

Responsabilità precontrattuale

La conclusione di un valido contratto non esclude la responsabilità precontrattuale

Cassazione Civile, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762 - Pres. Nappi - Rel. Lamorgese - Coswell (già Guaber) c. Keraunos, Bx Trade e altri

La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., assume rilievo in caso non solo di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche di contratto validamente concluso quando, all'esito di un accertamento di fatto rimesso al giudice di merito, alla parte sia imputabile l'omissione, nel corso delle trattative, di informazioni rilevanti le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contratto stesso.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in questa <i>Rivista</i> , 2014, 2, 113; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in <i>Foro it.</i> , 2009, 1, 440; Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in questa <i>Rivista</i> , 2008, 3, 221.
Difforme	Cass. 15 aprile 2016, n. 7545, su banca dati Pluris Wolters Kluwer; Cass. 25 luglio 2006, n. 16937, in questa <i>Rivista</i> , 2007, 6, 550.

La Corte (*omissis*)

Motivi della decisione

1.- Esaminando il ricorso principale, con il primo motivo, la Coswell denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 164 c.p.c., nonché vizio di motivazione, per avere la Corte milanese rigettato il motivo di gravame che denunciava l'omessa pronuncia del Tribunale sull'eccezione di nullità della comparsa di risposta Keraunos-Bx Trade e conseguente inammissibilità delle domande riconvenzionali per indeterminatezza e, quindi, per avere omesso di dichiarare la nullità.

1.1.- Il motivo è infondato. La Corte di merito, infatti, si è pronunciata sul motivo di gravame della Coswell, escludendo esplicitamente la dedotta nullità delle domande riconvenzionali, dopo averle interpretate avendo riguardo al sostanziale contenuto delle pretese delle convenute Keraunos-Bx Trade, laddove ha condiviso il giudizio del Tribunale che le aveva ritenute sufficientemente determinate nelle richieste di inibitoria del brevetto europeo n. 0256566b1 e nazionale n. 1204901 della Keraunos e dell'uso della bibliografia scientifica della stessa Keraunos, nonché di comminatoria delle penali e condanna al risarcimento dei danni. In questa valutazione la Corte ha fatto corretta applicazione del principio secondo cui, nell'interpretazione della domanda giudiziale, il giudice non è condizionato dalle formali

parole utilizzate dalla parte, ma deve tener conto della situazione dedotta in causa e della volontà effettiva, nonché delle finalità che la parte intende perseguire (v. Cass. n. 6226/2014, n. 18783/2009), nonché tenendo conto che la nullità della domanda, ai sensi dell'art. 164 c.p.c., presuppone la totale omissione o l'assoluta incertezza dell'oggetto della stessa, sicché non ricorre quando il *petitum* e la causa *petendi* siano individuabili attraverso un esame complessivo dell'atto introduttivo del giudizio, esteso anche alla parte espositiva (v. Cass. n. 20294/2014).

2.- Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2721 e 2724 c.c., e vizio di motivazione, per avere confermato la decisione impugnata che aveva ritenuto sforniti di prova gli assunti della Coswell e omesso di motivare sulla mancata ammissione delle richieste prove testimoniali, nonché dei verbali di causa di un altro giudizio (rg. n. 29884/2005) pendente dinanzi al medesimo Tribunale.

2.1.- Il motivo è inammissibile, alla luce del principio secondo cui il ricorrente che, in sede di legittimità, denuncia il difetto di motivazione su un'istanza di ammissione di un mezzo istruttorio o sulla valutazione di un documento o di risultanze probatorie o processuali, ha l'onere di indicare specificamente le circostanze oggetto della prova o il contenuto del documento trascurato od erroneamente interpretato dal giudice di merito, prov-

vedendo alla loro trascrizione, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare e, quindi, delle prove stesse, sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative (v. Cass. n. 17815/2010). Inoltre, i giudici di merito, laddove hanno ritenuto che la prova per testi richiesta dall'attrice fosse contraria alle "precise e concludenti prove documentali" acquisite nel giudizio, oltre che "del tutto generica", hanno esercitato un potere discrezionale inerente la ricorrenza di un'ipotesi di deroga al divieto di prova testimoniale (art. 2724 c.c.), il cui esercizio o mancato esercizio è insindacabile in sede di legittimità ove, come nella specie, sufficientemente motivato (v. Cass. n. 11889/2007).

3.- Con il terzo motivo la Coswell denuncia vizio di motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 1362 c.c. e ss., e art. 1372 c.c., nella interpretazione del contratto del 13 novembre 2002:

a suo avviso, i convenuti avevano inteso cedere tutte le registrazioni e le domande di registrazione dei marchi Blanx esistenti, a quella data, in Italia e all'estero, ed erroneamente i giudici di merito avevano ritenuto che non vi fosse prova certa della cessione globale, fermandosi al solo dato letterale del contratto e senza considerare le dichiarazioni delle parti durante e dopo la trattativa, nei documenti prodotti in causa.

Il quarto motivo denuncia erroneità e contraddittorietà della motivazione circa l'inadempimento delle obbligazioni assunte dai convenuti, con il contratto di cessione del marchio del 13 novembre 2002 e con la scrittura privata del 19 novembre 2002, di cessare definitivamente e senza limiti territoriali l'uso dei marchi Blanx a partire dal 20 dicembre 2002, nonché "difetto di motivazione dell'art. 1218 c.c. e ss., e art. 1453 c.c.", essendo state accertate l'esistenza di registrazioni residue dei marchi controversi e la commercializzazione dei relativi prodotti in altri paesi da parte della Bx Trade, tramite i signori P. e C., anche in violazione del patto di non concorrenza; inoltre, si imputa alla Keraunos di avere impedito all'attrice di verificare il raggiungimento del fatturato minimo garantito per lo sfruttamento economico dei marchi Blanx.

Il quinto motivo denuncia vizio di motivazione circa la concorrenza sleale e contraffazione dei marchi Blanx, in quanto indebitamente commercializzati negli Stati Uniti e in Inghilterra dalla Bx Trade, società riconducibile alla Keraunos, a P. e a C.

Il sesto motivo denuncia vizio di motivazione circa la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, il dolo incidente, la responsabilità precontrattuale e contrattuale dei resistenti, nonché "omessa motivazione e violazione e falsa applicazione dell'art. 1218 c.c. e ss., artt. 1337, 1338, 1375, 1440 e 1453 c.c.", per avere escluso l'esistenza di un comportamento colposo della Keraunos, ravvisato erroneamente in capo all'attrice, per non avere accertato l'esistenza di analoghi marchi registrati all'estero, che la cedente aveva occultato trattenendone indebitamente la titolarità.

3.1.- I predetti motivi, da esaminare congiuntamente, sono inammissibili.

Sorvolando sull'impropria commistione (soprattutto nel quarto e sesto motivo) tra censure di vizi motivazionali e di violazione di norme di diritto, si deve richiamare la costante giurisprudenza di questa Corte secondo la quale, in tema di interpretazione del contratto, il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo in sé, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, ma afferisce solo alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica e della coerenza e logicità della motivazione addotta, con conseguente inammissibilità di ogni critica alla ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice di merito che si traduca in una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto esaminati (v. Cass. n. 2465/2015).

