

NUMERO 2 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

GIANROBERTO VILLA

“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	210
ALESSANDRO PAJNO	
<i>Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione</i>	213
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto</i>	247
LUCA NIVARRA	
<i>Confisca antimafia e diritti dei creditori privilegiati: una soluzione sistemica con qualche ombra</i>	275
GIANROBERTO VILLA	
<i>“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?</i>	297
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO	
<i>Dalla “filiazione naturale” alla “parentela naturale”. Alcune riflessioni sull’articolo 74 c.c.</i>	313
SERGIO MENCHINI	
<i>Il disegno di legge delega per l’efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione</i>	335
LUIGI LOMBARDO	
<i>Giudizio civile di cassazione e decisione della causa nel merito.</i>	393
FELICE MANNA	
<i>Sull’impugnabilità dell’ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. (a proposito di Cass., sez. II, 12 gennaio 2015, n. 223)</i>	413

“Mera puntuazione” e “puntuazione vincolante”?

In una recente sentenza la Corte di cassazione ha individuato nella fase anteriore alla conclusione del contratto la possibile presenza di due distinte tipologie di puntuazione, distinguendo tra “mere puntuazioni” e “puntuazioni vincolanti”; ha inoltre affermato che la seconda categoria determinerebbe la nascita di un’obbligazione *ex lege*, la cui violazione comporterebbe una responsabilità di natura contrattuale. L’articolo analizza criticamente la distinzione, ponendo in dubbio la sua fondatezza.

In a recent judgement, the Corte di cassazione identified, in the pre-contractual negotiations, the possible presence of two different kinds of heads of agreement, distinguishing between “simple heads of agreement” and “binding heads of agreement”; moreover, the Court held that the second category causes a statutory obligation, which non-performance implies a liability in contract. The article critically analyses the distinction, doubting its validity.

Sommario: 1. Le operazioni contrattuali in più fasi: dal “preliminare di preliminare” al contratto definitivo. – 2. Prima del preliminare: diversi tipi di punteggiatura? – 3. La trattativa, le punteggiature e il vincolo definitivo. – 4. La “punteggiatura vincolante”, l’obbligazione derivante da altri atti o fatti idonei a produrla (art. 1173 c.c.) e la responsabilità precontrattuale. Critica alla figura della “punteggiatura vincolante”. – 5. “Punteggiatura vincolante” e risarcimento del danno: interesse positivo proporzionale?

1. - Le operazioni contrattuali in più fasi: dal “preliminare di preliminare” al contratto definitivo.

Il mercato immobiliare ha elaborato una modalità di contrattazione suddivisa in tre fasi: l’operazione inizia con il contatto tra un mediatore e la parte interessata all’acquisto che, dopo avere visionato il bene e valutato le condizioni di massima della vendita, sottoscrive un documento formulato come una proposta di acquisto, contenente i patti indispensabili per la validità del contratto e la previsione dell’impegno di entrambe le parti a stipulare un ulteriore atto, avente funzione di contratto preliminare; il mediatore provvede ad ottenere l’accettazione del venditore e, quindi, a intermediare la formazione di un primo impegno contrattuale. Successivamente, le parti stipulano un più articolato contratto preliminare e, infine, si incontrano davanti al notaio per concludere il contratto definitivo¹.

Questa successione di atti, costruita soprattutto per assicurare la rapida creazione del vincolo giuridico (e favorire la nascita del diritto alla provvigione attesa dal mediatore), ha dato vita al problema del “preliminare di preliminare”: atteso che già la prima scrittura contiene gli elementi essenziali del contratto, pur operando solo sul piano obbligatorio, e prevede la stipulazione di un secondo contratto, normalmente strutturato quale contratto preliminare, il primo contratto realizza qualche interesse idoneo a garantirne la validità, oppure pattuire un contratto preliminare che impegna a stipulare un altro contratto preliminare è un’azione priva di scopo e

Il saggio è destinato al *Liber Amicorum* in onore di Giorgio De Nova.

¹ Il fenomeno è stato preso in esame da tempo: G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell’intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. not.*, 1994, 23 ss.

quindi incapace di produrre effetti giuridici? O è il secondo contratto, che ripete un patto già stipulato in precedenza, a perdere di senso al punto da doverne negare la validità?

