia ancora materialmente possibile scendere fino in fondo al mare e recuperare la merce stessa. Parimenti se un imprenditore assume l'obbligo di trasportare merci su di un'isola attraverso un ponte, è liberato dal suo impegno nel caso in cui una mareggiata particolarmente violenta distrugga l'unica via di accesso all'isola, sebbene sia ancora possibile effettuare il trasporto per il tramite di elicotteri; ma si pensi ancora ad una persona che abbia assunto l'impegno di spedire merce deteriorabile da Napoli a Milano; in caso di sciopero dei treni sarebbe ovviamente possibile spedire la merce per via aerea, ma ad un costo nettamente superiore. Nei casi di questo genere occorre valutare se l'adempimento sia ancora praticabile e in caso di risposta positiva su quale dei due contraenti sia preferibile, sulla base di una valutazione dell'economia complessiva dell'affare, far gravare i costi aggiuntivi.

---

<sup>41</sup> MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1954, I, 185; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 205.

<sup>42</sup> DELFINI, *op. cit.*, 28 nota 11, ivi riferimenti; Trib. Genova, 8 aprile 1959, *Dir. mar.*, 1960, 507, ha considerato risolto ex art. 1463 c.c. un contratto in seguito alla chiusura del Canale di Suez; decisione confermata anche nei successivi gradi di giudizio: *Giust. civ.*, 1962, I, 87; Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 372: "L'intero fenomeno dinamico delle obbligazioni si deve svolgere sul piano della collaborazione e correttezza tra i soggetti. Se con la collaborazione di una delle parti (creditore) il vincolo può essere conservato senza eccessivi aggravii e senza un comportamento inesigibile in relazione alla qualità del contraente onerato, le mere difficoltà prospettate dall'altra parte (debitore), in quanto agevolmente neutralizzabili mediante detto comportamento, non giustificano il recesso di colui che ha rifiutato di cooperare"; Trib. Milano, 14 dicembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 172: "La diligenza della banca nell'adempimento dei suoi obblighi inerenti l'identificazione del presentatore e il conseguente pagamento di un assegno non trasferibile, deve essere valutata in base al grado di attenzione e di prudenza richiesto dalla professionalità del servizio espletato. È da escludersi, peraltro, che la banca debba dotare i propri dipendenti di strumenti tecnottici per il controllo di ogni singolo titolo negoziato"; il debitore può però essere tenuto ad attivarsi per rimuovere eventuali impedimenti all'adempimento: Cass., 5 agosto 2002, n. 11717: "... non basta eccepire che la prestazione non possa eseguirsi per fatto del terzo ma occorre dimostrare la propria assenza di colpa con l'uso della diligenza spiegata per rimuovere l'ostacolo frapposto da altri all'esatto adempimento"; occorre pertanto indagare: "... sull'eventuale attività svolta dal promittente compratore per superarne le ragioni ... per rimuovere in altro modo l'ostacolo frapposto dal terzo".

In seguito è risultato chiaro che l'inesigibilità può dipendere anche da sopravvenienze di carattere non patrimoniali, tali da rendere non più esigibile l'adempimento in base al principio di buona fede<sup>43</sup>; in questa prospettiva il lavoratore con l'influenza potrebbe ancora materialmente recarsi sul posto di lavoro, ma si ritiene in linea di principio che la sua assenza sia giustificata; ma si pensi ancora alla cantante di opera lirica che non si presenta a teatro in seguito ad un grave lutto, e così via.

Notevoli sono altresì le applicazioni giurisprudenziali in materia di recesso, dove la giurisprudenza ha chiarito che il recesso può essere in contrasto con la buona fede, se prima di esso, si è tenuto un comportamento tale da indurre l'altro contraente a fare affidamento sulla prosecuzione del rapporto<sup>44</sup>.

Il principio di buona fede contrattuale compare altresì nello UCC americano. Si tratta di una disposizione voluta da Llewellyn, uno dei principali artefici dello UCC, di chiara derivazione tedesca. È un dato ormai acquisito che Llewellyn ha tratto ampiamente spunto dal diritto tedesco in sede di redazione dello UCC<sup>45</sup>. Questa regola, sebbene nei primi tempi sia rimasta per lo più lettera morta anche nel sistema americano, negli ultimi tempi ha focalizzato in misura crescente l'attenzione della dottrina e della prassi<sup>46</sup>.

