

ANNUARIO DEL CONTRATTO 2021

diretto da

Andrea D'Angelo e Vincenzo Roppo



G. Giappichelli Editore – Torino

Ad
C

SAGGI

CARMELITA CAMARDI

“NATURA” DELLE TRATTATIVE E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE. MODELLI DOGMATICI E “TERTIUM NON DATUR”

SOMMARIO:

1. L'utilizzo delle dicotomie concettuali nel diritto privato. Una rapida esemplificazione. – 2. La responsabilità precontrattuale e la sua collocazione in negativo al guado tra contratto e illecito aquiliano. Rilievi critici. – 3. Oltre la dicotomia: un'ipotesi di lettura in positivo delle trattative precontrattuali. – 4. La comprensione della buona fede nelle trattative nell'orizzonte sistematico dell'autonomia contrattuale. – 5. *Segue*. Fallimento delle trattative e mancata conclusione del contratto. Correttezza e lesione dell'affidamento. – 6. *Segue*. La conclusione del contratto e il problema della (ir)relevanza delle pregresse scorrettezze oltre il limite delle trattative. Rimedi demolitori, risarcimento e vizi “incompleti”. – 7. La teoria del contatto sociale e l'emancipazione delle trattative precontrattuali dallo schema aquiliano. – 8. Ipotesi di superamento della teoria del contatto sociale. Riconoscimento di una struttura prestazionale non coercibile degli obblighi precontrattuali. Cenni sulla pluralità dei modelli di obbligazioni. – 9. Ricostruzione della disciplina della responsabilità precontrattuale nell'orizzonte della trattativa fallita. – 10. In chiusura.

1. L'utilizzo delle dicotomie concettuali nel diritto privato. Una rapida esemplificazione

Una ricognizione dei più recenti contributi dottrinali e giurisprudenziali sul tema della responsabilità pre-contrattuale, e dunque sul “senso” degli artt. 1337 e 1338 c.c., mette in luce gli epigoni di un controverso dibattito qualificatorio e sistematico, non ancora sopito nemmeno dopo l'esplorazione – direi pressoché completa – di tutte le possibili piste interpretative che la tradizione giusciviltistica permette al teorico e al pratico di mettere in campo.

Di fronte ai mutamenti di rotta delle Corti e ai conseguenti adattamenti in tal senso dei commentatori¹, infatti, la sensazione rischia di essere quella per la quale lo strumentario concettuale di cui gli uni e gli altri si servono non sia più sufficiente a stabilizzare una soluzione, insinuando peraltro il dubbio se questo esito di incertezza sia riconducibile all'incessante varietà delle controversie (che mettono sotto stress le categorie interpretative, convocando un legislatore che non sempre interviene); ovvero debba attribuirsi alla rigidità delle categorie, e dunque alla rigidità degli interpreti, le cui strutture o abitudini conoscitive non sarebbero in grado di produrre argomentazioni appropriate al fine di disciplinare in maniera condivisa controversie che non facilmente si lasciano inquadrare – automaticamente – in una categoria o in un'altra.

Certo, la materia della responsabilità precontrattuale, affidata in parte generale ad una clausola *iconica* (come la buona fede) e ad una norma fattispecie (la cui posizione rispetto a quella clausola generale resta ancora da definire sistematicamente), ci mette del suo, nel senso che sembra costituire una sfida e al tempo stesso una irrinunciabile occasione per quelle scuole di

¹ Vedi, da ultimo Cass., sez. un., 15 gennaio 2021, n. 615, in *Europa dir. priv.*, 2022, p. 791 ss., con ampio saggio di commento di A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità "preprovvedimentale" della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, *ivi*, p. 804; ed ancora, nel fecondo campo dei rapporti fra cittadino e PA, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1025, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, *ivi*, p. 1033. Dello stesso A. vedi un secondo commento della decisione, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 11660. La decisione si orienta nel senso fatto palese dal titolo del secondo contributo qui citato, e respinge l'opposta teoria che riconduce la responsabilità precontrattuale allo schema aquiliano. Qualche anno prima, un'altra decisione ha affermato la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, richiamando la figura del contatto sociale; si tratta di Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1451, con nota sostanzialmente adesiva di A. IULIANI, *La cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità extracontrattuale*, p. 1457 (ed *ivi* ampia ordinata bibliografia), il quale bene mette in evidenza il ribaltamento della prospettiva opposta sostenuta dalla prevalente giurisprudenza; e dello stesso C. SCOGNAMIGLIO, *Verso il definitivo accreditamento della tesi della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, *ivi*, II, p. 1515. Dello stesso Autore si veda adesso il volume *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Giappichelli, 2021, p. 147 ss. che raccoglie vari saggi dell'A. in materia.

Nella stessa direzione, infine, vedi la recente decisione di Cons. Stato, 20 novembre 2020, n. 7237, in materia di responsabilità precontrattuale della PA, disponibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/1751156/Sentenza+Appaltitalia.docx/4500c69f-86e1-21f3-66eb-088a583b032a?t=1606157056845>, annotata da M. BARBERA, in *Giur. it.*, 2021, p. 921.

giuristi che – rispettivamente – tendono a mitigare piuttosto che ad esaltare il portato disciplinare delle clausole generali. Mentre, per altro verso, questo abituale contrasto teorico sulle potenzialità applicative delle norme senza fattispecie si innesta su di un campo di relazioni sociali che a sua volta non si lascia definire sul piano empirico in modo netto, tanto da evocare quelle metafore delle *terre di mezzo* o *terre di nessuno*² che ricorrono tutte le volte in cui le categorie concettuali di conoscenza e di disciplina dei fatti concreti sono costruite in prospettiva dicotomica, alternativa l'una all'altra, e – per l'appunto – senza un canale di comunicazione o una via di mezzo³.