Inoltre, ai fini della censura di violazione dei canoni ermeneutici, non è sufficiente l'astratto riferimento alle regole legali di interpretazione, ma è necessaria la specificazione dei canoni in concreto violati, con la precisazione del modo e delle considerazioni attraverso i quali il giudice se ne è discostato. La denuncia di vizio di motivazione dev'essere invece effettuata mediante la precisa indicazione delle lacune argomentative, ovvero delle illogicità consistenti nell'attribuzione agli elementi di giudizio di un significato estraneo al senso comune, oppure con l'indicazione dei punti inficiati da mancanza di coerenza logica, e cioè connotati da un'assoluta incompatibilità razionale degli argomenti, sempre che questi vizi emergano appunto dal ragionamento logico svolto dal giudice di merito, quale risulta dalla sentenza, con la precisazione che, quando di una clausola siano possibili due o più interpretazioni, non è consentito alla parte, che aveva proposto l'interpretazione disattesa dal giudice, dolersi in sede di legittimità del fatto che ne sia stata privilegiata un'altra, non essendo necessario che quella data dal giudice sia l'unica interpretazione possibile, o la migliore in astratto.

In entrambi i casi, in ossequio al principio di specificità ed autosufficienza del ricorso per cassazione, è necessario che nel ricorso sia trascritto - e ciò non è avvenuto nel caso in esame - il testo integrale della regolamentazione pattizia del rapporto o della parte in contestazione, ancorché la sentenza abbia fatto ad essa riferimento, qualora ciò non consenta una sicura ricostruzione del diverso significato che ad essa il ricorrente pretenda di attribuire (v., tra le tante, Cass. n. 4178 e 2560/2007, n. 3075/2006). È questo un requisito essenziale la cui mancanza impedisce a questa Corte di valutare la fondatezza delle censure proposte, il cui comune obiettivo è di indurre questa Corte a una indebita revisione del giudizio di fatto compiuto dai giudici di merito circa l'interpretazione del contenuto delle pattuizioni *inter partes*.

4.- Il settimo motivo denuncia omissione di motivazione, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., per avere escluso la responsabilità precontrattuale delle parti convenute, sul presupposto che l'accordo fosse stato raggiunto e il contratto concluso, nonostante la violazione dell'affidamento ingenerato

nell'attrice, non informata dell'esistenza di ulteriori registrazioni dei marchi Blanx e indotta a credere che quelle indicate nel contratto del 13 novembre 2002 fossero le sole esistenti.

4.1.- Il motivo è fondato.

La Corte del merito si è limitata ad affermare che una responsabilità precontrattuale non possa essere configurata quando il contratto sia stato stipulato, in tal modo discostandosi, senza spiegarne le ragioni, dall'orientamento di questa Corte secondo cui la regola posta dall'art. 1337 c.c., non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto (v. Cass. n. 24795/2008).

Sulla base di questo innovativo e condivisibile orientamento, questa Corte ha ritenuto che l'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c., per la lesione della libertà negoziale sia esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali (v. Cass. n. 21255/2013).

Pertanto, la circostanza che il contratto sia stato validamente concluso non è di per sé decisiva per escludere la responsabilità della parte, qualora a questa sia imputabile - all'esito di un accertamento di fatto che è rimesso al giudice di rinvio - l'omissione di informazioni rilevanti nel corso delle trattative, le quali avrebbero altrimenti, con un giudizio probabilistico, indotto ad una diversa conformazione del contenuto del contratto.

5.- I quattro motivi in cui è articolato il ricorso incidentale sono fondati per le ragioni che seguono.

5.1.- Il primo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c., per avere ritenuto inammissibile perché nuova la domanda di risarcimento del danno nei confronti della Bx Trade (ma in realtà anche degli altri convenuti originari), già proposta, invece, in primo grado, riproposta in appello ed erroneamente considerata nuova;

il secondo motivo, che è connesso al precedente, denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia sulla medesima domanda.

5.1.1.- In effetti, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, gli attuali ricorrenti inciden-

tali, nella comparsa di costituzione del 21 novembre 2003 in primo grado, avevano chiesto la condanna della Coswall al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, a titolo precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale e, in appello, avevano riproposto la domanda nella comparsa di costituzione del 30 dicembre 2008.

5.2. - Il terzo motivo denuncia vizio di motivazione, nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 2584 c.c., comma 1, e artt. 1, 85, 86 e 88 della legge invenzioni, per avere ritenuto che non vi fosse prova che la Keraunos era proprietaria del brevetto europeo n. (*omissis*) e del corrispondente brevetto nazionale n. (*omissis*) e che gli intimati non avessero impugnato la relativa statuizione del Tribunale con un specifico motivo di appello incidentale, che era stato invece proposto con comparsa di costituzione del 30 dicembre 2008.

5.2.1.- La motivazione relativa alla prova della proprietà dei suddetti brevetti da parte di Keraunos si espone, in effetti, alla critica che le è stata mossa, avendo la Corte territoriale, prima, dato conto che la stessa Keraunos li aveva ricevuti da terzi (società Iscofar o Farmacos) e poi apoditticamente ritenuto, come il Tribunale, che "non se ne conoscono le vicende proprietarie", senza spiegare le ragioni di questa conclusione. Inoltre, anche la seconda ratio non regge alla critica, avendo gli attuali ricorrenti incidentali formulato, avverso la relativa statuizione del tribunale, uno specifico motivo di appello incidentale nella menzionata comparsa di costituzione.

5.3.- Il quarto motivo denuncia violazione dell'art. 112 c.p.c., per omessa pronuncia e vizio di motivazione sulla domanda, proposta in primo grado e riproposta con appello incidentale, di inibitoria e risarcimento danni per concorrenza sleale attuata dalla Coswell nei confronti della Bx Trade.

5.3.1.- La sentenza impugnata nulla ha statuito sulla predetta domanda di inibitoria per concorrenza sleale ex art. 2898 c.c., proposta in primo grado dalla Bx Trade contro la Coswell e riproposta con l'appello incidentale, con riguardo all'utilizzo dei marchi Blanx nel mercato inglese e americano. 6.- In conclusione, in accoglimento del settimo motivo del ricorso principale e del ricorso incidentale, la sentenza impugnata è cassata con rinvio alla Corte d'appello di Milano, in diversa composizione, che dovrà provvedere anche sulle spese.

IL COMMENTO
di Stefano Alberti ()*

Le Sezioni Unite del 2007 hanno sposato la teoria della separazione fra regole di validità e di responsabilità ma non hanno risolto il dibattito sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido. Dottrina e giurisprudenza restano divise, ma sembra maggioritario l'orientamento che ammette la *culpa in contrahendo* anche quando il negozio è validamente concluso.

Una recente pronuncia sulla cessione di un marchio avrebbe potuto approfondire il tema, ma si è limitata a riproporre acriticamente una massima tralatizia. Dopo una breve ricostruzione del dibattito sul tema, si propone una posizione intermedia che non prescinda dalla puntuale ricerca dell'ingiustizia del danno.

Il fatto, le questioni e i gradi di giudizio

L'attore, una società attiva nel campo di prodotti per la cosmesi e l'igiene della persona, conviene in giudizio due società nonché, anche personalmente, i legali rappresentanti di queste ultime.

La società attrice afferma di aver condotto negoziazioni per l'acquisto dei marchi Blanx, globalmente intesi. Il contratto, giunto a regolare conclusione, prevedeva per i cedenti l'obbligo di terminare la vendita dei prodotti di tale marchio. Il giorno successivo alla stipula del contratto di cessione, la prima convenuta si obbligava anche a non svolgere attività in concorrenza - utilizzando il marchio Blanx - per tre anni; la stessa garantiva che il fatturato, sulla base del quale si sarebbe dovuto calcolare il corrispettivo, non sarebbe stato inferiore a una certa cifra.