Anche in Inghilterra, mentre tra il 1967 ed il 1987 si era diffusa la convinzione che certe innovazioni potessero essere introdotte solo in via legislativa<sup>47</sup>, successivamente si è assistito ad un risveglio dell'attivismo giudiziario. Ne costituisce una conferma il riconoscimento della figura del contratto a favore del terzo da parte della *Court of Appeal*<sup>48</sup>. In questa prospettiva la dottrina della buona fede contrattuale costituisce un importante strumento di controllo del contratto<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli 2012, con recensione di MACARIO, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1153.

<sup>44</sup> SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *CeI*, 1986, 766; Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1986; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, 449; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, 2479; in senso contrario: Trib. Roma, 4 dicembre 1898, *Banca borsa*, 1991, II, 672.

<sup>45</sup> WHITMAN, *Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, 97 *Yale L.J.*, 1987, 156; O'CONNOR, *Good Faith in English Law*, Aldershot 1990; BEATSON-FRIEDMANN, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1995, 5.

<sup>46</sup> FARNSWORTH, *Good Faith Performance, and Commercial Reasonableness under the UCC*, in 30 *U.Chi.L.R.*, 1963, 666; CALAMARI, PERILLO, *op. cit.*, 508; BEATSON, FRIEDMANN, *op. cit.*

<sup>47</sup> *The Misrepresentation Act*, 1967; *The Unfair Contract Terms Act*, 1987; *The Minors Contract Act*, 1987.

<sup>48</sup> *Darlington BC v. Wiltshier Northern Ltd.* (1995) 1 W.L.R. 68.

<sup>49</sup> *Stiletto Visual Programmes Ltd.* (1989) Q.B. 433.

Secondo Ripert la buona fede è l'appiglio utilizzato dal legislatore per far penetrare la regola morale nel diritto civile<sup>50</sup>. Tipica della tradizione giuridica occidentale è una certa discrasia tra i precetti dell'etica tradizionale e quelli strettamente giuridici. Se infatti da un punto di vista morale è biasimevole non avvertire la controparte degli errori che sta commettendo, o ancora cercare di approfittare della sua ignoranza, e così via, non altrettanto vale sul piano dello stretto diritto. In ogni caso i doveri giuridici di correttezza, informazione, e così via sono molto più limitati di quelli che si pongono sul piano dell'etica<sup>51</sup>. In questa prospettiva può ben dirsi che i principi di buona fede e correttezza nelle trattative (*fair dealings*) costituiscono una sorta di raccordo tra il diritto e l'etica, contribuendo alla moralizzazione delle trattative e del mondo degli affari<sup>52</sup>.

## 2. La responsabilità precontrattuale

Il discorso sulla buona fede ci induce inevitabilmente ad occuparci anche della responsabilità precontrattuale<sup>53</sup>. Ci si domanda infatti se il dovere di comportarsi secondo buona fede gravi soltanto sulle persone già legate da un vincolo contrattuale vero e proprio, o se viceversa possa operare anche a livello delle trattative.

Nella tradizione giuridica occidentale il problema della responsabilità precontrattuale ha radici storiche senza dubbio ben più antiche rispetto al famoso scritto di Jhering sulla *culpa in contrahendo*<sup>54</sup>. Volendo andare il più possibile indietro nel tempo si può partire dal diritto romano, dove sicuramente non mancavano istituti attinenti al tema in oggetto<sup>55</sup>. Basti per

<sup>50</sup> RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>a</sup> ed., Paris 1949.

<sup>51</sup> Nel 1871 Chief Justice Cockburn considerando un caso ipotetico di vendita di un terreno in cui vi era un giacimento minerario considerò che: "A Man of tender conscience and high honour would be unwilling to take advantage of the ignorance of the seller; but there is no doubt that the contract would be binding": *Smith v. Hughes* (1871) L.R. 6 Q.B. 597, 604.

<sup>52</sup> ATIYAH, *Promises, Morals, and Law*, Oxford 1981.

<sup>53</sup> Più ampiamente: P. GALLO, *Trattato del contratto*, 3 voll., Milano 2010.

<sup>54</sup> JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jh.Jb.*, 1861, IV, 1 ss.; ID., *Della colpa in contrahendo, ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, tr. it., a cura di PROCCHI, Napoli 2005.