Non è pertanto un caso che la responsabilità precontrattuale venga collocata il più delle volte al guado tra due opposti: tra contratto e torto⁴, e quindi tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana; ovvero ancora, una volta operata la scelta di campo, si debba far ricorso allo statuto disciplinare proprio di quel campo, ma dimidiandolo di qualche elemento, sicché avremmo, quale presupposto di tale responsabilità (collocata “tra” due modelli) un'obbligazione (sì, ma) senza prestazione, ovvero un'obbligazione “ridotta”; ovvero ancora un “contatto” ma non un contratto, pur se qualificato e non generico, ovvero un vincolo (sì, ma) a struttura debole o ridotta⁵.

² Come scrive F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno fra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539.

³ È utile richiamare, in apertura di queste note, un recente e assai interessante contributo di G.D. COMPORTI, *La strana metafora della terra di nessuno: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 529, il quale – dal versante del diritto amministrativo – invita a distaccarsi dalla purezza disciplinare, per guardare senza pregiudizi alla contaminazione di tecniche e saperi quali strumenti per la più efficiente soluzione dei problemi pratici (il modello descritto e portato ad esempio è quello della *meticcia* struttura commissariale elaborata per la ricostruzione del ponte Morandi successiva al crollo dell'agosto 2018). E volge poi uno sguardo severamente critico a quella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che ripropone «visioni rigidamente dualistiche dell'ordinamento che la complessità dei tempi moderni pareva avere ormai definitivamente superato o quantomeno declinato in termini differenti», nell'ammissione condivisa della inadeguatezza della «grande dicotomia». In questo scenario egli colloca la metafora del diritto privato come «terra di nessuno», contrapposta ad una raffigurazione “in chiave salvifica” del diritto amministrativo come casa di tutti (p. 544). La problematica poi evocata è ben altra rispetto a quella che qui interessa, ma l'appello metodologico ad un superamento del “grande dualismo” denota una sensibilità analoga a quella che si cercherà di proporre in queste pagine.

⁴ Questo il titolo del noto contributo di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, 1, Giuffrè, 1995, p. 147 ss.; ora in *Resp. civ.*, 2018, p. 519 (dal quale si cita).

⁵ Per queste osservazioni, M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè,

Preme avvertire il lettore che non si sta qui movendo una critica – almeno per ora – a tali senza dubbio importanti ed eleganti costruzioni teoriche, cui tutto il merito va riconosciuto nel tentativo di superare un’impasse qualificatoria reale, riconducibile ad un’opzione legislativa che invoca un pesante intervento completivo da parte dell’interprete, ai fini della traduzione della clausola generale in norma di comportamento concreta.

Si sta piuttosto provando ad osservare in qual modo il civilista strutturi le sue categorie analitiche, per avvalersene in quanto modelli di conoscenza e modelli di organizzazione, chiavi di lettura delle norme e strumenti di soluzione pratica dei conflitti di interessi. E quali siano costi e benefici di questo approccio dicotomico, nella misura in cui esso sembra costringere ad una logica dell’*aut aut*, a partire dalla cui rigidità quella fattispecie concreta (quel caso) che non rientrasse *né* in una *né* in un’altra categoria viene per l’appunto «cacciata nella terra di nessuno»⁶. Dopo di che anche in questa *terra di nessuno* occorrerà stabilire quali regole debbano osservarsi, sia perché il principio della completezza non ammette e non permette che una *terra di nessuno* esista come luogo del puro arbitrio, dove il diritto comune non ha accesso; sia perché almeno in questo caso due norme il legislatore le ha dettate (in parte generale), pur se una delle due non possiede la struttura della fattispecie immediatamente applicabile.

Nell’esperienza giuridica moderna, del resto, le strutture dicotomiche costituiscono molto più che una costante del pensiero scientifico, forse addirittura una cifra genetica o costitutiva, a partire dalla dicotomica distinzione tra le due sfere costitutive della modernità, quella pubblica e quella privata, alla base delle quali non per nulla si sono riconosciuti i principi an-

2021, p. 996, in particolare p. 1007. Per vero, la categoria dell’obbligazione ridotta sarebbe da riferire, in senso proprio, all’obbligazione sulla quale sia intervenuto un *pactum de non petendo*, una nuova obbligazione cioè, mediante la quale il creditore si obbliga a non esigere la (precedente) prestazione o la sua esecuzione, e il debitore acquista una eccezione valida a paralizzare l’eventuale pretesa. L’inesigibilità del credito pertanto esprimerebbe la *riduzione* strutturale del rapporto obbligatorio originario in un rapporto la cui rilevanza esclude la responsabilità per inadempimento, ma non impedisce il pagamento spontaneo e la *soluti retentio*. In argomento, ancora M. ORLANDI, *La categoria dell’obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 447, ed ivi altra bibliografia. La “riduzione” che connota gli obblighi precontrattuali verrà più avanti definita.

⁶ M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1022 e *passim*, il quale, nel suo fine argomentare a partire dall’insussistenza normativa della buona fede, dal punto di vista della sua capacità di generare fattispecie deontiche che *precedano* il verificarsi della lesione, propende infine per una qualificazione della responsabilità precontrattuale in termini aquiliani, giacché – egli scrive – “*prima del danno, nulla*” (pp. 1008 e 1030).

tinomici dell'*autorità* (quale connotato ineliminabile del potere) e della *libertà* (quale connotato altrettanto ineliminabile della posizione dell'individuo)⁷. Da queste prime coppie antinomiche, la proliferazione delle altre (specie nel campo del diritto privato) non è stata che una conseguenza, alimentata per un verso dalla tecnica normativa propria del diritto moderno, fondata in prevalenza sulla fattispecie (quale forma stessa della rilevanza giuridica), e per altro verso dal processo culturale che ha investito la scienza giuridica. La quale ha costruito scientificamente i suoi strumenti concettuali enfatizzando la metodologia classificatoria e facendo perciò largo uso delle dicotomie.