L'attrice ricorda di essere venuta a conoscenza, l'anno successivo a quello in cui il contratto era stato stipulato, che la prima convenuta era titolare di una registrazione a suo vantaggio del marchio Blanx, in uno Stato estero dove la seconda convenuta lo rivendicava.

In primo grado dunque chiede al Giudice, previo accertamento, di dichiarare che la cessione riguardava il marchio Blanx in ogni sua registrazione, nazionale o estera, e domanda - oltre all'inibitoria - il risarcimento del danno, a titolo precontrattuale, contrattuale e di concorrenza sleale.

I convenuti si costituiscono chiedendo il rigetto delle domande e, in via riconvenzionale, l'inibitoria dall'utilizzo del marchio citato - che reputano non trasferito - e di due brevetti, nonché il risarcimento del danno, ma il Tribunale di Milano riget-

ta sia le domande di parte attrice sia quelle di parte convenuta.

La Corte d'Appello di Milano, allo stesso modo, rigetta gli appelli, interpretando il contratto come riguardante solo i marchi Blanx testualmente identificati, e non quelli controversi tra le società; non solo, ritiene anche che la conclusione del contratto sia preclusiva della responsabilità precontrattuale.

La società attrice propone ricorso per Cassazione suddiviso in sette motivi, gli intimati articolano in quattro motivi il loro controricorso e ricorso incidentale.

Riepilogando con brevità i primi sei motivi di parte attrice, essa denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 164 del Codice di rito e vizio di motivazione (motivo che viene poi reputato infondato), violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2721 e 2724 c.c. e vizio di motivazione (motivo inammissibile), vizio di motivazione, violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 ss. e 1372 c.c., erroneità e contraddittorietà della motivazione sull'inadempimento delle obbligazioni assunte dai convenuti, vizio di motivazione circa la concorrenza sleale e contraffazione dei marchi Blanx, vizio di motivazione per la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, il dolo incidente, la responsabilità precontrattuale e contrattuale dei resistenti, nonché omessa motivazione e violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 ss., 1337, 1338, 1375, 1440, 1453 (tutti questi ultimi motivi vengono reputati inammissibili).

Nella declaratoria di inammissibilità, la Corte ricorda come la sua giurisprudenza costante non permetta al giudizio di legittimità di investire il risultato interpretativo - esso appartiene all'ambito dei

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

giudizi di fatto, sottoposti all'attenzione del solo giudice di merito - ma esclusivamente di valutare il rispetto dei canoni legali di ermeneutica, nonché il valore logico e coerente della motivazione fornita.

La Corte di legittimità non può dunque valutare la fondatezza delle censure proposte a seguito di un errore difensivo, consistente nella mancata puntuale allegazione delle regole violate; nelle pagine successive si spiegherà il ruolo che l'interpretazione avrebbe potuto ricoprire.

Destino migliore ha il settimo motivo offerto da parte attrice, che lamenta omissione di motivazione, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., per aver escluso la responsabilità precontrattuale delle parti convenute, sul presupposto che l'accordo fosse stato raggiunto e il contratto concluso, trascurando la lesione dell'affidamento.

La Corte, definendo fondato quest'ultimo motivo, ricorda che i suoi orientamenti più recenti e costanti assumono la compatibilità fra validità del contratto e responsabilità a titolo precontrattuale, stante la natura di clausola generale della regola di risarcimento di cui all'art. 1337 del Codice civile. Dunque la responsabilità precontrattuale non sussiste solo nei casi di interruzione illegittima delle trattative o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, bensì anche quando il contratto sia validamente concluso, ma, al contempo, pregiudizievole.

Perciò, la vittima della scorrettezza, a detta della Corte, può agire *ex art.* 2043 per il risarcimento del danno; sull'incerta qualificazione della responsabilità in commento fra l'art. 1337 e l'art. 2043 si tornerà in seguito.

La Corte dichiara poi fondati i quattro motivi offerti nel ricorso incidentale, segnatamente violazione e falsa applicazione dell'art. 345, codice di rito, violazione dell'art. 112, codice di rito, vizio di motivazione, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 2584, comma 1, c.c. e artt. 1, 85, 86 e 88 della legge sulla tutela delle invenzioni, nonché, nuovamente, violazione dell'art. 112, codice di rito.

A seguito dell'accoglimento del settimo motivo del ricorso principale e, nella sua interezza, del ricorso incidentale, la S.C. cassa e rinvia alla Corte d'Appello di Milano.

Validità e responsabilità

Fra le tante suggestioni che la sentenza offre, merita soffermare l'attenzione sulle questioni che fanno capo al settimo motivo del ricorso per Cassazione, cioè al problema della compatibilità fra conclusione di un contratto valido ed efficace e risarcimento del danno precontrattuale a seguito di scorrettezza durante le trattative.

Tale tema è legato a filo doppio a un altro dibattito quesito del diritto civile contemporaneo, quello del rapporto fra regole di validità e regole di mera responsabilità; se su quest'ultimo, tuttavia, a seguito delle Sezioni unite del 2007 (1) il dibattito si è ridotto, sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido, e proprio a causa - fra le altre - di quelle stesse sentenze (2), la dottrina è ancora impegnata, mentre la giurisprudenza, come emergerà in seguito, sembra orientata in una specifica direzione (3), anche se non ha avuto finora l'occasione di analizzare il tema come merita.

La giurisprudenza Rordorf ha infatti stabilito, per quel che qui interessa, che lo iato fra regole di validità e regole di mera responsabilità resta saldamente in piedi e che, tenendo sullo sfondo il caso di previsioni testuali (art. 1418, comma 3), la violazione di norme imperative non dà sempre accesso alla nullità del negozio (pretesa applicazione generale dell'art. 1418, comma 1).

Infatti, quando le norme imperative violate sono attinenti al contenuto del negozio, *nulla quaestio*: il rimedio previsto è la nullità. Se invece sono norme imperative attinenti meramente a condotte precontrattuali, la sanzione è quella risarcitoria; in altre parole, le Sezioni unite hanno sostenuto che non si può affermare una pretesa nullità per contrarietà a buona fede precontrattuale, cioè che l'art. 1337, come del resto emerge già da una sua prima lettura, prevede come unica sanzione il risarcimento del danno.

(1) Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in questa *Rivista*, 2008, 3, 221, con nota di V. Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*.

(2) Autorevole dottrina sostiene che sarà necessario un intervento delle Sezioni unite appositamente sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido. G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? L'isola che*

non c'è, in *Giust. civ.*, 2014, 1, 197.

(3) Si segnala peraltro che poche settimane dopo aver emesso la sentenza peraltro in commento, la Seconda sezione della Cassazione civile ha reputato, senza approfondire il quesito, che la valida conclusione di un contratto escluda la possibilità di agire per il ristoro del danno precontrattuale. Cass. 15 aprile 2016, n. 7545, su banca dati Pluris Wolters Kluwer.

Da un punto di vista formale, il discorso si presta a essere così espresso: l'art. 1337, quantunque norma imperativa (4), è speciale rispetto all'art. 1418, comma 1, perché, nel grande insieme delle norme imperative, il sottoinsieme di norme sulla condotta precontrattuale è senza dubbio più ridotto: il rimedio è quello previsto nell'art. 1337 e non quello previsto nell'art. 1418.