Le risposte si sono succedute secondo indirizzi difformi e hanno contrapposto un'idea favorevole alla validità di questa successione di atti, giustificata da una sorta di presunzione di utilità e razionalità della scelta delle parti², ad una posizione, diffusa nella giurisprudenza, di segno negativo³. In particolare, questa seconda impostazione ha contestato l'utilità di un preliminare che impegni a stipulare un secondo preliminare, concludendo per la sua nullità.

Da ultimo è intervenuta una pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite⁴ che, rovesciando precedenti decisioni delle sezioni semplici, ha affermato che normalmente il primo preliminare è valido, dovendosi al più riconoscere la nullità nel secondo, se esso ha funzioni meramente riproduttive del primo; trattandosi di un atto valido, il primo preliminare può già costituire titolo per ottenere la sentenza costitutiva prevista dall'art. 2932 c.c.

La conclusione raggiunta appare razionale. Se le parti hanno deciso di vincolarsi nella prospettiva di vendere ed acquistare un bene, la tecnica con cui si raggiunge lo scopo (una vendita immediata, un preliminare, due preliminari in successione) non dovrebbe essere letta in senso contrastante a quel risultato; essa dovrebbe invece essere valutata, salvo dimostrazione del contrario e salvi gli ordinari limiti posti all'autonomia privata, come coerente con le esigenze dei contraenti e quindi utile alla soddisfazione di esse. Se poi sussistessero passaggi inutili, sarebbero al più questi a dover essere eliminati, rimanendo salvo il resto. In altri termini, se il brocardo *utile per inutile non vitiatur* può avere un significato, è proprio in casi come questi che esso potrebbe avere impiego.

Ovviamente la razionalità presupposta dalla soluzione implica che la scelta

² V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 616; R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, II, Torino, 2004, 275.

³ Tra le più recenti, Trib. Napoli, 22 marzo 2003, in *Dir. giur.*, 2004, 681; App. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, 63; App. Genova, 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, 648; Cass. 2 aprile 2009, n. 8038; Cass. 10 settembre 2009, n. 19557.

⁴ Cass. Su 6 marzo 2015, n. 4628.

del contraente a cui è sottoposto il primo preliminare sia libera e consapevole, e non frutto della sorpresa o della pressione esercitata da un mediatore principalmente interessato a far maturare il diritto alla provvigione; tuttavia, anche in questi casi la protezione della parte inconsapevole non si trova nella scorciatoia di una nullità piegata a scopi impropri, ma ricorrendo agli strumenti che presidiano la libertà del consenso.

2. - **Prima del preliminare: diversi tipi di puntazione?**

Le riflessioni proposte qui non intendono tuttavia occuparsi oltre del preliminare di preliminare, ma sono dirette ad un altro tema toccato dalla sentenza richiamata sopra, ovvero alla classificazione che essa propone descrivendo la successione dei comportamenti e degli atti che vanno dai colloqui iniziali tra le parti alla stipulazione di un contratto preliminare assistito dalla tutela in forma specifica disposta dall'art. 2932 c.c.

Anche in questa progressione la Corte di cassazione individua situazioni intermedie, che in parte corrispondono a quelle usualmente menzionate nelle descrizioni della formazione progressiva del contratto; tuttavia, accanto alle discussioni informali iniziali e alla figura della puntazione, solitamente richiamate dagli interpreti, la sentenza individua due gradini ulteriori che potrebbero essere percorsi dalle parti prima di giungere alla stipulazione di un contratto preliminare assistito dalla tutela in forma specifica. Il più vicino a questo esito finale è la stipulazione di un contratto preliminare privo (come peraltro l'art. 2932 c.c. consente di fare) del rimedio dell'esecuzione coattiva e tutelato solo mediante il rimedio risarcitorio; esso rappresenta uno stadio mediano che, se voluto dalle parti, giustificherebbe la previsione di un successivo preliminare a tutela "piena", avente perciò utili effetti differenziati rispetto al primo. Si tratta di una scelta che la legge riconosce alle parti e sulla quale non appare necessario soffermarsi.

In una posizione più distante la sentenza colloca poi una figura, anteriore alla conclusione del primo preliminare, ma più evoluta rispetto a una puntazione, descritta come situazione «in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una puntazione vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare se-

condo buona fede ulteriori punti». Secondo la Corte di cassazione, che pure ammette la sussistenza di una fase precedente in cui sono stilate “mere puntuazioni”, «si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere».