Non è scopo di questo saggio quello di ripercorrere il processo evolutivo della civilistica su questo piano. L'obiettivo ben più limitato – come detto – è semmai quello di testare rispetto ad un tema specifico ed emblematico costi e vantaggi del pensare dicotomicamente, nonché quello di verificare la possibilità di un superamento dei limiti – o dei condizionamenti – che tale approccio comunque presenta a fronte dei casi che non si riesce ad inquadrare senza residui in nessuna categoria della coppia che viene in gioco. Sono questi i casi che interpellano, per revocarla in dubbio piuttosto che per riaffermarla, l'utilità di quel *tertium non datur*, strumento logico/formale al quale si fa ricorso ai fini di garantire e conservare i paradigmi concettuali consolidati⁸.

⁷ Per tutti, B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, 2020. E vedi *supra*, nota 3.

⁸ Esattamente ciò che è avvenuto per la responsabilità precontrattuale, come spiega C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 525. Sulla linea di questo Autore, evidenziano ancora i vantaggi del pensiero dicotomico, A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale*, cit., p. 805, ove si legge come l'*enantiodromia*, ovvero «l'armonia che si realizza nella gara fra gli opposti», abbia «costituito uno dei guadagni più avanzati del diritto vivente attuale», nella misura in cui ha riportato il tema della responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità contrattuale, mettendo fine alla dominanza dell'indirizzo opposto (che la collocava nell'alveo della responsabilità aquiliana). Su questa linea di pensiero si veda *infra*, par. 7 di questo saggio. Sfugge alle insidie della logica dicotomica la ricerca di F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Giuffrè, 1993, la quale percorre con convinzione una pista analitica intesa a dimostrare fondamenti comuni e analogie di disciplina tra le due forme di responsabilità, stanti le quali distinguere tra l'una e l'altra in chiave antinomica è operazione contraddetta dallo stesso diritto positivo, in primo luogo dalla stessa sistemazione delle fonti prospettata dall'art. 1173. L'Autrice non si occupa della responsabilità precontrattuale, ma non sembra scorretto ipotizzare che in quel contesto di discorso il relativo problema qualificatorio difficilmente esisterebbe nella prospettiva di una "terra di nessuno", al guado tra due opposti.

Dottrina e giurisprudenza, con ogni evidenza, non hanno mancato di affrontare anche queste tematiche, e con esiti non sempre omogenei (e soprattutto non sempre appropriati), in relazione al tipo di problema pratico da amministrare, ma anche alla circostanza che il caso ibrido o la terra di nessuno fossero un portato dell'evolversi della prassi dei rapporti sociali, ovvero dello stesso legislatore: il quale – lo vedremo a momenti – procede secondo logiche politiche non sempre sensibili alle categorie astratte dei suoi interpreti. In tal senso la questione dell'uso dicotomico dei concetti interdetta il problema del “fatto nuovo” e della sua giuridicità, e chiama in causa il senso di responsabilità dell'interprete, custode e artefice della funzione propria dell'ordinamento nell'espletamento della sua prerogativa regolatoria e della conseguente soddisfazione delle domande dei consociati⁹.

Ci si consenta qualche rapida esemplificazione. Nel contesto classico dell'autonomia contrattuale, le coppie concettuali governano tutti i livelli a partire dai quali viene pensato sistematicamente l'atto regolatorio privato: contratti tipici e atipici, a titolo oneroso o a titolo gratuito, causali o astratti, e così via; e laddove la fenomenologia giuridica produca modelli che – sulla base della stessa autonomia contrattuale – non rientrano compiutamente in alcuna categoria, ecco che il modello *tertium* si incarna nel contratto misto, o a causa mista, dove lo spazio regolativo è comunque occupato dalla disciplina di uno dei due tipi o di entrambi i tipi che la prassi va a convocare (vendita + donazione; vendita + appalto), producendosi così una surrettizia ri-combinazione della dicotomia che – forse – il nuovo contratto intendeva superare. La controversia tuttora aperta sul regime del contratto misto, tra logica della prevalenza e logica della combinazione, è la prova di questo approccio al nuovo che stenta a fondare nuovi paradigmi senza prima aver tentato di riportare il fatto nuovo nel perimetro dei vecchi¹⁰.

⁹ Sull'uso delle categorie giuridiche N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, che offre un modello di riflessione sulla comprensione degli istituti fondamentali del diritto privato (dal soggetto, ai beni, alla famiglia, al contratto, alla responsabilità), nel quale la categoria cessa di essere *un a priori* classificatorio, per diventare semmai strumento di costruzione di un sistema aperto, disponibile all'integrazione, all'ampliamento e alla modificazione (*ivi*, p. 33). I ragionamenti intorno alla soggettività e al pluralismo dei modelli familiari sono emblematici di questa metodologia.

¹⁰ A riprova della persistenza di tale approccio metodologico si veda il recente saggio di C. RUMOR, *La vendita mista a donazione*, in *Studium Iuris*, 2018, p. 28, che affronta un tema risulante mettendo in evidenza le criticità dei due orientamenti, quello della prevalenza o assorbimento, e quello della combinazione, per qualificare poi la fattispecie come «una peculiare mo-

Ugualmente la (forse) ormai superata polemica sull'ingiustizia del danno riproduceva sul terreno aquiliano la dicotomia tipica della classificazione dei beni, tra diritti assoluti e diritti relativi ovvero tra diritti reali e diritti di credito, funzionale a proteggere i primi ma non i secondi; e – per altro verso – quella tra diritto come pretesa e interesse legittimo, nel quadro di una visione dell'azione amministrativa antinomica rispetto a quella privata e con questa incompatibile. Per non dire della dicotomica qualificazione del danno sotto il profilo patrimoniale e non patrimoniale, certamente indicata dallo stesso legislatore, e poi amministrata attraverso un'appropriata riflessione sulla *necessaria* rilevanza del danno alla persona sia sul piano aquiliano, che su quello negoziale.