Il mezzo di tutela per la parte che ha subito scorrettezza precontrattuale non è dunque l'ottenimento della nullità del negozio, ma il semplice risarcimento del danno, mentre il contratto resta valido ed efficace (5).

Sebbene le Sezioni unite del 2007 non si siano pronunciate analiticamente sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido, da queste decisioni è stata estratta una massima che, piuttosto acriticamente, è stata riportata, anche in continuità con la sentenza Marziale del 2005 (6), in diverse pronunce della Suprema corte, fra cui le più famose sono Cass. 24795 del 2008 e Cass. 21255 del 2013, pronunce citate peraltro nella sentenza qui in commento e che saranno riesaminate in prosieguo.

A seguito di questa tendenza, si riscontra che la Cassazione abbia accolto la responsabilità precontrattuale generale da contratto valido, che, con il nome di "rimedio risarcitorio per i vizi incompleti", era stata formalizzata dalla dottrina in un fortunato scritto del 1995 (7).

Tuttavia, da molteplici dati sistematici pare opportuno esprimersi in senso contrario a una responsabilità precontrattuale che opera ogni volta che si riscontri un negozio non conveniente e un difetto anche minimale di buona fede oggettiva.

Per un approccio depolarizzato al problema

È fuori di dubbio che il tema della responsabilità precontrattuale da contratto valido debba essere

sdrammatizzato e affrontato con una maggiore apertura a soluzioni intermedie fra le due tesi contrapposte.

Non convince, infatti, chi ritiene, come già aveva fatto la Corte d'Appello di Milano, che l'intervenuta conclusione di un contratto è ostativa alla responsabilità precontrattuale, sulla base dell'assunto che la conclusione del contratto stesso traghetta ogni evenienza patologica nell'inadempimento della *lex contractus*.

Invero, una cosa è l'inadempimento dell'obbligazione di cui il contratto è fonte, altra cosa è la scorrettezza verificatasi durante le trattative: tanto è vero che quando la scorrettezza precontrattuale si spinge al punto di integrare un vizio del consenso, il rimedio previsto è l'annullabilità, che risponde a una patologia originaria del contratto, mentre per l'inadempimento la prospettiva rimediale è appunto la risoluzione accompagnata al ristoro del danno, che fa fronte a una circostanza successiva (8).

Se la conclusione di un contratto rendesse sempre irrilevante la contrarietà a buona fede delle condotte occorse durante le negoziazioni, emergerebbe uno scenario insostenibile, cioè che il Codice punisce la scorrettezza solo in alcune sue evenienze (9), mentre quando essa fosse composta da menzogne, artifici, raggiri e silenzi perpetrati fino alla conclusione di un contratto, l'illiceità si annacquarebbe.

Parlare di assorbimento è arbitrario (10), insomma, perché altro sono gli interessi tutelati dalla norma sulla buona fede *in contrahendo*, altri quelli difesi dalla *lex contractus*: non sempre infatti la violazione dei doveri precontrattuali, come l'informazione, il segreto e la custodia (11), oltre alla coerenza e la chiarezza, è riassorbita in un inesatto adempimento (12).

Tuttavia, non convince nemmeno chi ritiene che ogni evenienza di scorrettezza precontrattuale debba dare origine a un risarcimento, cioè a un'obbli-

(4) Pacificamente conclusa è la stagione dell'ossequio formale e del disfavore verso le clausole generali. Per un riepilogo, B. Andò, *Ritardo nella stipula del contratto e responsabilità precontrattuale*, nota a Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 507.

(5) A. Albanese, *Non tutto ciò che è "virtuale" è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e dir. Priv.*, 2012, 503.

(6) Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25, con nota di V. Roppo - G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

(7) M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

(8) R. Sacco, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, III ed.,

Torino, II, 249, correttamente reputa che non ha senso immaginare una regola che stabilisca l'irrilevanza della violazione dell'obbligo di buona fede quando ricorra la successiva conclusione del contratto.

(9) Come l'interruzione delle trattative.

(10) Sul punto sono interessanti le riflessioni di V. Bellomia, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e di impresa*, Milano 2012, 92ss.

(11) Questa triade si trova nel "classico" italiano sulla responsabilità precontrattuale, F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 35, ristampato poi a Napoli nel 2012 arricchito da due introduzioni, dei proff. Perlingieri e Fiesti.

(12) C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2009, 161.

gazione pecuniaria che si accompagna a un contratto che resti valido.

I motivi di questa asserzione sono almeno due.

In primo luogo, la responsabilità precontrattuale non sanziona un semplice comportamento - come la responsabilità penale nei reati di mera condotta - ma la realizzazione di un danno fornito dei caratteri di ingiustizia, cioè di lesione non consentita di una situazione soggettiva protetta.

Ciò è il portato di tutte le riflessioni sulla responsabilità precontrattuale considerata nel suo meno controverso caso di interruzione delle trattative: il rimedio risarcitorio scatta quando è lesa un affidamento e non quando c'è un mero comportamento scorretto. Nessuno riterrebbe responsabile chi andasse in una concessionaria d'automobili dichiarando di essere interessato a un certo modello, se lo facesse descrivere, lo provasse, si dichiarasse entusiasta e poi non desse più notizie al venditore, poiché non è nato alcun affidamento a beneficio di quest'ultimo (13).

La necessità di provare l'ingiustizia emerge testualmente, se si considera - come giurisprudenza pressoché omogenea (14) e circa metà della dottrina (15) - la responsabilità precontrattuale come extracontrattuale, ma è del resto postulata anche qualora la si consideri contrattuale, perché il *proprium* della responsabilità ex 1218 è che un fatto *non iure* sia di per sé *contra ius* (16).

Non è seriamente sostenibile che ogni evenienza di non conformità all'art. 1337 sia lesiva di un affidamento: ammettere la responsabilità precontrattuale generale da contratto valido significa riconoscere una responsabilità senza fattispecie (17), oltre a considerare la responsabilità civile come un rimedio universale, un istituto finalizzato a riempire ogni spazio lasciato apparentemente vuoto dalle regole di validità (18).

(13) E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in N. Lipari - P. Rescigno, *Diritto civile*, IV, III, 239.

(14) Si segnala la recentissima Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *D&G*, 2016, 32, 4, con nota di C. Coticelli, *Prescrizione decennale per la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, che non solo sposa l'inquadramento della *culpa in contrahendo* nella responsabilità per inadempimento, per il tramite del contatto sociale qualificato, ma reputa che tale interpretazione sia ormai maggioritaria nella giurisprudenza. Fra i molti profili critici che questa decisione offre, c'è quanto meno il sospetto che la scelta per la natura contrattuale non segua solide ragioni di dogmatica e sistematica, ma il puro desiderio di un regime più favorevole all'attore.

(15) Per un panorama, Zaccaria, *La natura per della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, 344.

In secondo luogo, per negare la risarcibilità generale di ogni scorrettezza precontrattuale in caso di contratto valido, è sufficiente tenere a mente che l'istituto in esame va letto sinotticamente con la disciplina dei vizi del consenso; una *culpa in contrahendo* generalizzata li abrogherebbe di fatto (19), stante che delle imperfezioni minori del volere, che non potrebbero essere origine di annullamento, darebbero seguito a una correzione del contratto, che è cosa talvolta ancora più intrusiva dell'invalidazione stessa.