La fissazione di una “puntuazione vincolante” conduce al seguente risultato: «la violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un’obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell’art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico». ⁵

Dunque, la successione ipotizzata dalla sentenza è la seguente:

- a) semplici trattative, nelle quali possono inserirsi “mere puntuazioni”;
- b) puntuazioni “vincolanti”, il cui mancato rispetto conduce ad una responsabilità contrattuale collegata ad un’obbligazione che ha fonte negli “altri atti o fatti” richiamati dall’art. 1173 c.c.;

⁵ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit., descrive lo sviluppo dell’operazione distinguendo le seguenti fasi:

«A) quella delle mere puntuazioni in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) Quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una puntuazione vincolante sui profili in ordine ai quali l’accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti.

Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

b1) Occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l’ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l’accordo consapevole, ma si vuole tuttavia “bloccare l’affare”, anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che conta chiarire è che, all’interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un’obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell’art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico».

- c) primo preliminare, che può essere, eventualmente, assistito dal solo rimedio risarcitorio;
- d) secondo preliminare, valido se non esclusivamente riproduttivo del primo.

3. - La trattativa, le punteggiature e il vincolo definitivo.

Queste pagine intendono concentrarsi sulla distinzione tra le tre fasi indicate ai punti *a)*, *b)* e *c)* e verificare quale sia (e se vi sia) il significato dell'articolazione così proposta.

Sul piano concettuale, non si pongono difficoltà nell'inquadrare il preliminare ipotizzato al punto *c)*: si tratta di un contratto concluso, in cui le parti hanno determinato i punti essenziali e possono avere escluso, espressamente o implicitamente, purché in modo univoco, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica. In questo caso, l'inadempimento trova rimedio nel risarcimento del danno volto a soddisfare l'interesse positivo.

Questo non esclude ovviamente che, quando il contratto si forma progressivamente, possano emergere difficoltà nell'indagine dei fatti, considerato che la giurisprudenza è ricca di casi in cui le parti dissentono in ordine all'effettivo perfezionamento del contratto e al superamento della fase delle trattative.

I giudici esprimono a questo riguardo un orientamento stabile che può essere riassunto così: finché le parti lasciano punti, anche accessori, da discutere, il contratto non può considerarsi concluso e si agisce ancora nell'ambito delle trattative ⁶; tuttavia può accadere che in concreto i contraenti abbiano inteso intanto concludere l'affare sui punti, per i quali l'accordo è stato raggiunto, lasciando ad una successiva trattativa la discussione sui punti secondari, cosicché il contratto può dirsi concluso sui temi, sui quali è stato trovato l'accordo ⁷.

La giurisprudenza afferma poi che, tra l'inizio della trattativa e la conclusione (nell'una o nell'altra delle due varianti appena viste), le parti possono fissare in una "minuta" o "punteggiatura" le intese progressivamente rag-

⁶ Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720; Cass. 22 settembre 2008, n. 23949.

⁷ Cass. 19 settembre 2011, n. 19106; Cass. 22 settembre 2008, n. 23949 cit.

giunte; si tratta tuttavia di fasi intermedie che non impegnano a concludere il contratto definitivo e che hanno l'effetto di impedire che i punti già trattati siano rimessi in discussione. Se ciò accade e la trattativa fallisce, la parte che ha creato ingiustificatamente l'affidamento altrui mediante la fissazione dei punti contenuti nella puntazione si rende responsabile ai sensi dell'art. 1337 c.c.⁸.

I precedenti aggiungono che anche un testo contrattuale completo e sottoscritto può essere considerato come semplice puntazione⁹, se le parti così hanno voluto, riservandosi di assumere la decisione finale in un secondo momento; in questo contesto, la completezza del testo ha solo l'effetto di far gravare l'onere della prova circa la mancata conclusione sulla parte che nega l'avvenuto perfezionamento del contratto¹⁰.

Certamente la ricostruzione dei fatti può generare dubbi e del resto la Corte di cassazione, dettate le linee guida generali che sono state appena ricordate, riconosce che la distinzione rappresenta una questione di fatto affidata al giudice di merito¹¹; al contrario, la distinzione concettuale è netta e separa il contratto completo ed i suoi effetti dalle puntazioni, tutte collocate nella fase precontrattuale.