<sup>55</sup> FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi Fadda*, vol. III, Napoli 1906, 271; TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova 1941, 27; MOSCO, *Culpa in contrahendo e determinazione del danno risarcibile*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, 3, 431; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1956, II, 360; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, ri-

---

stampa Napoli 2012; ID., *Culpa in contrahendo*, in *CeI*, 1987, 287; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 972; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano 1974; LOI, TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano 1975; ID., *Culpa in contrahendo*, in *CeI*, 1987, 293; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972; ANGELICI, *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del BGH*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1977, 23; LUMINOSO, *La lesione dell'interesse negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *CeI*, 1988, 782; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1274; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 165; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli 1990; ARIETTI, *Responsabilità precontrattuale (Sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 729; CARUSO, *La culpa in contrahendo, L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano 1993; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da Schlesinger, Milano 1993; SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino 1993, vol. II, 229 ss., 565 ss.; MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Digesto*, sez. civ., vol. XVII, Torino 1998, 391; MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trat. dir. civ.*, dir. da Sacco, Torino 1998, 635 ss.; ID. (cur.), *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino 1998; AMBROSOLI, *Recesso dalle trattative in caso di offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Contratti*, 1999, 311; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2000, 155 ss.; RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Napoli 2000; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova 2002; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Napoli 2003; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli 2013; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: La fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 295; ID., *La responsabilità precontrattuale, Il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 487; ID., *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi*, Bianca; SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano 2004; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in *CeI*, 2006, 944; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale, una nuova stagione*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 295; DE MAURO, FORTINGUERRA, TOMMASI, *La responsabilità precontrattuale*, 2<sup>a</sup> ed., Padova 2007; AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino 2008; AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in *Studi Busnelli*, Milano 2008, I, 389; SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 2008; BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano 2009; D'ALESSANDRO, *La culpa in contrahendo nella prospettiva del regolamento CE n. 44 del 2001 e del regolamento CEE n. 864 del 2007 ...*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 279; F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm.*, dir. da Galgano, Padova 2010; profili storici in LAMBRINI, *La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2011, 277; CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *Eu. dir. priv.*, 2010, 1; BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano 2012; FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, in *Studi*, CATAUDELLA, Napoli 2013, II, 891-925; FACCIOI, *La responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. del genitore per l'annullamento del contratto concluso in conflitto d'interessi con il figlio minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 195-207; ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 344-358, nonché in *Studi*, DE NOVA, Milano 2015, IV, 3239-3259; T. FEBBRAIO, *Good Faith and Precontractual Liabili-*

esempio pensare al dolo ed alla violenza perpetrati nel corso delle trattative da un contraente a danno dell'altro. In origine il dolo e la violenza erano considerati fatti illeciti fonte di responsabilità extracontrattuale, con conseguente obbligo di risarcire il danno subito dal contraente vittima dell'inganno o della violenza. È solo in un momento successivo che dal piano della responsabilità delittuale, si è iniziati a passare a quello della validità del contratto, in virtù di *exceptiones*, la cui funzione era quella di impedire la conclusione del contratto viziato dal dolo o dalla violenza.

Si tratta in buona sostanza di regole che trovano ancora applicazione ai nostri giorni, dove il dolo, e così pure la violenza, possono essere sia fonte di responsabilità precontrattuale, si pensi in particolare al regime del dolo incidente (art. 1440 c.c.), sia causa di invalidità del contratto (art. 1427 c.c.)<sup>56</sup>.

In seguito in area francese a partire da Pothier, risalendo forse al diritto comune, fermo restando il principio per cui il dolo e la violenza potevano essere sia fonte di responsabilità che di invalidità del contratto, si affermò gradualmente il principio per cui anche il contraente che fosse ca-

---

*ty in Italy: Recent Developments in the Interpretation of Article 1337 of the Italian Civil Code*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 291-312; BEVIVINO, *Affidamento precontrattuale e regole di responsabilità*, Napoli 2016; TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: looking back, thinking forward*, *CeI*, 2017, 233-255; VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, *CeI*, 2017, 335-355; BIANCA, *Alla fonte della responsabilità precontrattuale*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo*, a cura di CATERINI, DI NELLA, FLAMINI, MEZZASOMA, POLIDORI, I, Napoli 2017, 127; MAISTO, *Gli argomenti per una relativizzazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta nella selezione del rimedio alle scorrettezze dell'attività precontrattuale*, *ivi*, 1121; SCAGLIONE, *Culpa in contrahendo e nullità conformativa*, *ivi*, II, 2139.