Da rifiutare sono dunque sia quella giurisprudenza, più risalente ma che periodicamente viene ripresa (20), che in modo troppo conciso reputa che la conclusione di un contratto sia preclusiva al sopravvivere di responsabilità precontrattuale, sia quella che, a volte vittima di una massimazione incauta, parla di generale applicabilità del rimedio precontrattuale.

Il dolo incidente e altri argomenti analitici contro i vizi incompleti

Può essere utile, nell'ottica di valutare l'operato della Cassazione nella sentenza in commento, soffermarsi su alcune delle ipotesi di compresenza fra validità e responsabilità. All'interno dei possibili casi di responsabilità precontrattuale da contratto valido ma sconveniente, una categoria d'indagine è offerta dai vizi incompleti e incidenti del contratto, che si configura come un cerchio concentrico di raggio più ridotto, anche se di porzioni tutt'altro che esigue (21).

Sulla base dell'assunto erroneo secondo cui l'art. 1440 del Codice civile, in tema di dolo incidente, sia finalizzato a concedere una forma di tutela che, in sua mancanza, non ci sarebbe, la dottrina si è spinta a immaginare l'errore incidente e la violenza morale incidente (simili ai vizi del consenso tradi-

(16) *Ibidem*. Per inciso, è questo che spinge a reputare extracontrattuale la responsabilità precontrattuale.

(17) G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale...*, cit., 220.

(18) La fortunata espressione si trova in M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 492, e, fra gli altri, in G. Vettori, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2014, 2, 150.

(19) Per un cenno, E. Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, 547; nel dettaglio G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996 e M. Barcellona, *op. cit.*, 487 ss.

(20) Cass. 15 aprile 2016, n. 7545, su banca dati Pluris Wolters Kluwer.

(21) Questo perché, fra gli obblighi precontrattuali violati, sia l'area del dolo sia quella dell'errore attengono all'informazione.

zionali, ricorrendo però la circostanza che la controparte avrebbe comunque concluso il contratto a condizioni differenti, se fosse mancata la corruzione della volontà), oltre all'errore incompleto e alla violenza incompleta (sprovvisti dei caratteri tali da renderli ragione di annullamento del negozio), nonché la figura della lesione *infra dimidium*, inabile a dare accesso all'istituto rescissorio (22).

È parso naturale, quindi, reputare che la prospettiva rimediale per i casi citati sia il risarcimento del danno precontrattuale, nell'impossibilità di pronunciare l'invalidità del negozio.

Tuttavia sono diversi gli argomenti per esprimersi in senso contrario anche a questa dottrina.

In primo luogo, la norma in tema di dolo incidente non è affatto finalizzata alla concessione di tutele altrimenti assenti, ma è una norma di chiusura, che limita e non amplia le prospettive a favore del *deceptus* (23).

Il nostro legislatore ha stabilito che il dolo e l'errore sono motivo di annullamento del contratto sulla base di presupposti differenti: in particolare, l'errore provocato da inganno, come regola generale, non richiede l'essenzialità di cui all'art. 1429 del Codice civile (24).

Reputare che il dolo determinante corrisponde a un errore essenziale e il dolo incidente a un errore non essenziale è un *iter* arbitrario, che riduce grandemente le tutele a beneficio della parte ingannata (25).

Come ha ricordato in tempi recenti la riflessione del diritto francese (26) ma già in passato qualche pagina della dottrina italiana (27), è difficile immaginare una volontà di contrarre astratta, del tut-

to slegata dalle condizioni: il dolo incidente si configura come un istituto basato su una *fictio*, finalizzata a valorizzare la circostanza per cui il contratto sarebbe stato comunque concluso e a derogare al principio *fraus omnia corrumpit* per conservare l'attività negoziale.

Al fine di evitare che la parte *decepta* possa abusare della sua condizione, per ottenere l'invalidazione del negozio senza ragioni serie, è appunto previsto il dolo incidente, quando un ordinamento - come il nostro - lo prevede testualmente (28).

La *vis expansiva* del dolo incidente, su cui si fondano i sostenitori dei vizi incompleti, è quindi tutt'altro che fondata.

In secondo luogo, i risultati a cui si perverrebbe non sono soddisfacenti neanche esaminando nel dettaglio le singole figure di vizi incompleti e incidenti.

Se si consentisse il rimedio risarcitorio per un errore incompleto, come per esempio un banale errore sui motivi, l'entità dell'obbligazione risarcitoria sarebbe tale da rendere il rimedio più intrusivo rispetto a quello di pertinenza dell'errore tradizionale (29), oltre a essere incompatibile con il tradizionale e del tutto sensato principio dell'irrelevanza generale dei motivi. Peraltro, va sempre tenuto a mente l'art. 1432, che prevede - per il caso di errore che possa dare adito all'invalidazione - che la rettifica può essere proposta dalla parte non *errans*, e non imposta dalla parte *errans*. Sarebbe incoerente che per un errore minore, tale da non aprire la strada all'annullamento, fosse concessa alla parte *errans* l'azione per il risarcimento del danno (30).

(22) Le monografie di riferimento sono M. Mantovani, *Vizi incompleti...*, cit., a cui, un anno dopo, ha fatto da contrappunto G. D'Amico, *Regole di validità...*, cit., le quali entrambe prendono in esame ciascuno delle evenienze, per giungere a esiti diametralmente opposti.

(23) M. Barcellona, *op. cit.*, 502.

(24) Nel senso per cui il dolo renda annullabile un negozio anche qualora abbia provocato un errore non essenziale si esprimono M. Barcellona, *op. cit.*, 501, P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2007, 183 e G. Afferni, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, 741.

(25) Desta quindi perplessità l'opinione di un illustre Autore, che sostiene che il dolo sia la causazione intenzionale di un errore essenziale. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in A. Cicu - F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, 332.

(26) Gli ultimi anni hanno visto un'espunzione del dolo incidente dal diritto francese, prima ad opera della dottrina, poi della giurisprudenza, infine della legislazione - con la riforma del *Code civil* in vigore a partire dal primo di ottobre del 2016. In dottrina, M. Mekki, *Le dol*, in P. Malinvaud - D. Fenouillet - M. Mekki, *Droit des obligations*, Parigi, 2014, 151; M. Fabre -

Magnan, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, Parigi, 2012, 352; J. Flour - J. Aubert - E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, Parigi, 2012, 205, B. Fages, *Droit des obligations*, Parigi, 2007, 108; Ghestin, *Le dol*, in J. Ghestin - G. Loiseau - Y. Sérinet, *Traité de droit civil. Le contrat-Le consentement*, Parigi, 2013, 1199 ss.

In giurisprudenza, Cass. civ. fr., sez. III, 22 giugno 2005, per esempio in P. Stoffel - Munck, *Erreur sur la valeur et dol incident*, in *Revue des contrats*, 2005, 4, 1025, e in seguito Cass. civ. fr., Sez. I, 28 maggio 2008, in *Bull. civ.*, I, 154, nonché in *Revue des contrats*, 2008, 4, 1118, con nota di D. Mazeaud, e in *JCP G*, 2008, 1218, 9, con nota di F. Labarthe, sentenza dal tenore meno chiaro, ma sempre sul filone della decisione del giugno 2005.

(27) L. Mengoni, *Metus causam dans e metus incidens*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 20 e E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1953, I, 111.

(28) F. Valenti, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*, in questa *Rivista*, 2012, 11, 888.

(29) M. Barcellona, *op. cit.*, 492.