La progressione individuata nella sentenza sul preliminare di preliminare introduce invece, almeno stando al linguaggio utilizzato, un ulteriore gradino rispetto alla sequenza ricordata ora: al di là della “mera puntazione” [lettera *a*)], ma prima del contratto concluso [lettera *c*)], compare la “puntazione vincolante” [lettera *b*)], che non è ancora contratto, ma dà luogo a responsabilità contrattuale in quanto rapporto obbligatorio *ex lege*.

Questa figura, quindi, è ricostruita come fenomeno diverso da un con-

⁸ Cass. 12 settembre 2013, n. 20893; Cass. 13 aprile 1995, n. 4265; Cass. 4 agosto 1990, n. 7871.

⁹ Il linguaggio è oscillante, perché talora si parla di “minuta” per intendere ciò che altri identificano come “puntazione completa”; in ogni caso, le due parole vogliono distinguere un testo astrattamente idoneo a configurare un contratto da una “semplice puntazione”, in cui l'elaborazione del testo è a uno stadio inferiore; si tratta peraltro di questioni terminologiche che, una volta chiarite, non creano ulteriori difficoltà.

¹⁰ Cass. 22 agosto 1997, n. 7857; Cass. 16 luglio 2002, n. 10276; Cass. 18 gennaio 2005, n. 910; Cass. 2 dicembre 2008, n. 28618. Reciprocamente si ricava la regola per cui, se la puntazione è incompleta, è la parte interessata a sostenere l'avvenuta conclusione del contratto a doverne dare prova: A. NATUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, vol. I, Milano, 2006, 448, n. 17.

¹¹ Cass. 18 gennaio 2012, n. 667; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, cit.

tratto, dal momento che, se di contratto si trattasse, sarebbe superfluo invocare gli “altri atti o fatti” previsti dall’art. 1173; per essere coerenti con la logica della sentenza, quindi, ciò esclude che si sia al cospetto di un accordo (contrattuale) di carattere strumentale¹², o di un’intesa negoziale preparatoria da cui discenderebbe, in forza di un vincolo contrattuale in sé perfetto, un “diritto al contratto” finale¹³.

Di qui deriva una serie di domande: la “mera puntuazione” è irrilevante o genera comunque responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337? Se la risposta a questa domanda è nel secondo senso, le regole da applicare a una simile responsabilità da “mera puntuazione” sono quelle relative all’illecito extracontrattuale secondo l’orientamento tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza in materia di responsabilità precontrattuale (ancorché messo recentemente in discussione da due sentenze conformi della prima sezione della Corte di cassazione¹⁴)? E, tema di interesse centrale, il risarcimento dovuto nei casi *a*) e *b*) è sempre limitato all’interesse negativo, o nel caso *b*), trattandosi di inadempimento di un’obbligazione contrattuale, occorre fare riferimento all’interesse positivo, e se sì, in quali termini?

4. - La “puntuazione vincolante”, l’obbligazione derivante da altri atti o fatti idonei a produrla (art. 1173 c.c.) e la responsabilità precontrattuale. Critica alla figura della “puntuazione vincolante”.

La risposta a queste domande dipende per una parte dalla individuazione di quali finalità abbia voluto perseguire la sentenza richiamando la natura obbligatoria del vincolo derivante dalla c.d. “puntuazione vincolante”.

Una di tali possibili risposte è connessa ad un percorso, intrapreso dalla nostra giurisprudenza da una quindicina di anni, in forza del quale una serie di relazioni, nelle quali possono verificarsi danni a carico di una

¹² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 137, riconosce agli accordi vincolanti relativi a modi, tempi e luoghi dello svolgimento della trattativa, la natura di contratti (secondari e strumentali).

¹³ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1964, 32.

¹⁴ Cass. 21 novembre 2011, n. 24438; Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell’affidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1949, elenca (nota 7) sentenze successive della Suprema Corte che hanno ribadito la natura extracontrattuale della responsabilità *ex* art. 1337, tra cui Cass., sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2926.

parte, sono inquadrare come rapporti obbligatori riconducibili alla fonte generica degli altri atti o fatti previsti dall’art. 1173 c.c., con la conseguenza che la posizione del danneggiante è attratta alla disciplina destinata a regolare la responsabilità del debitore inadempiente.