Per alcuni profili comparatistici: PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli 1999; ALPA, *La responsabilità precontrattuale*, II, *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991; RABELLO, *Buona fede e responsabilità precontrattuale, nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato*, in *Riv. trim.*, 2000, 471; ARYE BEBCHUK, BEN-SHAHAR, *Precontractual Reliance*, in *J.Leg. stud.*, 2001, 423; DE CONNINCK, *Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles*, in *Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, FONTAINE (cur.), Bruxelles 2002, 134; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2003; BEN-SHAHAR, *Contracts Without Consent: Exploring a New Basis for Contractual Liability*, in 152 *U.Pa. L.R.*, 1829 (2004), il quale fa riferimento ai *reliance damages*, 1871; al quale risponde: MANN, *Contracts – Only With Consent*, 152 *U.Pa.L.R.*, 1873 (2004); WOLF, *La culpa in contrahendo nel diritto tedesco*, in *Annuario di diritto tedesco*, anno 2003, Milano 2005; § 311 BGB; MUSY, *op. cit.*; CARUSO, *op. cit.*; MERUZZI, *op. cit.*, 268 ss., *ivi* riferimenti; AFFERNI, *op. cit.*, 2 ss.; P. PARDOLESI, *Promissory estoppel*, Bari 2009, 169 ss.; con particolare riferimento al diritto inglese ed americano: LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica*, Torino 2009; L.M. FRANCIOSI, *Trattative e due diligence*, Milano 2009.

<sup>56</sup> SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, II, 238.

duto in errore come conseguenza del comportamento colpevole dell'altro contraente, con conseguente invalidità del contratto, aveva diritto al risarcimento del danno<sup>57</sup>.

Ecco quindi che, non solo il dolo e la violenza, ma anche la colpa, o meglio ancora la colposa induzione in errore dell'altro contraente, poteva essere fonte non solo di invalidità del contratto ma anche di responsabilità delittuale del contraente che si era comportato in modo scorretto nel corso delle trattative a danno dell'altro. Si noti in particolare la perfetta simmetria che si veniva a creare in questo modo tra dolo ed errore. Il contraente che cadeva in errore, non importa se in seguito ad un comportamento doloso o anche meramente colposo dell'altro contraente, aveva diritto non solo ad impugnare il contratto, ma anche al risarcimento del danno.

Si trattava del resto di un'applicazione che discendeva pianamente dai principi in materia di responsabilità delittuale; non solo il dolo ma anche il comportamento colpevole nel corso delle trattative, potevano dunque essere fonte di responsabilità extracontrattuale.

In questo quadro in Francia dopo l'emanazione del Codice Napoleone non è stato difficile risolvere il problema della responsabilità che può porsi nella fase di formazione dei contratti facendo riferimento al vasto disposto dell'art. 1382 C. Nap.<sup>58</sup>. Come è ben noto, il codice civile francese ha infatti codificato un principio generale di responsabilità fondato sulla colpa (art. 1382 C. Nap.). In queste condizioni non era dunque difficile risolvere il problema della responsabilità, non solo dolosa ma anche colposa, nel corso delle trattative; era sufficiente far riferimento alla formula onnicomprensiva dell'art. 1382 C. Nap.<sup>59</sup>.

Diversa era invece la situazione in Germania, dove nel XIX secolo i giuristi erano costretti a fare i conti con le strettoie dei rimedi delittuali romani, rigorosamente tipici e come tali non facilmente utilizzabili per fondare una responsabilità per *culpa in contrahendo*; si consideri ancora che il danno in questione è puramente patrimoniale, e come tale non sussumibile nelle ipotesi tradizionali in cui ancora attualmente viene concesso il risarcimento del danno in Germania (§ 823 BGB)<sup>60</sup>.

Come è ben noto, dell'intera questione si appropriò Jhering, il quale formulò la teoria in base alla quale se l'invalidità del contratto è dovuta a

---

<sup>57</sup> VERGA, *op. cit.*, 27.

<sup>58</sup> P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti giuridici*, Torino 1998, 60 ss.

<sup>59</sup> SALEILLES, *La responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, 697-751.