(30) M. Allara, *La teoria generale del contratto*, Torino 1955, 188, nonché, più recentemente, C. Rossello, *L'errore nel contratto*, in *Commentario Schlesinger*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2004, 202.

Passando alla violenza, è coerente la lettura per cui essa sia sempre cagione di invalidazione del negozio, agendo essa non sull'informazione ma addirittura sull'autodeterminazione della vittima, ed essendo presenti indici testuali - come la disciplina più grave assegnata alla violenza proveniente da un terzo, rispetto al dolo proveniente da un terzo - che non lasciano spazio al principio di conservazione del negozio (31).

Del resto, il dolo si manifesta all'interno di una trattativa, a lesione di un affidamento, mentre la violenza impone il contratto come un male minore rispetto al male minacciato, al di fuori della logica configurabilità di una trattativa e di un affidamento in senso vero.

I confini della responsabilità precontrattuale da contratto valido. L'obbligo di informazione

Il territorio della compresenza fra negozio valido e responsabilità precontrattuale dunque va delimitato fra due confini: non si può sterilizzare la clausola generale di buona fede oggettiva in maniera da svilire il suo ruolo all'interruzione delle trattative e all'art. 1338, né si può permettere alla responsabilità precontrattuale di togliere ogni senso e valore alle regole in tema di vizi del consenso.

Qualche indicazione è fornita anche dal legislatore codicistico: senza dubbio alcuni casi di compresenza fra validità del contratto e risarcimento del danno per trattativa scorretta si ascrivono all'istituto del dolo incidente, e, in alcuni contratti, si prescindono addirittura dalla prova del dolo: è il caso dei vizi della cosa venduta, locata, data in comodato o a mutuo (32).

Altri casi sono rappresentati nelle leggi speciali: la scorrettezza prenegoziale nei contratti di intermediazione finanziaria è tipizzata nel Testo unico della finanza. Stante che una norma imperativa sulle condotte precontrattuali non è - salvo eccezioni testuali - norma di validità ma solo di risarcimento, il rimedio per violazione di condotta precontrattuale doverosa è il risarcimento *ex art.* 1337 (33).

In generale, è un buon punto di partenza la regola operativa fornita da Roppo: si deve svolgere un processo di eliminazione mentale della circostanza per cui il contratto è stato concluso, cioè per cui un danno extracontrattuale è stato inferto tramite attività negoziale; se risulta comunque un danno ingiusto e risarcibile, allora interviene la responsabilità precontrattuale (34).

Nella stragrande maggioranza dei casi - e nel caso della sentenza qui in commento - l'obbligo precontrattuale sulla cui violazione si discute è quello di informazione: un primo punto fermo è che, come è stato più volte affermato, non esiste un obbligo di informazione generalizzato fra le regole di diritto italiano dei contratti (35), ma è possibile tracciare una divisione di tipi contrattuali.

Nei contratti asimmetrici, fra imprenditore e consumatore o fra imprenditori tipizzati, gli obblighi di informazione sono esplicitati, e le sanzioni di volta in volta si riverberano sulla validità o sul risarcimento (36).

Viceversa, nei contratti di diritto comune, è fuori di dubbio che delle regole in tema di informazione provengano dalla disciplina del dolo, sia determinante sia incidente, sia omissivo sia commissivo, dell'errore e dall'art. 1338, a cui si accompagna la clausola generale dell'art. 1337.

Senza dubbio è dunque vietato fornire informazioni erronee che determinano la controparte a contrarre (dolo determinante), fornire informazioni erronee che determinano la controparte a contrarre a condizioni differenti (dolo incidente), o non correggere l'impressione che la controparte si è fatta, in ordine a errori essenziali, quando essi sono stati riconosciuti (errore), o violare obblighi legali di informazione.

Non si può però ritenere che l'obbligo di comunicazione sia generale, perché "tutte" le informazioni astrattamente immaginabili costituiscono senza dubbio un insieme più ampio rispetto a "le informazioni che devono essere fornite secondo buona fede".

Al contempo, l'insieme delle "informazioni che devono essere fornite secondo buona fede" non può estendersi a quelle informazioni il cui difetto possa

(31) L. Mengoni, *Metus causam dans...*, cit., 25, nonché poi M. Lobo, *I vizi della volontà*, in N. Lipari - P. Rescigno (a cura di), *Diritto civile*, III, II, 1098.

(32) Come per esempio gli artt. 1494, 1578, 1812 e 1821 c.c.

(33) P. Giudici, *Mercato finanziario*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato dei contratti*, Milano, 2014, V, 1038 ss.

(34) V. Roppo, *Spunti in tema di responsabilità "precontrattuale". dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di*

Cassazione sul lodo Mondadori, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, 16.

(35) G. Afferni, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, Padova, 2009, 731 ss.

(36) Per il particolare caso del *franchising*, in cui una legislazione speciale particolarmente sciatto sembra espungere dal sistema la divisione fra dolo determinante e incidente, V. Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 412.

dare adito a risarcibilità di un errore incidente o errore incompleto, perché queste figure devono appunto essere espunte dal sistema per le ragioni di coerenza sopra enunciate, pena l'abrogazione della disciplina dei vizi del consenso.

Si prenda ad esempio un errore sui motivi: senza dubbio, qualora la controparte avesse conosciuto i motivi, avrebbe preteso condizioni contrattuali differenti; risarcire un errore sui motivi è però illegittimo perché la sua tutela scardinerebbe la disciplina sui vizi del consenso, dunque l'obbligo di informazione (assistito, in difetto, da obbligazione risarcitoria) non può spingersi all'informazione sui motivi.

Ecco che sembra opportuno dare un'interpretazione non generalizzata al concetto di buona fede come preteso dall'art. 1337: per quanto sia difficile fornire un significato univoco e *a priori* a una clausola generale, esigenze di prevedibilità del diritto impongono di tentare. Per stabilirsi dunque l'area delle informazioni da comunicarsi secondo buona fede sembra doversi tener conto di quanto previsto dalla legge, ovviamente, nonché dalla *soft law* applicabile, dalle prassi contrattuali intercorse, dalla natura del negozio e dagli usi del settore in quella specifica piazza. Nulla più (37).

Perciò, l'art. 1337 non sarebbe affatto limitato e immiserito nel suo valore e nei suoi scopi (38), se si inserissero nel suo campo d'azione la responsabilità per interruzione illegittima delle trattative e per violazione degli altri obblighi precontrattuali, mentre si lasciasse come norma chiave sugli obblighi di informazione prenegoziale l'art. 1338, che riguarda le sole informazioni sull'invalidità e inefficacia del negozio.

Una sentenza incompleta e male argomentata

Per quanto attiene dunque al caso di specie, in cui la Suprema Corte ha ritenuto di affermare la responsabilità precontrattuale da contratto valido, ci si trova d'accordo con il *decisum* ma non del tutto con la *ratio*: la sentenza odierna si presta parzialmente alla stessa critica che dottrina (39) ha rivolto alla sentenza Cir contro Fininvest, peraltro citata nella pronuncia in commento oggi, cioè di essere argomentata in modo non condivisibile. In particolare, la sentenza è stata anche troppo stringata

su un punto dove sarebbe stata auspicabile una maggiore completezza.

Le ragioni sottese a queste valutazioni sono come minimo due.