Questo percorso si è inizialmente sviluppato con riguardo a casi, nei quali il danneggiante al più è vincolato da un rapporto contrattuale con una parte diversa dalla vittima (ad esempio, il medico con la struttura sanitaria, l’insegnante con l’istituto scolastico) e provoca un pregiudizio ad un soggetto con cui è entrato in relazione senza avere precedentemente stipulato alcun contratto con lui (il paziente operato in modo negligente presso la struttura, l’alunno feritosi durante l’orario scolastico presso l’istituto); è divenuto così pressoché incontrastato tra i giudici l’orientamento che vede nella fattispecie un “contatto sociale” che, producendo affidamento nella vittima, comporta una responsabilità (da contatto, appunto) disciplinata dalle regole sull’inadempimento di un’obbligazione sorta in forza della legge¹⁵.

La dottrina ha mostrato segni di reazione a questo modo di vedere le cose¹⁶; tuttavia, nell’economia di questo lavoro, tali critiche possono anche non venire considerate, dal momento che una valutazione circa l’opportunità e la correttezza della ricostruzione è, per così dire, neutra rispetto alla valutazione da riservare alla configurazione della “puntuazione vincolante”.

Prescindendo allora dai rilievi critici generali, si può supporre che l’idea di un’obbligazione *ex lege* derivante dalla “puntuazione vincolante” voglia rappresentare uno sviluppo coerente di quella tesi che, sulla base di contatti generatori di affidamento, riporta all’obbligazione condotte che prescindono da un accordo e vedono l’applicazione della relativa responsabilità anche se la sua assunzione non dipende, come nel contratto, da una scelta volontaria del debitore. In altre parole, inquadrata in questo modo, la natura di obbligazione del rapporto derivante dalla “puntuazione

¹⁵ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589; Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346.

¹⁶ M. BARCELLONA, *L’ingiustizia del danno e il doppio regime della responsabilità*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Dei fatti illeciti*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile. Artt. 2043, 96 c.p.c.*, Torino, 2011, 100 ss.; A. ZACCARIA, *Die aufhatsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 77; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Eu e dir. priv.*, 2014, 147.

vincolante” risponderebbe a esigenze di uniformità e coerenza del sistema creato dalla giurisprudenza ¹⁷.

Se così fosse, occorrerebbe però chiedersi se simile obiettivo di uniformità e coerenza sia stato raggiunto. Se si guarda all’elaborazione teorica che ha condotto all’accoglimento nel nostro diritto giurisprudenziale della teoria del contatto sociale, si deve rispondere negativamente.

L’idea del contatto sociale nasce da una preliminare classificazione della responsabilità precontrattuale; contrariamente alla tesi ancora oggi più diffusa tra i nostri interpreti, che riporta tale responsabilità a quella aquiliana, una parte della dottrina ha osservato che la fattispecie prevista dall’art. 1337 non riguarda un danno generato a carico di un soggetto estraneo al danneggiante e normalmente ignoto prima dell’evento, come invece è tipico nella responsabilità extracontrattuale (c.d. responsabilità del passante) ¹⁸; essa riguarda invece due parti già determinate anteriormente al realizzarsi del pregiudizio, tra le quali sono sorti reciproci obblighi di comportamento e affidamenti sulla correttezza della condotta altrui; pertanto, la natura di questa responsabilità sarebbe da qualificare come contrattuale ¹⁹.

Questa prima conclusione ha consentito poi un secondo passaggio, in base al quale, laddove si creino analoghi affidamenti tra soggetti già indi-

¹⁷ La riconduzione degli “accordi preparatori” alla responsabilità precontrattuale di natura “contrattuale” è esplicitata da F. REALMONTE, *Introduzione*, in F. REALMONTE (a cura di), *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996, XVIII; v. anche V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 1999, 162 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell’affidamento, violazione dell’obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., inquadra correttamente le pronunce della Suprema Corte che hanno riconosciuto natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438; Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, cit.) nella teoria del contatto sociale.

¹⁸ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, 446 ss.

¹⁹ Per la natura contrattuale della responsabilità *ex art.* 1337, pur con argomentazioni talora diverse, v. tra gli altri, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 362 ove, a p. 730 è richiamata la terza fonte di obbligazioni elencata nell’art. 1173; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 119; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 763; C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 334 ss.; G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 9 ss.

viduati, dovrebbe operare un’analoga responsabilità di natura contrattuale: la responsabilità, appunto, da contatto sociale ²⁰.