<sup>60</sup> P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti giuridici*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2003, 337; CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, 325, 326.

colpa di uno dei due contraenti, questi è tenuto a risarcire i danni subiti dalla controparte per aver fatto affidamento nella validità del contratto nei limiti dell'interesse negativo<sup>61</sup>. Si consideri a questo proposito che in base ai principi giuridici del tempo solo nel caso in cui l'invalidità del contratto fosse dovuta a dolo di una parte, era configurabile un obbligo di risarcimento del danno e non anche nel caso in cui l'invalidità fosse dovuta a mera colpevolezza; in queste condizioni, Jhering, con l'ausilio delle fonti romane, riuscì a dimostrare che anche nei casi di *culpa in contrahendo* poteva ammettersi la responsabilità della parte che aveva dato causa all'invalidità del contratto; si pensi in particolare all'alienazione di *res extra commercium*, di eredità inesistenti e così via. Sempre con l'ausilio delle fonti romane, Jhering giunse a ritenere che nei casi di questo genere si fosse ormai entrati in una sfera in senso lato contrattuale, con conseguente natura contrattuale della responsabilità a carico della parte in colpa; sempre in questa prospettiva la differenza rispetto ai casi di valida conclusione del contratto, avrebbero dovuto ravvisarsi sotto il profilo delle conseguenze risarcitorie; in caso di responsabilità per conclusione di un contratto nullo, il risarcimento avrebbe dovuto essere limitato all'interesse negativo; in caso di inadempimento di un valido contratto, il risarcimento doveva invece essere rapportato all'interesse positivo.

Jhering, per aggirare le strettoie costituite dal sistema tedesco di responsabilità civile, ancora saldamente ancorato al sistema delittuale romano delle origini, aveva dunque ricondotto la *culpa in contrahendo* nell'alveo della responsabilità contrattuale. Si tratta di una formulazione famosissima, il cui impatto è stato notevole, a tal punto da condizionare pesantemente l'evoluzione successiva dell'istituto. Ancora ai nostri giorni molti dei problemi che si pongono in materia di responsabilità precontrattuale risentono dell'originaria impostazione jheringhiana.

La questione venne ampiamente discussa anche in Italia sotto il vigore del codice del 1865, dove la dottrina era per lo più contraria a configurare la possibilità di illeciti commessi nella fase delle trattative. In dottrina prevaleva in altre parole l'idea che la fase delle trattative fosse del tutto libera, e che pertanto ciascuna parte potesse recedere in qualsiasi momento, senza correre il rischio di dover risarcire i danni; pena un attentato eccessivo nei confronti della libertà dai contraenti<sup>62</sup>. Del resto, come avremo modo di vedere nel prosieguo dell'esposizione, proprio queste sono le idee che hanno continuato ad essere diffuse nell'area di *common law* fin verso la fine del ventesimo secolo.

Fu merito di Faggella, discostarsi rispetto a questa linea di pensiero, e

---

<sup>61</sup> TAGLIASACCHI, *op. cit.*, 236 ss.

<sup>62</sup> In questo senso la dottrina a quell'epoca dominante: COVIELLO, *Della c.d. culpa in contrahendo*, in *Il filangieri*, 1900, 727; CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, 12.

sostenere con vigore l'opportunità di configurare forme di responsabilità precontrattuali in caso di scorrettezze commesse durante la fase delle trattative<sup>63</sup>. Soluzione che doveva ricevere gradualmente conferma da parte della giurisprudenza<sup>64</sup>, e sfociare infine nell'espresso riconoscimento della responsabilità precontrattuale da parte degli artt. 1337 e 1338 c.c.

In base all'art. 1337 c.c. le parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. Più specificamente in base all'art. 1338 c.c. la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.

La specifica previsione di una disciplina legislativa dell'istituto non è però valsa a sopire del tutto le dispute circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in questione; anche se però è ormai prevalente la tesi circa la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale. In Italia non esistono infatti le strettoie che avevano indotto Jhering a configurare come contrattuale la responsabilità in questione<sup>65</sup>.

Si consideri ancora che la regola di buona fede nelle trattative non può in realtà essere ridotta alle sole fattispecie di recesso ingiustificato e responsabilità per conclusione di un contratto invalido (art. 1338 c.c.)<sup>66</sup>. La più recente dottrina ha richiamato l'attenzione, sia sul carattere sostanzialmente indeterminato della fattispecie in oggetto (art. 1337 c.c.), sia sulle notevoli potenzialità insite nel principio di buona fede. È così possibile individuare doveri di segretezza, informazione, nonché di collaborazione. La responsabilità precontrattuale può inoltre operare non solo nel settore dei contratti invalidi o abortiti, ma anche di quelli validamente conclusi; come per esempio quando sia stato concluso un contratto che altrimenti non si sarebbe concluso, o con un contenuto diverso rispetto a quello a cui si sarebbe aderito.