Non è in dubbio che il giudice di legittimità ha fatto bene a ricordare che la conclusione di un valido contratto non ha un'efficacia in alcun modo preclusiva o estintiva della scorrettezza precontrattuale, per tutte le ragioni sopra esposte: quando la Corte d'Appello ha rilevato che in generale il contratto esclude la *culpa in contrahendo* ha espresso un'opinione non condivisibile.

Tuttavia, quando il giudice di legittimità ha sostenuto che ciascun paciscente deve fornire alla controparte tutti i dati rilevanti, conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza, ai fini della conclusione del contratto, ha scelto una formula troppo vasta. Una lettura che prendesse sul serio questa dicitura non potrebbe che includere anche informazioni sui motivi, ma, per le ragioni sopra esposte, l'errore sui motivi deve rimanere irrilevante. La Corte ha insomma confuso l'insieme di tutte le informazioni che in astratto possono essere condivise con il più ristretto insieme delle informazioni che la buona fede oggettiva, ai sensi dell'art. 1337, obbliga a condividere.

Peraltro, è apprezzabile che la Corte di legittimità abbia reputato che l'accertamento di fatto sull'omissione di informazioni è di competenza del giudice di rinvio, ma il dubbio se, in caso di cessione di marchio, ci sia l'obbligo di comunicare l'esistenza di ulteriori registrazioni del medesimo è un quesito di diritto che sembra ancora aperto, quindi sarebbe stato preferibile che il Supremo giudice avesse fissato delle indicazioni.

Altri sono i profili che non convincono della sentenza in esame, cui saranno dedicati i paragrafi successivi.

Gli ambigui precedenti a cui la sentenza si richiama. L'atteggiamento incerto della Cassazione: 1337 o 2043?

La decisione in esame non convince perché si richiama a due precedenti, la sent. 24795 del 2008 e la sent. 21255 del 2013, due decisioni fra le più controverse degli ultimi anni, quindi ben lungi da costituire una solida base per la nuova pretesa corrente giurisprudenziale (40).

(37) G. D'Amico, *Regole di validità...*, cit., 250.

(38) Come temono la sentenza in commento, nonché le Sezioni unite del 2007 e le decisioni del 2008 e del 2013.

(39) F. Piraino, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, al

dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 4, 1119.

(40) Oltre a F. Piraino, *op. cit.*, e G. D'Amico, *Responsabilità precontrattuale...*, cit., si legga anche G. De Nova, *La modifica-*

Giurisprudenza

Contratti in generale

Esaminando la sentenza del 2008, non si può dimenticare che essa, quantunque sia stata ritenuta alle origini di un nuovo orientamento ispirato a giustizia, omette di utilizzare un istituto, il dolo incidente, che - sol che si fosse provato l'elemento intenzionale - avrebbe potuto risolvere la questione in modo più piano, ma soprattutto la pronuncia fa un'applicazione molto bizzarra di tale nuovo orientamento.

Infatti, nel caso in cui un concedente non ha informato il beneficiario di un *leasing* che sarebbero venute a mancare delle agevolazioni fiscali (41), il danno non è stato commisurato alla lesione effettivamente accaduta, cioè facendo prevalere la realtà sull'apparenza, ma imputando al venditore un esborso tale da procurare una *factio*, consistente nel fare come se le agevolazioni fiscali fossero state ancora in vigore.

Tale scelta è criticabile perché non c'è infatti nesso eziologico fra scorrettezza e danno: se la parte non fosse stata scorretta, e avesse informato il beneficiario del *leasing* che l'agevolazione fiscale non esisteva più, il risultato non sarebbe stato affatto la reviviscenza dell'agevolazione fiscale.

Tale non condivisibile proposta del giudice ricorda l'interpretazione *contra stipulatorem*, o *contra profertem*, che, in una delle sue stagioni applicative più criticabili, prescindeva addirittura dal dubbio: invero, per potersi utilizzare una dichiarazione precontrattuale facendo entrare il testo nel campo del contratto occorrono due fattori: che il contratto sia per adesione, e che ci sia il dubbio (42).

Ricorda anche una deriva del diritto francese, autorevolmente sostenuta peraltro dalla prof.ssa Fabre Magnan (43) e giustamente criticata dalla Prof.ssa Viney (44) e dalla più recente giurisprudenza (45), secondo cui in caso di imperfezione nella dazione di un'informazione precontrattuale, essa, puramente e semplicemente, entra nel campo contrattuale.

Tornando al riesame della sentenza del 2008, in ultima analisi, se anche non si vuole leggere il dolo incidente, il caso è quello di un errore sui motivi, che per le ragioni sopra esposte non può configurarsi come vizio incompleto tale da spingere al rimedio risarcitorio (46).

Sembra fuorviante anche il richiamo alla famosa sentenza Cir, a sua volta una decisione che si sarebbe potuta ben risolvere applicando il dolo incidente senza fondarsi sulla responsabilità per contratto sconveniente: un tema su cui l'atteggiamento della Corte si mantiene tuttora ondivago è la qualificazione del danno cagionato da scorrettezza precontrattuale *sub specie* dell'art. 1337 o dell'art. 2043 puro, senza la mediazione dell'art. 1337 stesso. La sentenza in commento oggi parla di applicazione diretta del 2043, ma l'argomento non sembra meditato.

La questione, invero, non rischia di essere troppo problematica, perché, per ragioni molto note, la responsabilità precontrattuale è comunque ascritta alla responsabilità aquiliana dalla giurisprudenza di gran lunga maggioritaria.

La dottrina resta ancora divisa, ma l'orientamento in senso extracontrattuale pare più corretto, perché ha, come minimo, due meriti: evita di estrapolare arbitrariamente dall'obbligazione la prestazione, che ne è il "cuore", e riconosce che *proprium* della responsabilità per inadempimento di un'obbligazione preesistente (47) è che una condotta *non iure* sia automaticamente *contra jus*, il che poco sembra attagliarsi a una responsabilità come quella precontrattuale (48).

La sentenza in commento, purtroppo, fa proprio l'involuto e inutilmente complesso *iter* logico di Cass. 21255 del 2013: in quest'ultima vicenda giudiziaria, l'estensore della decisione, dopo aver dedicato diverso tempo alla responsabilità precontrattuale, ritiene che il *quid alii* e il *quid pluris* derivanti dalla particolare vicenda (la corruzione di un giudi-

zione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno *ex art.* 2043, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1, 10, nonché sempre G. De Nova, *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 1787.

(41) Consistenti in un credito di imposta pari a un terzo del valore del finanziamento.

(42) Lo riepiloga di recente A. Gentili, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, II, 605.

(43) M. Fabre - Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Parigi 1992, n. 639

(44) G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, Parigi, 2008, 199.

(45) Commentata da T. Genicon, *La réfaction pour dol existe-telle?*, in *Rev. dr. civ.*, 2012, 4, 1180.

(46) Sono osservazioni che emergono dalla nota alla sentenza di E. Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 440, che in apertura alla sua nota descrive la sentenza del 2008 come un ulteriore elemento del contrasto fra le Sezioni semplici della Cassazione sulla responsabilità precontrattuale da contratto valido.

(47) In giurisprudenza l'inquadramento contrattuale resta minoritario, da ultimo si segnala Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, già citata.

(48) E. Navarretta, *L'ingustizia del danno...*, cit., 239.

ce) facciano trascolorare i fatti dall'art. 1337 all'art. 2043.

Dottrina autorevole, che peraltro coincide con il patrocinio vittorioso di Cir nella vertenza in esame (49), difende la pronuncia della Suprema corte, ma non sembra invero di dover condividere l'assunto.