Ora, se il punto di partenza è la natura contrattuale della responsabilità derivante dalla lesione del principio di buona fede nelle trattative, diviene difficilmente comprensibile il fondamento e l’utilità di una distinzione tra “mere puntuazioni” e “puntuazioni vincolanti”, se per “puntuazione” si intende l’elencazione dei temi che le parti hanno trattato e sulle quali hanno raggiunto punti fermi. In ogni fase della trattativa in cui sia avvenuta, e indipendentemente dal grado di elaborazione della puntuazione, la fissazione di un punto fermo è idonea a creare affidamenti almeno sull’esistenza di una convergenza di intenti su quel punto specifico.

Quello che cambia a causa della minore o maggiore completezza della puntuazione è la misura delle ragioni che possono giustificare il recesso dalla trattativa, che ovviamente si restringe, man mano che la trattativa procede; ciò tuttavia prescinde dalla natura della puntuazione e della responsabilità, riguardando invece la valutazione del comportamento concreto delle parti e la possibilità, in fatto, di ritenerlo giustificato e quindi non contrastante con la buona fede ²¹.

Quindi non appare opportuno cristallizzare la trattativa in una molteplicità di figure che, non avendo confini facilmente riconoscibili e un fondamento solido, rischiano di creare distinzioni dal sapore artificioso: la trattativa è un fenomeno variabile e complesso e il grado di affidamento non dipende necessariamente né dalla complessità e precisione di puntuazioni più o meno articolate (anche se indubbiamente esse innalzano tale grado), né dalla loro assenza, se altri comportamenti hanno comunque indotto la controparte a fidarsi.

Se si condividono queste osservazioni, anche per chi affermi che già durante le trattative sorge un rapporto obbligatorio a cui consegue, in caso di inadempimento, una responsabilità di natura contrattuale, lo sdoppiamento della trattativa in base a diversi tipi di puntuazione non può che risultare privo di utilità: se l’esistenza di un simile rapporto obbligatorio

²⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità*, cit., 464 ss., 482 ss.

²¹ Cfr., per analoghe considerazioni, G. D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto, Rimedi*, 2, Milano, 2006, 1104.

deve essere ammessa, tale riconoscimento non può essere limitato a quanto deriva dalla “puntuazione vincolante”, ma deve estendersi all’intera fase delle trattative ²².

La separazione tra i due tipi di punteggiatura non è neppure funzionale alla tesi che sostiene la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale; in quella prospettiva, prima del perfezionamento del contratto opera solo la responsabilità aquiliana, cosicché una “puntuazione vincolante” che implichi la responsabilità contrattuale si rivela contraddittoria e incompatibile.

Si potrebbe allora pensare di fondare la distinzione tra “mere punteggiature” e “punteggiature vincolanti” su altre basi, separando all’interno della trattativa una fase, anteriore ed iniziale, in cui la responsabilità debba qualificarsi come extracontrattuale, da una fase, conseguente alla punteggiatura “vincolante”, in cui la responsabilità cambi natura e divenga contrattuale.

Ciò tuttavia non terrebbe conto del fatto che né nella prima, né nella seconda fase, il contratto è concluso e che perciò la responsabilità è da ricondurre all’art. 1337 in ambedue i casi; non si trova allora la ragione che dovrebbe giustificare, di fronte alla violazione del medesimo precetto, una trasformazione nella natura della responsabilità, basata sostanzialmente sul maggiore o minore sviluppo delle intese interinali raggiunte.

5. - “Puntuazione vincolante” e risarcimento del danno: interesse positivo proporzionale?

È opportuno ora verificare se il riconoscimento della “puntuazione vincolante” distinta dalla “mera punteggiatura” possa rilevare sotto altri profili. Non intendo considerare qui i temi dell’onere della prova o della prescrizione, che variano a seconda della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, dal momento essi dipendono da una qualificazione della responsabilità che, come visto, non può variare in base al grado di sviluppo della trattativa.

Il discorso riguarda un diverso profilo ed in particolare il quesito se

²² Cfr. G. D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1105.

L'approssimarsi al contratto definitivo attraverso più gradini possa influire sulla misura del risarcimento del danno; in altre parole, occorre verificare se la distinzione tra le due “puntuazioni” possa essere il presupposto per far ritenere che il danno precontrattuale sia da commisurare all'interesse negativo finché non vi è un vincolo obbligatorio, e debba invece rapportarsi all'interesse positivo dopo che la “puntuazione vincolante” abbia fatto nascere il rapporto obbligatorio *ex lege*.