Questi sono solo alcuni esempi del carattere tendenzialmente *escludente* delle categorie o coppie concettuali quando costruite secondo una logica antinomica, quantomeno se le si adopera quale griglia selettiva astratta che presiede al riconoscimento di rilevanza giuridica o di protezione dei casi o interessi concreti.

Non è certamente il caso di sottolineare come le presenti riflessioni non intendano porre in dubbio la necessità che il pensiero giuridico scientifico proceda nella conoscenza attraverso la formulazione di categorie classificatorie e – per forza di cose – dei loro opposti. Ciò di cui si discute invero è l'uso che di esse vien fatto e il limite da porre a quella tendenziale attitudine escludente che i concetti acquisiscono allorché – consolidatisi nella tradizione di pensiero cui accedono – vengono rigidamente *anteposti* ai fatti che devono ordinare, trascurando di considerare l'impatto che il mutamento degli assetti sociali produce sulla configurazione stessa di tali fatti.

In tal senso si diceva che l'uso dicotomico delle categorie intercetta il problema (della giuridicità) del fatto nuovo, ma in tal senso va aggiunto che

dalità di estrinsecazione dello schema contrattuale *ex art. 1470 c.c.*» (p. 34), atteso il principio della libertà di determinazione del prezzo e l'assenza di una prescrizione che imponga l'equivalenza tra le prestazioni. Ciò che, si afferma, non necessariamente comporta la svalorizzazione del profilo liberale dell'operazione, che sembrerebbe poter trovare riconoscimento nell'applicazione delle cc.dd. norme materiali. Analogo ragionamento è prospettato con riguardo alla donazione modale, per la quale andrebbe confermata la natura liberal-donativa a dispetto del depauperamento del patrimonio del donatario. Al lettore interessato a verificare l'uso delle medesime coppie concettuali anche alle più nuove fattispecie "ibride" si suggerisce la lettura di A. DE DOMENICO, *Lo spazio di lavoro ai tempi del post-pandemia. Coworking e service: alla ricerca della causa concreta*, in *Imm. propr.*, 2021, p. 99, il quale, in applicazione del criterio della prevalenza, riconduce alla casella dell'appalto di servizi quelle operazioni contrattuali consistenti nella messa a disposizione di postazioni di lavoro e altri servizi in spazi condivisi.

esso intercetta pure il tema della rilevanza del profilo assiologico, dei valori cioè che tempo ed esperienze lasciano emergere, talvolta grazie allo stesso legislatore, e che finiscono per opporsi nettamente agli assetti regolativi che l'uso rigido delle categorie è in grado di determinare¹¹.

Qui si annida l'equivoco o l'ambiguità della metafora delle "terre di nessuno": nella precomprensione negativa di fatti e problemi dei quali non si riesce a – o non si vuole – predicare una rilevanza che non sia quella inclusa in uno o in un altro lato della coppia concettuale volta per volta implicata. Ed ecco quel "tra" che occulta e confonde l'ibrido (il *tertium*), o il "nomade urbano"¹², privo di qualità proprie percettibili al di fuori del non essere *né l'uno né l'altro*: la registrazione in negativo di un fatto eccentrico che la struttura dicotomica del pensiero non riesce a "dire" in positivo.

Un'ultima esemplificazione, solo apparentemente estranea alla materia civilistica, sia consentita prima di tornare all'*ibrido* oggetto di queste note.

La vicenda della disciplina dei rapporti di lavoro, racchiusi nella dicotomia normativa e concettuale del lavoro subordinato e del lavoro autonomo, contiene in sé tutti gli elementi che permettono di ricostruire quell'interazione tra norme, fatti e valori che presiede alla formulazione di un metodo appropriato alla gestione dell'ibrido, che conserva il valore delle categorie attraverso un tentativo di superarne l'attitudine escludente. Alludiamo al tema annoso dei modelli di collaborazione e dei lavori ricondotti a quella che in origine si chiamava "parasubordinazione", e che oggi sono ricondotti dalla *terra di nessuno* dei lavori *né autonomi né subordinati* (e più di recente la *terra di nessuno* dei lavori tramite piattaforma generati dall'economia digitale) alla più recente categoria normativa delle "collaborazioni organizzate dal committente" (di cui all'art. 2, c. 1, d.lgs. 81/2015 rivisitato dalla l. 128/2019). Una categoria che, insieme con altre individuate nella stessa normativa, ha ridisegnato *in positivo* il percorso compreso tra la subordinazione pura e l'autonomia piena, attraverso la previsione di figure delle quali non può più predicarsi l'ibridità della forma, dovendosi invece ammettere che lo stesso

¹¹ Nell'economia di questo contributo sia sufficiente sul tema il rinvio – irrinunciabile sul piano metodologico – al contributo di L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, p. 4 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1996.