È senza dubbio vero che "agire in modo fastidioso verso qualcuno non significa per forza lederne situazioni giuridicamente protette; e subire un fastidio non equivale senz'altro a subire un torto civile." Questa affermazione dell'Autore non fa che ribadire, in termini di senso comune, un presupposto giuridico: che si consideri la responsabilità precontrattuale come contrattuale o come aquiliana, non ogni interferenza è fonte di risarcimento, ma serve un danno caratterizzato dall'ingiustizia.

Roppo poi scrive, e conviene soffermare l'attenzione sulle sue parole: "La ragione che mi ha indotto, ciononostante, a relegare sullo sfondo l'art. 1337 c.c. per mettere in primo piano l'art. 2043 c.c. è una ragione psicologica".

L'illecito commesso da Fininvest a danno di Cir è un illecito gravissimo, carico di un enorme disvalore, oltre che severamente sanzionato sul piano penale. Ebbene, si fa psicologicamente fatica a ricondurre un illecito di questa natura e di questa portata alla categoria del torto precontrattuale, che nell'esperienza e nell'immaginario comuni s'identifica di solito con una scorrettezza che nella scala del disvalore etico-giuridico sta al livello del peccato veniale... chi viola l'art. 1337 c.c. si è abituati a pensarlo come un birbantello, più che come un autentico criminale. Mentre quando (come nel nostro caso) l'illecito è un crimine, e un crimine così grave e ripugnante sul piano etico-giuridico quale la corruzione di un giudice, è normale che le sue conseguenze civilistiche si associno mentalmente alla *lex Aquilia* dell'art. 2043 c.c.

L'illecito, inoltre, ha causato alla vittima un danno enorme: 165 milioni di Euro. Ebbene, si fa "psicologicamente" fatica ad ammettere che un danno e un risarcimento di queste dimensioni possano ricollegarsi a una *culpa in contrahendo*".

Due strade si prestano per interpretare le parole dell'Autore, che coincidono peraltro con il contenuto della sentenza.

Se esse sono un discorso psicologico e non giuridico, allora non vale nemmeno la pena soffermarvisi. Tuttavia risulta improbabile che uno scritto di dottrina giuridica faccia un discorso solo psicologico e non giuridico, e del tutto impossibile che così faccia una sentenza: la qualificazione della condotta di Fininvest come extracontrattuale pura e non precontrattuale va quindi presa sul serio. Tuttavia tale qualificazione non pare difendibile.

Da nessuna parte è scritto che se un illecito è gravissimo, magari sanzionato anche penalmente, trascende dall'area precontrattuale; invero, possono esistere illeciti aquiliani non precontrattuali che siano irrilevanti per il diritto penale e il cui il *quantum* dell'obbligazione risarcitoria sia ridottissimo.

La differenza fra un danno extracontrattuale puro e uno precontrattuale non è nell'irrilevanza o rilevanza per il diritto penale, o nel *quantum* risarcitorio, né tantomeno nella dicotomia fra interesse positivo e interesse negativo (50), bensì nella circostanza per cui un danno è (ovviamente extracontrattuale, nonché) precontrattuale solo quando la situazione giuridica soggettiva lesa è un affidamento emergente durante le trattative finalizzate alla formazione di un contratto.

Una volta stabilito che l'art. 1337 è parte del 2043, non ci sono ostacoli logici nel ritenere che un comportamento anche penalmente rilevante, anche gravissimo per entità e quantità del danno originato, sia un fenomeno di scorrettezza precontrattuale.

È senza dubbio corretto parlare di *quid alii* e *quid pluris*, in tema di responsabilità precontrattuale da contratto valido. Tuttavia tale *quid* non è ciò che fa trascolorare un episodio di responsabilità precontrattuale in un caso di responsabilità aquiliana pura, bensì - circostanza che deve essere dimostrata, ma che spesso dottrina e giurisprudenza trascurano - che non è sufficiente per predicarsi la sussistenza di un danno risarcibile una condotta scorretta, ma è necessario anche il verificarsi di un danno ingiusto.

I quattro piani: nullità, annullamento, risarcimento, interpretazione

In via conclusiva, la sentenza lascia con l'amaro in bocca: dopo le contestate decisioni del 2008 e del

(49) V. Roppo, *Spunti in tema di responsabilità...*, cit., 16.

(50) Argomento che sarebbe fuorviante, stante anche la circostanza per cui le riflessioni più attuali riconoscono correttamente valore più che altro didattico alla distinzione fra interes-

se negativo e interesse positivo. Si veda G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 106.

2013, sarebbe stato desiderabile leggere una riflessione ulteriore - seppure nell'attesa di una pronuncia sul punto delle Sezioni unite - sulla compatibilit  fra contratto e responsabilit .

Il supremo Giudice, viceversa, ha scelto di riportare una massima tratatizia, senza soffermarsi sull'ampiezza dell'obbligo di informazione e sulla nozione di affidamento (51); viceversa, altri rimedi si sarebbero attagliati meglio alla disciplina del caso di specie.

In primo luogo, la nullit : se le cedenti - al prezzo pattuito - intendevano conservare per s  la possibilit  di servirsi del marchio Blanx nell'area inglese e americana, mentre l'acquirente dei marchi desiderava - verso il corrispettivo menzionato - la disponibilit  di tutte le registrazioni esistenti al mondo del marchio stesso, la risposta pi  semplice sarebbe stata nel senso della nullit  del negozio per mancanza dell'accordo.

Altra soluzione appropriata avrebbe potuto basarsi sul dolo, senza scomodare la responsabilit  precontrattuale da contratto sconveniente (52): la sentenza non si sviluppa in questo settore, ma la prova, raggiungibile per presunzioni, di macchinazioni intenzionali finalizzate a celare l'esistenza di registrazioni del marchio nel mondo anglosassone avrebbe permesso all'attrice di ottenere l'annullamento per

dolo determinante o il risarcimento per dolo incidente.

Sul ruolo dell'interpretazione si   gi  detto prima: spiace che l'errore difensivo abbia impedito alla Cassazione di esprimersi sul punto, ma c'  da immaginare che un corretto esplicitarsi del patrocinio avrebbe valorizzato opportunamente le dichiarazioni precontrattuali delle parti per giungere alla conservazione del contratto.

Probabilmente, concedere il risarcimento a titolo precontrattuale in modo acritico, come   stato fatto dal Supremo giudice,   la via meno solida: in mancanza di prova certa del dolo, non sembra di leggere nella vicenda in esame un danno munito del requisito dell'ingiustizia, a sua volta imperniato sulla violazione di una condotta precontrattuale doverosa e su un affidamento inoppugnabile nella comunicazione delle circostanze taciute.

Una lettura acritica della sentenza in esame, altrimenti, vedrebbe la possibilit  per una parte - imprenditore del settore a sua volta - di non svolgere un'analisi accurata delle caratteristiche dei marchi esistenti, per poi dolersi e pretendere una successiva riequilibratura del negozio a suo favore.

In mancanza dell'intenzione di nuocere o dell'affidamento nell'essere informata, questo rischierebbe di concedere uno strumento anche troppo intrusivo al *deceptus*, che forse non   nemmeno *deceptus*.

(51) Su cui per esempio si sofferma V. Bellomia, *La responsabilit  precontrattuale...*, cit., 114.

(52) Ragionamento che del resto si pu  applicare anche a Cass. 24795 del 2008 e 21255 del 2013.