Anche sotto il profilo del *quantum*, si è contestata l'impostazione origina-

<sup>63</sup> FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro esatta costruzione scientifica*, in *Studi Fadda*, vol. III, Napoli 1906; ID., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, 2ª ed., Roma 1918; in seguito si veda anche: RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 436.

<sup>64</sup> Trib. Napoli, 31 marzo 1909, in *Dir. com.*, 1910, I, 2, 48, con nota di ALBERTARIO, *Della responsabilità precontrattuale*, con nota di NATTINI, *Cenni critici sulla c.d. responsabilità precontrattuale*, in *Dir. com.*, 1910, I, 2, 235; Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1925, II, 633, con nota di SEGRÈ, *Sulla responsabilità precontrattuale e sui punti riservati*.

<sup>65</sup> BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963; COSTANTINO, *Regole del gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 68; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano 1990.

<sup>66</sup> P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*, in *Studi in onore di Bianca*.

ria che limitava il risarcimento al solo interesse negativo. In primo luogo è possibile rilevare come per comune ammissione il risarcimento debba coprire non solo le spese a titolo di danno emergente, ma anche la perdita di opportunità alternative di guadagno a titolo di lucro cessante, anche più elevate rispetto a quella venuta meno<sup>67</sup>. In queste condizioni non è difficile rendersi conto come in via interpretativa il concetto stesso di interesse negativo sia stato esteso sin quasi a ricomprendere quello positivo e come sempre più spesso il risarcimento venga ad inglobare anche il mancato guadagno. In queste condizioni un numero crescente di autori ha contestato l'impostazione tradizionale che escludeva il risarcimento dei mancati guadagni. Occorrerebbe viceversa ammettere che anche i mancati guadagni possono essere suscettibili di risarcimento, in applicazione dei normali criteri di quantificazione del danno (artt. 1223, 1226, 1227 c.c.), che per comune ammissione trovano applicazione anche in materia di responsabilità precontrattuale<sup>68</sup>.

Tradizionalmente il *common law* angloamericano non conosceva alcun istituto comparabile alla colpa precontrattuale. Nella fase delle trattative le parti godevano della più piena libertà di porvi fine in qualsiasi momento, senza alcun rischio di responsabilità ulteriori. Non esistevano inoltre particolari doveri di buona fede o di solidarietà nell'ambito delle trattative.

I contatti con il mondo tedesco che si erano avuti fin dagli anni trenta non dovevano però tardare a lasciare qualche traccia anche in materia di responsabilità precontrattuale<sup>69</sup>. Il passo decisivo verso il progressivo riconoscimento di un tale istituto nel mondo del *common law* è però stato compiuto solo nel 1987, grazie ad un fondamentale articolo di Farnsworth<sup>70</sup>. In base a questo studio la responsabilità precontrattuale non sarebbe del tutto assente nel mondo angloamericano, ma opererebbe per lo meno in tre gruppi di casi:

- A) *unjust enrichment*;
- B) *misrepresentation*;
- C) *specific promises*.

---

<sup>67</sup> Cass., 25 gennaio 1988, n. 582; Cass., 18 gennaio 1988, n. 340; Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649; Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778.

<sup>68</sup> BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *CeI*, 1987, 287.

<sup>69</sup> KESSLER e FINE, *Culpa in Contrahendo*, in 77 *Harv. L.R.*, 1964, 401; BEN-DROR, *The perennial Ambiguity of Culpa in Contrahendo*, in 27 *Am. J. Leg. Hist.*, 1983, 142; CRASWELL, *Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem*, in 17 *J. Leg. Stud.*, 1988, 401; KATZ, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, in 89 *Mich.L.R.*, 1990, 215; HONDIUS (cur.), *Precontractual Liability*, Boston 1991; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo*, Milano 1993.

<sup>70</sup> FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 *Col. L. R.*, 1987, 217; ID., *Development's in Contract Law during the 1980's: The Top Ten*, in 41 *Case Western Reserve L.R.*, 1990, 203.