¹² Figura del tardocapitalismo utilizzata nel linguaggio dell'architettura urbana, che ci permettiamo di utilizzare in questa sede, onde rappresentare analogie tematiche e concettuali nelle varie scienze.

legislatore – seppur con tutte le criticità che si sono evidenziate – ha inteso superare la prospettiva dicotomica, con una scelta che l'interprete non può ignorare, perché indisponibile. Ciò è avvenuto attraverso una strategia singolare, che ha combinato fattispecie ed effetti in maniera asimmetrica, non formale ma assiologica, estendendo cioè alle figure nominate di lavori *non subordinati* parte delle tutele proprie del lavoro subordinato. Sicché gli effetti protettivi una volta riservati al lavoratore subordinato sono estesi al lavoratore “eterodiretto” senza che questi perda la sua specifica qualificazione, e lo sono in virtù di una scelta prettamente assiologica che dà attuazione a quell'articolo della Carta costituzionale che prescrive la tutela del lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni”. Non si estende dunque la *fattispecie* subordinazione, ma se ne estendono gli *effetti* in modo graduale e selezionato, spezzando il rigido legame che li univa alla fattispecie originaria. Un fenomeno che include di certo un superamento della dicotomia costitutiva del diritto del lavoro, ma in una forma che preserva una sorta di pulizia concettuale, laddove la legge non ha toccato la fattispecie dell'art. 2094 e nemmeno quella dell'art. 2222, scegliendo la via dell'affiancamento di nuove fattispecie alle due originarie, per imprimere al sistema una fisionomia non (più) dicotomica ma *strutturalmente pluralista*, in una chiave valoriale che comunque assicura proporzionalmente la tutela e la protezione dei soggetti “deboli”¹³.

Un'ultima opportuna precisazione. Non ci occuperemo in questo saggio analiticamente dei vari problemi tecnici inclusi nell'ampia tematica della responsabilità precontrattuale, e nemmeno delle controverse soluzioni via via elaborate. Problemi e soluzioni verranno menzionati solo per mettere a fuoco le procedure argomentative utilizzate e offrire eventuali modelli alternativi di ragionamento.

2. La responsabilità precontrattuale e la sua collocazione in negativo al guado tra contratto e illecito aquiliano. Rilievi critici

Tornando dunque, con tali avvertenze, a riconsiderare il tema della “natura ibrida” della responsabilità precontrattuale, la menzionata metodologia

¹³ Sul punto riprendiamo integralmente le osservazioni svolte nel nostro contributo *Brevi note sulle dicotomie concettuali. A partire dal diritto del lavoro, e oltre*, in *Lav. dir. eur.*, 2021, pp. 1-15, con riferimento al volume di A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021.

qualificatoria all'insegna del "tra" rispetto alla coppia antinomica dei modelli di responsabilità civile, certamente può trovare un suo innegabile fondamento nella peculiare consistenza dei rapporti sociali ai quali il legislatore ha riferito le due norme di cui agli artt. 1337 e 1338. La fase delle trattative e della formazione del contratto, per vero, seppur sia individuata nell'ambito dei rapporti contrattuali e dunque nella sfera delle relazioni individuali volontarie, ciononostante non raggiunge ancora – *per definizione* – il momento dell'atto negoziale perfetto, e perciò facilmente si candida ad una prima ricognizione in chiave meramente negativa. Ed infatti, ragionando nell'ottica di cui qui si discute:

– la trattativa vera e propria (tale da giustificare il fatto che il legislatore se ne occupi espressamente), non è né un casuale *pour parler*, né un contratto. Sembra piuttosto una fase prodromica incerta nel suo esito, nella quale però si prospettano interessi, si mostrano documenti, e si svolgono dichiarazioni, proposte, controproposte ecc.; e si ipotizzano accordi che – tuttavia – a loro volta non sono né mere espressioni linguistiche né clausole di un contratto che ancora non c'è;

– man mano che la trattativa si avvicina ad un possibile momento finale, il contatto e la conoscenza che le parti hanno sviluppato le avvicina sempre più ad una dimensione contrattuale e contestualmente le allontana dall'opposta dimensione dell'indifferenza che connota gli uomini in quanto estranei o "passanti"¹⁴, e perciò avvicina la loro sfera deontica a quella tipicamente contrattuale allontanandola da quella (del non rapporto) propria del contesto extracontrattuale; può accadere inoltre che ciascun contraente abbia sostenuto investimenti o spese preparatorie utili per la messa a punto della decisione relativa all'affare; conseguentemente;

– la sfera di rischi solitamente indotta da questo peculiare tipo di rapporto, seppur non ancora formalizzata esplicitamente entro le dimensioni di un affare interamente contrattualizzato, si delinea tuttavia come già circoscritta entro il perimetro che alla trattativa è stato dato dai potenziali paciscenti, il quale non sarà a sua volta del tutto definito, ma *non è più* del tutto generico, giacché altrimenti non saremmo nemmeno all'interno di una trattativa.

In un contesto relazionale di questo tipo, si comprendono le difficoltà rilevate in merito alla concreta operatività della clausola della buona fede e

¹⁴Il lettore riconosce la metafora utilizzata da Castronovo per rappresentare il contesto del danno e della responsabilità extracontrattuale, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Giuffrè, 2007, p. 336.

alla sua traduzione in precetti comportamentali effettivi¹⁵. Può nondimeno osservarsi che la problematicità del tema sconta comunque una premessa che è forse l'unico punto fermo condivisibile – sul piano normativo – per avviarsi lungo un sentiero costruttivo: quello per cui in nessun momento della trattativa sussiste l'obbligo di perfezionare il contratto in capo a ciascuna delle parti, e nessuna di loro è dotata di uno strumento giurisdizionale per raggiungere coattivamente questo risultato qualora l'altra si ritiri. Le parti cioè mantengono intatta la libertà di contrarre o di non contrarre, di vincolarsi oppure no, e perciò conservano la facoltà di abbandonare la trattativa, salvo assumersi eventualmente la responsabilità dei pregiudizi arrecati a controparte, nei termini che per l'appunto dovranno (alla luce della buona fede) essere definiti (tra contratto e torto, in un qualche modo).

In altre parole, un obbligo di contrarre, cioè di concludere positivamente le trattative attraverso il perfezionamento di un contratto, anche quando *le trattative iniziate sono andate avanti in modo apprezzabile*, non è ammissibile né logicamente, né sistematicamente. Non sul piano della logica che pertiene ai rapporti d'affari, perché la trattativa svolge la sua funzione solo nella misura in cui risulti sempre possibile abbandonarla proprio a seguito del suo svolgimento, e della progressiva conoscenza dell'affare che essa determina. Non sul piano dei principi, perché di norma nessun contratto si può originare se non da una esplicita o concludente manifestazione di volontà *liberamente* orientata in tal senso; ciò che di solito non è dato desumere nemmeno dal prolungarsi di una trattativa: circostanza che – tutto al contrario – esprime una posizione dubitativa e perplessa sulla convenienza dell'affare, piuttosto che assertiva sul suo perfezionamento¹⁶.