La questione del progressivo avvicinamento del risarcimento all'interesse positivo man mano che le trattative procedono è stata affrontata in dottrina trattando il tema del recesso efficiente dalla trattativa e del corretto incentivo agli investimenti in affidamento ²³.

Attraverso gli strumenti dell'analisi economica del diritto si osserva che la libertà del recesso dalle trattative dovrebbe essere bilanciata imponendo alla parte, che manda a monte l'affare in contrasto con la buona fede, un risarcimento che tenga conto delle aspettative che l'altra parte riponeva sull'esito finale del contratto; si rileva poi che l'utilità creata dal contratto può essere aumentata se la parte effettua, anche durante le trattative, investimenti che potranno consentire un migliore sfruttamento della prestazione attesa dall'altra; si ritiene perciò necessario che simili investimenti non siano scoraggiati e che, a questo scopo, sia assicurato al creditore un risarcimento che ne tenga conto. L'investimento in affidamento non può tuttavia essere posto indiscriminatamente a carico del responsabile nel caso in cui il contratto non sia poi concluso; il trasferimento integrale del costo sul responsabile può suggerire alla parte che confida sulla conclusione del contratto comportamenti falsati dalla prospettiva di poter recuperare per intero i costi sostenuti durante la trattativa, se l'altra parte, dopo avere creato l'affidamento, si rifiuterà di concludere il contratto. Reciprocamente, la prospettiva di dover rispondere solamente delle spese e delle occasioni alternative sfumate potrebbe indurre chi abbia cognizione della loro modestia a recedere dalla trattativa, anche se l'esito finale del contratto avrebbe prodotto per la sua controparte vantaggi molto superiori a quelle spese (o al ristoro delle occasioni perdute) ²⁴.

²³ D. CARUSO, *La culpa in contraendo; l'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993.

²⁴ D. CARUSO, *La culpa in contraendo*, cit., 90 ss.

Il riferimento all'interesse positivo, secondo questa tesi, permetterebbe di evitare simili inconvenienti, perché il recesso dalle trattative sarebbe frenato dalla prospettiva di risarcire un danno più elevato, mentre l'investimento in affidamento sarebbe affrontato solo se capace di creare risultati positivi in caso di esecuzione del contratto. Considerato però che nella fase della trattativa non v'è certezza sulla conclusione dell'accordo, si è avanzata l'idea che il danno da responsabilità precontrattuale debba venire calcolato in una percentuale dell'interesse positivo, proporzionale alla probabilità che la trattativa si concluda felicemente²⁵. Ciò implica che la misura del risarcimento cresca, quanto più si avanza nella trattativa e le probabilità di conclusione del contratto aumentano.

Questo modo di impostare il discorso si espone ad un'obiezione, ovvero che il diritto ad ottenere l'interesse positivo non sorge attraverso un cumulo di comportamenti che avvicinano al contratto, ma con l'assunzione dell'impegno contrattuale. Il risarcimento del danno reagisce alla lesione di interessi giuridicamente protetti; l'interesse alla prestazione, a cui fa seguito il diritto ad ottenere un risarcimento che collochi il creditore nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato in caso di corretta esecuzione dell'accordo, diviene un interesse giuridicamente protetto con la conclusione del contratto, mentre prima di questo momento ciascuna delle parti può rifiutarsi di perfezionare l'accordo²⁶.

L'assenza del contratto impedisce perciò di accordare al danneggiato un risarcimento equivalente a una prestazione che egli non ha mai avuto il diritto di avere; né può essergli attribuito un risarcimento progressivamente vicino all'interesse positivo, dal momento che non vi è neppure, prima del contratto, un interesse giuridicamente protetto alla conclusione del contratto²⁷.

Anteriormente al perfezionamento del vincolo contrattuale, il diritto della parte è quello di non essere indotta a confidare in una trattativa destinata

²⁵ D. CARUSO, *La culpa in contraendo*, cit., 155. Analogo risultato è proposto da F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 92.

²⁶ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 151 s. La stessa conclusione è illustrata da G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 122, affermando che mancherebbe il nesso di causalità giuridica tra il recesso ingiustificato dalla trattativa e il danno da interesse positivo.

²⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 151 s.

a fallire per la malafede dell'altra; del resto, l'art. 1338 c.c. enuncia chiaramente che chi ha diritto al risarcimento non è protetto contro l'inadempimento del contratto (considerato che a causa dell'invalidità nessuna prestazione è dovuta), ma contro la creazione dell'affidamento sulla validità del contratto medesimo. D'altra parte, se il risarcimento fosse commisurato all'interesse positivo, si svuoterebbero le funzioni di norme dirette ad impedire la stessa conclusione del contratto in assenza di determinati presupposti di legge: si pensi ad una trattativa giunta al termine, separata dal contratto dalla mancanza di una forma imposta dalla legge a pena di nullità, e al rifiuto, opposto all'ultimo momento da una parte, di stipulare l'atto formale; se si ammettesse il risarcimento dell'interesse positivo, si eluderebbero le norme che impongono la forma (normalmente per ragioni di certezza e ponderazione)²⁸, consentendo di raggiungere per equivalente risultati non riconosciuti dalla legge.

Una regola che ammettesse il risarcimento dell'interesse positivo *pro quota* (o, detto altrimenti, della *chance* di ottenere l'interesse positivo) introdurrebbe un incentivo improprio alla stipulazione del contratto, perché la decisione di perfezionare l'accordo deve essere legata, per avere esiti efficienti, alla capacità del patto di creare valore per le parti, secondo le loro considerazioni economiche, e questa capacità non è collegata alla lunghezza della trattativa o al suo sviluppo più o meno avanzato, ma dipende dall'assetto definitivo dei vantaggi e dei sacrifici contenuto nel contratto²⁹.

In questo contesto, quindi, occorre chiedersi se la creazione di una “*puntuazione vincolante*” a cui attribuire la valenza di un'obbligazione possa mutare il quadro e dotare la parte che subisce l'inadempimento di tale obbligazione del diritto ad ottenere il risarcimento dell'interesse positivo, o di parte di esso.

La soluzione del quesito dipende dal contenuto che si intende attribuire a questa obbligazione, ovvero da quale sia la prestazione attesa dal debitore. In astratto si può immaginare che siano dovute le prestazioni già fissate nella *puntuazione*; ma se così fosse, si sarebbe al cospetto di un contratto in

²⁸ G. AFFERNI, *Il quantum*, cit., 124.

²⁹ P. TRIMARCHI, *Il contratto*, cit., 152.

realtà già concluso, secondo quel modello già noto alla giurisprudenza, per cui può ammettersi la formazione di un contratto anche qualora alcuni aspetti della trattativa siano rimasti in sospeso, se le parti hanno inteso intanto accordarsi sui temi concordati e rinviare ad un successivo accordo la precisazione dei punti non ancora definiti ³⁰. Dunque, se fosse interpretata così, la “puntuazione vincolante” non avrebbe autonomia rispetto ad un vero e proprio contratto.

In alternativa, come ritengo, si deve pensare che la “puntuazione vincolante” produca le conseguenze proprie, appunto, della puntuazione, ovvero non il dovere di concludere positivamente la trattativa, ma quello di far sopportare il rischio dell’inutilità della trattativa e dell’assunzione infruttuosa di spese e costi ³¹ a chi genera affidamenti per poi deluderli.

In questa prospettiva, il ricondurre il contenuto di questi doveri ad un’obbligazione *ex lege* non produce differenze nella determinazione del risarcimento rispetto all’inquadramento entro la responsabilità extracontrattuale. Se anche si trattasse di responsabilità contrattuale, infatti, l’interesse positivo da perseguire mediante il risarcimento sarebbe quello di ricollocare il danneggiato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato, se la prestazione dovuta in base a quella specifica obbligazione fosse stata adempiuta, ovvero se quell’affidamento ingiustificato non fosse stato creato.

In questa chiave, i termini interesse negativo e interesse positivo assumono un significato solamente relativo, a seconda del punto di vista da cui si guarda la vicenda ³²: dal punto di vista dell’obbligazione *ex lege* di non creare affidamenti ingiustificati, si tratterebbe di un interesse positivo; dalla prospettiva del contratto che si ambiva a concludere, si tratterebbe di un interesse negativo. In nessun caso, però, il contenuto economico del risarcimento muterebbe.

Si ha allora conferma anche a questo proposito che la distinzione tra “mera puntuazione” e “puntuazione vincolante” non offre vantaggi e dovrebbe essere abbandonata.

³⁰ V. *supra*, nt. 7.

³¹ Anche in termini di costi-opportunità derivanti dall’abbandono delle occasioni alternative.

³² Cfr. F. BENATTI, *La responsabilità*, cit., 147, richiamando al riguardo D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 288, nt. 1; C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 282.