Se nel corso delle trattative una parte induce l'altra ad effettuare spese in vista della conclusione del contratto, come per esempio acquisto di materiali, conclusione di contratti di fornitura in vista dell'adempimento, e così via, può poi essere costretta a rimborsare le spese fatte in applicazione dei normali rimedi restitutori<sup>71</sup>. E così pure nel caso in cui una parte abbia ingannato o cercato di ingannare l'altra (*misrepresentation*). Una responsabilità di tipo precontrattuale può infine sorgere ogniqualvolta le parti non abbiano adempiuto accordi preliminari raggiunti nel corso delle trattative, come per esempio l'intesa di comportarsi secondo buona fede nelle trattative<sup>72</sup>.

Mentre nel primo gruppo di casi la responsabilità è regolata in conformità ai principi generali che operano in materia di rimedi restitutori, nel secondo e nel terzo gruppo di casi il risarcimento è limitato al solo interesse negativo, o *reliance interest*<sup>73</sup>. Il concetto di *reliance interest* risale ad un noto scritto di Fuller e Perdue in cui vennero delineati tre distinti interessi: a) *restitution interest*; b) *reliance interest*; c) *expectation interest*.

Mentre il concetto di *expectation interest* (interesse positivo) fa riferimento all'utile che ci si aspettava di conseguire in virtù dell'esecuzione del contratto, il concetto di *reliance interest* (interesse negativo) fa viceversa riferimento alle spese ed alle perdite subite nel corso delle trattative. Funzione del risarcimento è in altre parole quella di porre il più possibile il soggetto nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato ove non avesse mai iniziato le trattative in questione. In base ad una seconda soluzione il problema della quantificazione del danno sarebbe viceversa molto vicino a quello in caso di perdita di *chances*<sup>74</sup>.

Nella pratica ha dato luogo a grosse discussioni la rilevanza dei c.d. *preliminary agreements*. Si tratta di accordi di natura interlocutoria in cui le parti assumono l'impegno di fare il possibile per giungere alla futura conclusione di un contratto. Il problema sorge quando le parti non raggiungono l'accordo, ma si impegnano semplicemente a fare tutto il possibile per raggiungerlo nel futuro (*best efforts*)<sup>75</sup>. Spesso le corti non hanno però ritenuto giuridicamente rilevanti tali intese per carenza di determinatezza<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> P. GALLO, *I rimedi restitutori in diritto comparato*, Torino 1997, 276.

<sup>72</sup> KNAPP, *Enforcing the Contract to Bargain*, in 44 *N.Y.U.L.*, 1969, 673.

<sup>73</sup> FULLER e PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages*, in 46 *Yale L. J.*, 1936-37, 52, 373; HUDEC, *Restating the Reliance Interest*, 67 *Cornell L. R.*, 1982, 704; KELLY, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages*, in *Wis. L. R.*, 1992, 1755.

<sup>74</sup> D. CARUSO, *op. cit.*, 143.

<sup>75</sup> FARNSWORTH, *op. cit.*, 530.

<sup>76</sup> FARNSWORTH, *op. cit.*, 265.

### 3. La responsabilità precontrattuale in Germania

Sebbene la responsabilità precontrattuale non fosse entrata nella versione originaria del BGB, la giurisprudenza per molto tempo ha ricondotto la fattispecie nell'alveo della responsabilità contrattuale, facendo leva sul principio di buona fede in senso oggettivo (§ 242 BGB), nonché sui conseguenti doveri di attenzione reciproca che si pongono nelle trattative<sup>77</sup>. Ne è conseguito un *corpus* imponente di applicazioni che si possono ricondurre a quattro figure principali.

1) In primo luogo la giurisprudenza tedesca, sempre al fine di superare determinate strettoie del sistema tedesco degli illeciti, ha ritenuto che il negoziante risponda a titolo di responsabilità precontrattuale anche dei danni fisici subiti dal cliente o dai suoi beni mentre si trova nei locali del venditore, per esempio perché colpito dalla caduta di tappeti<sup>78</sup>; sempre secondo la giurisprudenza tedesca una tale responsabilità può concernere anche i danni subiti da soggetti terzi, come per esempio la figlia di una cliente scivolata su di una foglia di insalata nei locali commerciali<sup>79</sup>.

2) Un secondo gruppo di casi si riferisce alla responsabilità per conclusione di un contratto invalido.

3) Un terzo gruppo di casi si riferisce alla rottura ingiustificata delle trattative.