Se questo è vero, poco ci illumina l'idea che la fase precontrattuale abbia *già* natura contrattuale, ovvero non abbia *per questo* natura extracontrattuale. Così come poco ci dice la contrapposta idea per la quale, non potendosi riscontrare un vincolo formale, *allora* si rimane nell'ambito della mera interferenza tra sfere giuridiche che chiama in causa

¹⁵ Preoccupazione principale di M. ORLANDI, *La responsabilità*, cit., p. 997 ss., alle prese con la 'fatica' di estrarre dalla buona fede la risposta alla domanda su come l'uomo conosca giuridicamente il mondo, quando una fattispecie specifica non gli dia le parole e la lente per conoscerlo *sub specie iuris*: come lo stesso A. spiega esaurientemente nel volume *Introduzione alla logica giuridica*, Il Mulino, 2021.

¹⁶ Per tutti, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V, Giuffrè, 2006, pp. 1091-1092 ss.

il principio generale del *neminem laedere*, secondo i canoni di cui agli artt. 2043 e ss.¹⁷.

Da qui allora si può forse partire sia per ipotizzare una chiave di lettura della valenza attribuibile *in positivo* alle relazioni interindividuali definite come “trattative”, non prima di aver vagliato criticamente i limiti dell’approccio dicotomico al tema della disciplina della responsabilità per danni che può sorgere in capo a ciascun potenziale contraente in questa fase.

Muovendo da quest’ultimo punto di vista, l’utilizzo a priori di uno schema di lettura (preferiamo dire non contrattuale ma) “para-contrattuale” si rivela problematico nella misura in cui esso porta con sé – o dovrebbe portare, ai fini di giustificarne il richiamo – l’applicazione di norme che suppongono un regolamento compiuto e definito nella causa e nell’oggetto, e con esso una sfera di obbligazioni e di rischi a sua volta definita nei cosiddetti “quattro angoli” del contratto sulla base dei quali applicare – tanto per fare un esempio di primaria importanza – una valutazione dell’eventuale impossibilità di adempiere l’obbligazione ai sensi dell’art. 1218. Ora, di primo acchito, la piena applicazione di questa norma al comportamento del soggetto in trattativa che si valuti pregiudizievole della sfera dell’altro, ma che comunque per definizione non può consistere nell’eseguire una prestazione determinata a beneficio dell’altro (che non può nemmeno pretenderla), lascia assai perplessi, nel senso che appare eccessivo richiedere a chi non ha ancora concluso un contratto di evitare il risarcimento del danno lamentato dall’altro (ad esempio per la violazione dell’art. 1338), dando la prova di aver fatto tutto il possibile per evitarlo fino al limite del fortuito. Si dovrebbe allora dire che al contraente responsabile per danno precontrattuale si applica solo l’art. 1176, e non l’art. 1218¹⁸, depennando lo schema della

¹⁷ Eppure queste sono le linee del ragionamento comuni a tutti gli autori che partitamente si sono occupati delle trattative e della responsabilità precontrattuale. Una sintesi utile in A. IULIANI, cit., passim; e nella voce di A. ALBANESE, *Responsabilità precontrattuale*, in *Le parole del diritto. Studi in onore di Carlo Castronovo*, III, Jovene, 2018, p. 1695. Fra i classici, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 360; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, ESI, 1963; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, p. 1269; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Giuffrè, 1974; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, Giappichelli, 2000, p. 268 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss Dig. it.*, XV, 1968, pp. 670 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Brevi note circa la natura della responsabilità precontrattuale secondo la Cassazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Egea, 2014, p. 1377 ss.

¹⁸ Così M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1024. In senso nettamente con-

responsabilità contrattuale di un tassello identificativo e caratteristico della sua funzione sistematica. Il lettore informato sa bene poi che, dal punto di vista della definizione del danno risarcibile, nessuno immagina di ristorare le lesioni provocate all'aspettativa del potenziale contraente fedele nella misura corrispondente all'inadempimento di una prestazione; sicché attraverso la condivisa soluzione che attribuisce rilevanza al solo *interesse negativo*, il modello della responsabilità contrattuale viene depennato di un altro dei suoi tasselli identificativi, quello che intende garantire al contraente fedele l'acquisizione dei vantaggi attesi e garantiti dal contratto¹⁹.

Ora, e senza qui affrontare altri aspetti di opportunità dell'applicazione alle trattative della disciplina contrattuale – come quello della prescrizione, che renderebbe incerta la posizione di chi avesse causato un pregiudizio precontrattuale per un numero di anni certamente eccessivo-, vien da osservare che applicare uno schema di lettura o un modello qualificatorio specificamente funzionale ad un certo assetto normativo di rapporti (un contratto) ad un diverso assetto di relazioni (le trattative), seppur prodromico o comunque finitimo al primo, è operazione metodologica non esente da ambiguità, che si giustifica solo nell'ottica qualificatoria tipicamente dicotomica, a partire dalla quale la prossimità delle trattative ad un eventuale contratto fa sembrare ragionevole attrarle nell'orbita degli schemi di comportamento contrattuali, piuttosto che in quelli dell'interferenza casuale tra estranei. E fa sembrare ragionevole ipotizzare e invocare una presunta "natura", una sorta di essenza a partire dalla quale i problemi concreti esibiti da quel contesto di relazioni sono affrontati e risolti anch'essi attraverso una aprioristica lente di osservazione.

Ma una volta accantonata l'ottica dicotomica, conferendole solo il ruolo di necessaria verifica di ciascuno schema nel contesto di un necessario circolo ermeneutico, sarebbe più trasparente e più lineare un'operazione ricostruttiva non mediata da uno schema precostituito, ma semplicemente orientata all'interpretazione delle norme dettate per il problema in oggetto e guidata dalla adeguata ricostruzione di tale problema.

Cosa che ci si propone di fare, non appena avremo sinteticamente inseri-

trario, tra gli altri, già L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 368, il quale sviluppa tutta la sua costruzione proprio a partire dall'art. 1337, assegnando alla buona fede la portata di disposizione generale a valenza assai ampia, e poi ragionando alla luce dell'impreteribile principio logico di non contraddizione. Ma sul punto si veda oltre nel testo.

¹⁹ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1121 ss.

to nello stesso circolo ermeneutico anche la verifica della adeguatezza dello schema della responsabilità aquiliana alla situazione di chi abbia arrecato in trattative un pregiudizio alla controparte. Anche qui, fermo restando che lo schema aquiliano si propone “in negativo”, per l’assenza dei presupposti minimi di applicazione del modello contrattuale, e quindi per un automatico ribaltare del ragionamento da un corno all’altro dell’alternativa dicotomica, l’esito di un tal ribaltamento è improprio e ambiguo come il primo. A parte il fatto che l’ottica aquiliana della casuale interferenza tra estranei svalorza del tutto la dimensione relazionale e conoscitiva instaurata durante le trattative per volontà delle parti; basti osservare che l’inevitabile accertamento dell’ingiustizia del danno, in assenza di diritti di credito a prestazioni definite, complica assai l’individuazione della situazione giuridica soggettiva la cui lesione giustifica il risarcimento. Mentre la piena risarcibilità di tale interesse, senza il limite della prevedibilità proprio dell’altro modello, per un verso va in contraddizione vistosa con la circostanza oggettiva per cui le parti in trattativa si danno comunque e sempre un perimetro di azione e dunque anche di responsabilità; per altro verso scoraggia l’ingresso in trattativa, perché attribuisce a ciascun contraente un potenziale di rischi estraneo al contesto che lo ha indotto ad accedere al mercato, cioè all’ambito circoscritto dell’affare che si sta valutando di concludere. Salvo a dire che anche in tal caso si applichi la norma sulla prevedibilità del danno risarcibile: operazione di depennamento del modello aquiliano analoga a quella riscontrata – su altri temi – a proposito dell’adozione del modello contrattuale²⁰.

²⁰ Difende con forza la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, alla quale riconosce funzione meramente conservativa, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet, pp. 65 ss. La riferisce invece alla lesione della libertà negoziale, quale principio valevole nei confronti della generalità dei consociati, C.M. BIANCA, *Il contratto*, Giuffrè, 2019, pp. 139, 154 ss., concludendo coerentemente per la natura extracontrattuale. Ugualmente G. PATTI, in G. PATTI-S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1993, p. 34 ss., opta per la qualificazione della responsabilità precontrattuale in chiave aquiliana, e però osserva che tale scelta comporta una “preoccupazione dogmatica”, consistente nel fatto di dover ammettere l’imposizione ai soggetti di doveri extracontrattuali *a contenuto positivo*, legati alla peculiarità del bene tutelato (la libertà negoziale) (*op. cit.*, p. 47). Tali doveri, infatti, farebbero propendere per la natura contrattuale, che viene invece respinta. In altra parte del contributo si legge poi che indipendentemente dalla natura attribuita a tale responsabilità, l’onere della prova a carico dell’attore va strutturato in linea con l’art. 1218 (p. 43), che evoca di nuovo il paradigma contrattuale. L’osservazione mostra – ancora una volta – l’insufficienza del ragionamento dicotomico. Sul punto della disciplina della figura, si veda comunque più avanti nel testo, par. 9. Propende invece per la sponda contrattua-

Si è già segnalato, infine, come le questioni relative al danno risarcibile vengano raccolte intorno ad un'altra dicotomia, quella tra interesse positivo e interesse negativo, dove il secondo – al di là della sua condivisibilità come categoria ragionevolmente appropriata alla individuazione del danno nella trattativa – è costruito in ragione della inapplicabilità del primo.

3. Oltre la dicotomia: un'ipotesi di lettura in positivo delle trattative precontrattuali

Dalle rapide osservazioni sin qui svolte si vuol trarre adesso uno spunto metodologico, in ragione del quale compiere il tentativo di individuare la valenza attribuibile *in positivo* alle relazioni interindividuali definite come “trattative”, accantonando la precomprensione del tema nella chiave indotta dalle suggestive metafore utilizzate dalle dottrine che collocano i pregiudizi precontrattuali in una terra di confine, *turbolenta* come tutte le terre dalle quali lo sguardo può essere rivolto verso due orizzonti, senza che nessuno dei due possa assumersi come il proprio.

Occorrerà dunque partire dalle norme che governano non tanto la responsabilità precontrattuale, quanto il tipo di relazione nel cui ambito essa può prodursi, e di qui costruire il modello di comportamento che il legislatore ha inteso prescrivere a chi fa ingresso sul mercato in vista della conclusione di un contratto e si adopera per valutarne la convenienza e la fattibilità: parlamentando con un partner disponibile allo stesso tipo di valutazioni, dal lato “opposto”. Dall'individuazione di questo modello si dovrà far conseguire la disciplina della responsabilità per violazione delle regole che lo governano.