4) Un quarto gruppo di casi si riferisce alla conclusione di un contratto sfavorevole.

In sede di riforma del 2002, il legislatore ha disciplinato in modo specifico la responsabilità precontrattuale confermando l'impostazione tradizionale in base alla quale un rapporto obbligatorio può sorgere anche in virtù dell'avviamento di trattative contrattuali (§ 311 (2)).

Per quel che riguarda poi il risarcimento del danno, trattandosi di responsabilità contrattuale, occorre far riferimento ai principi generali ed in particolare al § 249 (1) BGB ai sensi del quale chi è obbligato al risarcimento del danno, deve reintegrare la situazione che vi sarebbe stata in assenza del verificarsi del fatto lesivo. Concretamente, se si tratta di danni fisici, le conseguenze dannose, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, dovranno essere risarcite in modo integrale; se si tratta di responsabilità per conclusione di un contratto invalido, l'altro contraente dovrà essere messo nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato se non avesse iniziato le trattative (interesse negativo); se invece si tratta di

---

<sup>77</sup> LOOSCHELDERS, *Pre-Contractual Obligations and the Concept of Culpa in Contrahendo in German Law*, in SCHULZE, PERALES VISCASILLAS (cur.), Baden-Baden 2016, 29-40.

<sup>78</sup> RG, 7 dicembre 1911, RGZ, 78, 239.

<sup>79</sup> BGH, 28 gennaio 1976, 16 NJW, 712.

rottura ingiustificata dalle trattative, parte della dottrina sostiene che il risarcimento del danno dovrebbe inglobare anche l'interesse positivo, ma la soluzione è controversa<sup>80</sup>; se infine si tratta di un contratto concluso a condizioni svantaggiose, la parte svantaggiata dovrà essere risarcita di tutte le conseguenze negative che ha comportato la conclusione dal contratto.

Molto discusso è altresì se la parte svantaggiata possa altresì ottenere la caducazione del contratto. La caducazione del contratto è sicuramente possibile nei casi di dolo e di violenza (§ 123 (1)); più dubbio è se questo sia possibile anche nei casi di mera colpa nelle trattative; la questione è stata già affrontata dal BGH, il quale ha ritenuto possibile la caducazione del contratto svantaggioso come conseguenza di una *culpa in contrahendo* ogniqualvolta la controparte abbia subito un danno economico<sup>81</sup>. La soluzione non è però pacifica e ha dato adito ad un intenso dibattito dottrinale<sup>82</sup>.

#### 4. I doveri di informazione

Parlare di buona fede precontrattuale significa altresì domandarsi se sussistano doveri di informazione reciproca nelle trattative<sup>83</sup>. In altre parole se una parte a conoscenza di circostanze che potrebbero inibire la conclusione del contratto, o determinarne un differente contenuto, sia o meno tenuta a comunicarle alla controparte.

Il problema non può sicuramente considerarsi nuovo ed era già stato affrontato in termini del tutto generali nell'antichità classica da Cicerone, il quale aveva prospettato il seguente caso ipotetico. Si immagini un mercante di grano il quale arrivi a Rodi dopo una lunga carestia. Si immagini ancora che egli sia perfettamente al corrente che molte altre navi cariche di grano arriveranno pochi giorni dopo di lui. In queste condizioni il mercante è legittimato a tacere una tale circostanza al fine di ottenere un corrispettivo maggiore, o è viceversa tenuto a comunicare il prossimo arrivo di altre navi?

Cicerone non aveva alcun dubbio circa l'esistenza di un tale dovere di informazione<sup>84</sup>. Del tutto opposte erano invece le opinioni di San Tom-

---

<sup>80</sup> LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 39.

<sup>81</sup> BGH, 26 settembre 1997, 5 NJW, 302, 304.

<sup>82</sup> LOOSCHELDERS, *op. cit.*, 40.

<sup>83</sup> MULLER, *Vorvertragliche und vertragliche Informationspflichten nach englischem und deutschem Recht*, Heidelberg 1994; COCKBURN, WISEMAN, *Disclosure Obligation in Business Relationship*, Sydney 1996; AGUADO, *Il deber de información en la formación de los contratos*, Madrid 1996; MUSY, *Il dovere di informazione, saggio di diritto comparato*, Trento 1999; P. GALLO, *Trattato di diritto civile*, V, *Il contratto*, Torino 2017.

<sup>84</sup> CICERONE, *De officiis*, III, 319.