In tal senso, non si potrà che partire dalle due norme – inserite nella sezione dell'Accordo delle parti – intitolate alla buona fede, quale standard di comportamento, e poi alla mancata comunicazione dell'esistenza di una causa di invalidità del contratto da parte del contraente che la conosce (o

le, seppur in forma “condizionata”, l'analisi di G. BEVIVINO, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, ESI, 2016, pp. 232, 254 ss., valorizzando proprio il “microsistema” degli artt. 1337 e 1338, in assenza dei quali soltanto potrebbe accettarsi l'opzione aquiliana. La scelta di campo non preclude all'autore talune preoccupazioni, derivanti dalla difficoltà di costruire la pre-definizione dei doveri precontrattuali, laddove non vi siano norme *ad hoc*, in ragione del «variare diacronico dell'interpretazione della clausola generale» (*op. cit.*, p. 256).

deve conoscerla) all'altro che sta facendo affidamento sulla validità del contratto. È vero che entrambe le norme evocano un problema di responsabilità: la prima perché ne parla espressamente nella rubrica, la seconda perché collega all'omessa informazione in oggetto un'obbligazione di risarcimento. E tuttavia, ad evitare che tali riferimenti testuali facciano scattare automaticamente quell'approccio dicotomico che qui si vuol accantonare, occorre indulgiare nell'interpretazione delle norme menzionate e ambientarle nel corretto contesto sistematico.

Ora, sembrerebbe banale osservare che imponendo l'obbligo della buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto il legislatore abbia inteso realizzare l'obiettivo esattamente contrario a quello che si suole evidenziare allorché si argomenta su queste norme sotto la specola della responsabilità, e cioè: non *cacciare* questa fase nella terra di nessuno, ma all'opposto estrarla da questa terra ed evitarne la condanna all'irrilevanza, assegnandole per contro un suo territorio proprio nel contesto delle relazioni giuridiche che possono precedere il perfezionamento di un contratto.

Con altre parole, la scelta di governare trattative e formazione del contratto nell'ambito della disciplina generale del contratto e dell'accordo delle parti, ed il farlo – come stiamo per precisare – attraverso una clausola generale, ha voluto significare sottrarre i comportamenti precontrattuali all'irrilevanza nella quale altrimenti sarebbero rimasti, e assegnarli invece ad una specifica misura di valutazione²¹.

Pare così di desumere che l'operazione normativa compiuta dal codificatore del '42, all'esito di una tradizione di pensiero presente nelle diverse esperienze europee, abbia inteso perciò in positivo – prima che individuare un modello di responsabilità – assicurare che il processo formativo del regolamento contrattuale si svolgesse su un doppio binario specifico, da un lato garantendo la libertà di ciascuna parte di concludere o meno il contratto, dall'altro facendo sì che la stessa fosse esercitata nell'ambito di standard comportamentali qualitativamente connotati, ma flessibili²².

²¹ Si comprende bene questa strategia normativa in un'ottica comparatistica, a fronte – ad esempio – dell'approccio anglosassone al problema del fallimento delle trattative, anch'esso connotato da una logica dicotomica, per la quale se si conclude un contratto si tutelano tutti gli interessi delle parti, e se non si conclude alcun contratto non se ne tutela nessuno. In argomento A. LAS CASAS, *Tutele dell'investimento precontrattuale e razionalità economica. Profili comparatistici*, Giappichelli, 2009, pp. 2, 177 ss.

²² Questa invero sembra essere l'impostazione di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabi-*

Sotto questo profilo, discorrere della buona fede/correttezza comporta senza dubbio l'onere interpretativo di decifrare nella specola assiologica quale valore il legislatore abbia voluto usare per mettere in forma accettabile quella libertà di contrarre che non ha voluto negare in premessa (per conferire alla prassi degli affari una patina non anarchica di convenienza, di moralità o di solidarietà, a seconda di come quel valore si voglia ricostruire). Ma comporta ancor prima l'onere di pre-costruire il passaggio, il transito dalla generica affermazione di quel valore alla definizione del comportamento individuale che – caso per caso – i singoli devono tenere per uscire indenni dalla valutazione di buona fede. Dunque il vero problema suscitato dall'art. 1337, in quanto tale ed in quanto seguito dall'art. 1338, è di natura formale, ed è questo: consentirgli di generare sempre, seppur non *a priori*, una regola di comportamento della quale poter predicare *ex post* la conformità a buona fede, evitando così di gravare chi quel comportamento ha tenuto del successivo eventuale onere di rimediare al pregiudizio che il comportamento difforme si assume avere arrecato al partner della trattativa.

Se questo è vero, allora, dibattere circa la vicinanza della buona fede alla solidarietà costituzionale piuttosto che all'etica del mercato, è questione che suppone risolta preliminarmente la domanda sulla modalità tecnica di costruire la regola di comportamento a partire dalla clausola generale che – per sua natura – non prevede norme, ma standard qualitativi di comportamento. Ed ha ragione qui chi, muovendo dall'analisi dell'art. 1337, si chiede: «cosa significa devono comportarsi?», «come l'uomo conosce giuridicamente il mondo?»²³. Ovvero, con parole più semplici, chi si accinge ad una trattativa precontrattuale quale decalogo deve osservare per potersi comportare secondo buona fede? L'individuo sa che l'intrapresa della trattativa non lo obbliga a concludere il contratto, come non obbliga il partner a tal risultato, ma non è detto che sappia – al di là di quanto l'art. 1338 gli prescrive con formula tecnicamente strutturata in fattispecie – quali altri comportamenti seguire o evitare.

lità precontrattuale, cit., p. 305, e poi p. 309, ove l'A. esamina tutta una serie di norme fattispecie che riconduce all'ambito operativo della buona fede, e che delineano in positivo uno statuto comportamentale dei contraenti governato dal medesimo *standard* e proprio di un rapporto obbligatorio, che ha radice nell'art. 1173, e trova il suo fatto costitutivo nell'affidamento oggettivo che sorge nei confronti di un contraente da parte dell'altro, di solito all'inizio delle trattative, ma non necessariamente (*op. cit.*, p. 370).

²³M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 997.